

§ 4. Les actes hors nomenclature et le *soft law* européen

A. Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne¹

Nicolas DE SADELEER

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Chaire Jean Monnet

Introduction

Issu du droit international, le concept de *soft law* est essentiellement utilisé pour désigner des règles de conduite qui, tout en n'étant pas reprises dans des instruments juridiquement contraignants, produisent néanmoins des effets juridiques indirects². L'absence d'effet contraignant résulte soit du rejet exprès de ce caractère par le droit primaire (avis, recommandations), soit du fait que les actes en question sont inconnus du droit primaire (actes innomés). Qui plus est, une série d'actes non contraignants sont explicitement visés par le droit primaire, sans que celui-ci leur confère une force contraignante³. Il n'en demeure pas moins que leur absence d'effet contraignant ne signifie pas pour autant qu'ils sont dépourvus de tout effet juridique. En raison des engagements qui y sont souscrits, ces actes produisent indéniablement de tels effets.

¹ L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à sa collègue Isabelle Hachez pour ses observations pertinentes.

² C'est donc le premier sens conféré à la notion de *soft law* par le *Dictionnaire de droit international public* qui est mobilisé dans le cadre de cette étude. Voy., à cet égard, HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 42 et s.

³ L'on songe aux lignes directrices prévues par le traité en matière d'emploi et de politique économique.

Compte tenu de l'enchevêtrement des différentes fonctions remplies par les actes non contraignants, nous avons pris le parti d'exposer la matière selon les axes suivants.

Avant de proposer une typologie, nous avons tout d'abord identifié les raisons pour lesquelles les actes européens non contraignants connaissent un certain succès (I). Ensuite, nous avons distingué les actes non contraignants selon la typologie suivante: les actes programmatoires ou préparatoires, reprenant les instruments pouvant servir de banc d'essai pour le développement du droit de l'U.E. (II), les actes interprétatifs et décisionnels, lesquels, d'une part, aiguillonnent l'interprétation et la mise en œuvre uniforme du droit de l'Union européenne et, d'autre part, offrent un éclairage nouveau sur l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui revient à la Commission, notamment en matière économique (III), les actes promouvant la coopération ou l'harmonisation des politiques étatiques (IV) et, enfin, les actes qui ne déploient leurs effets qu'entre les institutions (V).

I. Succès et fonctions des actes atypiques

Les actes énumérés à l'article 288 T.F.U.E. ne lèvent que le coin du voile d'une activité réglementaire aussi intense que protéiforme, laquelle s'insinue dans tous les recoins des politiques menées par l'U.E. On trouve dans le T.F.U.E., aux côtés des directives, des règlements et des décisions, actes de nature contraignante, une pléthore d'« orientations », d'« orientations stratégiques », d'« orientations générales », de « stratégies coordonnées », de « lignes directrices », de « programmes d'action » et d'« actions d'encouragement ». Qui plus est, la pratique décisionnelle de la Commission européenne nous livre un entrelacs de communications, de livres blancs, de livres verts et de codes de bonne conduite. Autant dire que le nombre d'actes au statut juridique ambigu dépasse de loin le nombre limité d'actes contraignants visés à l'article 288 T.F.U.E.⁴ Aussi la « multiplication anarchique des actes atypiques, innomés, informels »⁵ entretient-elle la complexité du système normatif de l'U.E.

S'il n'est pas parvenu à juguler le développement des actes atypiques, le traité de Lisbonne tente néanmoins de les encadrer. Reprenant à son

⁴ LEFEVRE (S.), *Les actes atypiques en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

⁵ MEDHI (R.), « La « double hiérarchie » normative à l'épreuve du projet de traité établissant une constitution pour l'U.E. », in *Mélanges en l'honneur de J.-Cl. Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, Paris, 2004, p. 446.

compte le contenu de l'article I-33 du projet de Constitution européenne, l'article 296, alinéa 3, du T.F.U.E. prévoit désormais que « lorsqu'ils sont saisis d'un projet d'acte législatif, le Parlement européen et le Conseil s'abstiennent d'adopter des actes non prévus par la procédure législative applicable au domaine concerné ». Il s'agit cependant seulement d'une invitation à réduire le nombre d'actes atypiques, en encourageant notamment l'« incorporation au sein des décisions en tant que catégorie identifiée [...] des décisions atypiques sans destinataire ainsi que des décisions arrêtées dans le cadre de la PESC »⁶. La portée de cette disposition est au demeurant limitée, dans la mesure où elle ne concerne que la fonction législative.

Deux facteurs expliquent cette diversification des approches réglementaires et le glissement d'une approche contraignante vers une démarche plus souple.

Le premier facteur est *politique*. Force est en effet de constater qu'au début des années 2000, un changement paradigmatique s'est produit au niveau de l'Union européenne : le législateur est assurément tombé de son piédestal. Les institutions, et plus particulièrement la Commission européenne, se sont clairement prononcées dans le courant de cette décennie en faveur de la production de normes juridiques mieux calibrées par rapport aux objectifs réglementaires poursuivis. Les lignes directrices suivantes attestent de cette évolution :

- 2001 : Livre blanc sur la gouvernance européenne⁷ ;
- 2002 : Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » ;
- 2003 : Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » ;
- 2007 : Programme d'action sur la réduction des contraintes administratives dans l'U.E.⁸ ;
- 2010 : Communication sur la réglementation intelligente⁹.

À cela, il convient d'ajouter que la Commission a mis en place, depuis une dizaine d'années, un système d'évaluation des impacts de la réglementation afin d'améliorer la transparence des coûts et des bénéfices des choix politiques sous-jacents aux propositions de directives et de règlements. À cet égard, la Commission s'est dotée d'un organe d'évaluation des impacts

⁶ MEDHI (R.) et PICOD (F.), « Art. I-33 », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, t. I, LEVADE (A.) et al. dir., Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 455.

⁷ COM (2001) 428, J.O.C.E., C. 287, du 12 octobre 2001, p. 1-29.

⁸ COM (2007) 23.

⁹ COM (2010) 543 final.

qui a, depuis 2006, rendu plus de 400 avis sur des propositions de directives et de règlements. Les impacts évalués sont tout à la fois économiques, sociaux et environnementaux. Cette approche a été jugée ambitieuse dans la mesure où les États membres se limitent généralement à évaluer les coûts administratifs résultant de leurs nouvelles réglementations nationales¹⁰. La mise en place de ce régime d'évaluation a assurément eu pour effet de limiter la croissance du nombre d'actes contraignants.

Par ailleurs, le programme d'action de 2007 sur la réduction des contrôles administratifs avait pour objectif de diminuer, pour 2012, les lourdeurs administratives découlant du droit de l'Union pour les entreprises, à concurrence de 25 %. La Commission européenne estime que cette réduction devrait permettre aux entreprises d'épargner la somme de 38 milliards d'euros sur un montant total de 124 milliards, soit une réduction de 31 %¹¹. Du reste, la Commission n'est pas la seule à avoir plaidé en faveur d'une déréglementation. Parallèlement, plusieurs États membres ont entrepris des réformes conséquentes en vue de diminuer la pression réglementaire et, partant, la pression fiscale sur les entreprises. Ces prises de position politiques s'alignent sur les développements réglementaires qu'ont connus les États-Unis d'Amérique à partir des années quatre-vingt.

On assiste de la sorte, depuis plus d'une décennie, à l'émergence d'une nouvelle culture décisionnelle, où les pouvoirs publics ne réglementent que lorsque les analyses d'impact ont été effectuées. En outre, ils sont constamment appelés à rendre des comptes au public¹². Aussi l'approche hiérarchique relativement rigide du haut vers le bas paraît-elle progressivement abandonnée en faveur d'une culture décisionnelle favorisant la consultation des administrés, laquelle garantit l'éclosion d'actes de nature non réglementaire (corégulation, autorégulation, accord sectoriel, code de conduite, méthode ouverte de coordination, campagne d'information...).

Le second facteur expliquant l'émergence du *soft law* est de nature *institutionnelle*. Force est de souligner que l'innovation en termes de techniques quasi réglementaires a lieu dans les domaines où l'harmonisation n'a pas droit de cité (la PESC, les politiques sujettes à des compétences de coordination et d'appui)¹³.

¹⁰ Communication du 8 octobre 2010, p. 6.

¹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹² SCOTT (J.) et TRUBEK (D.), « Mind the gap: law and new approaches to governance in the E.U. », *E.L.J.*, 2002, n° 8, p. 8.

¹³ Le T.F.U.E. précise les domaines pour lesquels l'U.E. dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter celle des États membres (article 6 T.F.U.E.). Il s'agit de la protection et l'amélioration de la santé humaine (article 168 T.F.U.E.), de l'industrie (article 166 T.F.U.E.), de

À ces deux facteurs explicatifs, il convient d'ajouter qu'en mobilisant la grille conceptuelle élaborée par Linda Senden¹⁴, les instruments extrêmement divers que nous commentons dans cette étude peuvent poursuivre, tantôt exclusivement, tantôt cumulativement, des fonctions pré-législatives, post-législatives et paralégislatives.

Cette distinction n'est guère éloignée de la typologie balisant la présente recherche collective. En effet, les fonctions pré- et post-législatives correspondent à la notion de *soft law* à caractère périlégislatif¹⁵. Quant à la fonction paralégislative, elle est identique à celle relayée par les autres auteurs.

Eu égard à la fonction *pré-législative*, l'instrument de droit mou apparaît comme un coup de semonce destiné à avertir les différents protagonistes de l'adoption plus ou moins imminente de futures réglementations contraignantes. De la sorte, la Commission européenne, qui dispose du monopole de l'initiative législative (article 17, § 1 et 2, T.U.E.), parvient à faciliter un consensus à la fois entre les destinataires de la future norme, mais également entre les institutions appelées à l'adopter. Dans la mesure où ces actes vont servir de banc d'essai à la réglementation à venir, ils ne relèvent pas d'une fonction paralégislative.

L'objectif de la fonction *post-législative* est distinct¹⁶. Les institutions veillent à faciliter, voire à accélérer, la mise en œuvre d'une réglementation contraignante au moyen d'actes atypiques. Aussi les instruments qui se rattachent à la fonction post-législative viennent-ils s'arc-bouter sur le droit primaire et le droit secondaire. Ils peuvent contribuer de la sorte à une interprétation uniforme du droit de l'Union. Dans la mesure où ces actes sont adoptés sur la base soit de dispositions de droit primaire, soit de dispositifs de droit dérivé, ils ne se rattachent pas à une fonction paralégislative.

la culture (article 151 T.F.U.E.), du tourisme, de l'éducation 166, § 1^{er}, T.F.U.E.), de la formation professionnelle, la jeunesse et le sport (articles 2, § 6, et 6). Ces compétences recouvrent des domaines dans lesquels l'U.E. a pour seule mission de coordonner et d'encourager l'action des États membres. Les détenteurs de ces compétences étant les États membres, l'U.E. ne peut donc se substituer à ceux-ci. Par ailleurs, comme l'annonce l'article 5 du T.F.U.E., l'Union dispose également d'une compétence pour « coordonner » l'action des États membres dans les domaines de la politique économique (article 121 T.F.U.E.), de l'emploi (articles 146 et s. T.F.U.E.) et de la protection sociale (article 153 T.F.U.E.).

¹⁴ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 119-120.

¹⁵ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 46 et s.

¹⁶ Dans le cadre conceptuel proposé par I. Hachez, cette fonction post-législative est comprise dans le *soft law* périlégislatif (droit recommandé).

Enfin, différents modes d'action concertés, allant de la corégulation à l'autorégulation, remplissent une fonction *paralégislative*¹⁷.

Cela dit, les frontières ne sont pas toujours faciles à tracer entre ces différentes fonctions. Il se peut qu'une communication, une recommandation, voire un code de conduite puissent simultanément revêtir deux, voire trois, de ces fonctions. On en veut pour preuve l'accord-cadre de 1995 sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux en vertu de l'ancien article 138 C.E. (article 154 T.F.U.E.). Cet accord relève aussi d'une démarche paralégislative, puisque son adoption a permis aux partenaires sociaux européens de court-circuiter le processus législatif classique en faisant état de leur volonté de parvenir à un accord décisionnel. À cela, on peut ajouter que cet accord-cadre fut également inspiré par une philosophie pré-législative, dans la mesure où il a permis l'adoption de la directive du Conseil de 1996 sur le congé parental¹⁸.

II. Actes programmatoires et préparatoires

Les instruments repris dans cette première catégorie peuvent être classés en fonction de leur auteur. Même si la Commission dispose du monopole de l'initiative législative (article 17, § 1 et 2, T.U.E.), d'autres institutions arrêtent aussi les lignes directrices de certaines politiques de l'Union.

A. Conseil européen

En conduisant la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), le Conseil européen est appelé à définir les « orientations générales » de cette politique ainsi que des « lignes stratégiques » (articles 25, a), et 26, § 2, T.U.E.)¹⁹. Par ailleurs, le Conseil européen est également appelé à définir « les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice » (article 68 T.F.U.E.).

¹⁷ Dans le sens proposé par HACHEZ (I), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 45 et 46.

¹⁸ Directive 96/34/C.E. du Conseil, du 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le C.E.E.P. et le C.E.S., *J.O.C.E.*, L. 145, du 19 juin 1996, p. 4.

¹⁹ Voy. la stratégie européenne de sécurité (S.E.S.) intitulée « Une Europe sûre dans un monde meilleur », adoptée par le Conseil européen le 12 décembre 2003; la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive, adoptée par le Conseil européen le 12 décembre 2003; la stratégie européenne de sécurité intitulée « Assurer la sécurité dans un monde en mutation ».

B. Conseil

Le Conseil dispose de pouvoirs spécifiques en matière de coordination des politiques économiques et de l'emploi des États membres, compétences dans lesquelles le Parlement européen n'est pas appelé à s'immiscer (article 5 T.F.U.E.). Aussi ces matières ne relèvent pas d'un processus d'harmonisation, mais bien d'une coordination des politiques nationales, notamment par la définition « des lignes directrices de cette politique » (article 5, § 2, T.F.U.E.).

Le cas de la coordination des politiques économiques nationales est quelque peu particulier. Selon J.-V. Louis, lorsqu'elle a été portée sur les fonds baptismaux, elle n'avait aucun précédent ni parallèle dans le traité²⁰. Dans un premier temps, le Conseil de l'Union (Ecofin), sur recommandation de la Commission, élabore un projet pour les « grandes orientations des politiques économiques » et en fait rapport au Conseil européen. Dans un second temps, le Conseil européen avalise cette proposition sous la forme de conclusions. Enfin, dans un troisième temps, le Conseil de l'Union (Ecofin) adopte, à la majorité qualifiée, une recommandation fixant les grandes orientations (article 121, § 2, T.F.U.E.). Il informe le Parlement européen de sa recommandation.

Par ailleurs, le Conseil de l'Union va élaborer chaque année des « lignes directrices dont les États tiennent compte dans leur politique de l'emploi » (article 148, § 2), lignes qui doivent être compatibles avec les « grandes orientations de politique économique » (article 121, § 2, T.F.U.E.). Ces lignes directrices sont rédigées « sur la base des conclusions du Conseil européen », sur proposition de la Commission européenne, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, du Comité des régions et du Comité de l'emploi.

Le caractère *sui generis* de ces deux catégories d'actes ne met pas en cause le contrôle de leur effectivité. Grande nouveauté de la réforme de la gouvernance économique de l'Union²¹, le « semestre européen » va permettre au Conseil de l'Union notamment de surveiller la mise en œuvre par les États

²⁰ Louis (J.-V.), *Commentaire J. Mégret. L'Union européenne et sa monnaie*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 87. Par la suite, la coordination des politiques de l'emploi introduite à Amsterdam fut largement calquée sur la coordination des politiques économiques.

²¹ Louis (J.-V.), « The enforcement of economic governance », in « The European Union and economic governance », *Studia Diplomatica* (numéro spécial), LEPOIVRE (M.), KELLER-NOËLLET (J.) et VERHELST (S.) dir., vol. LXIV, 2011, n° 4, p. 58-61; DE SADELEER (N.), « La gouvernance économique européenne : Léviathan ou colosse aux pieds d'argile? », *Europe*, avril 2012, n° 4, p. 4-12.

membres des grandes orientations de politique économique (G.O.P.E.)²², de même que celle des lignes directrices pour l'emploi²³. Aussi ce « semestre » aura-t-il pour objet d'assurer une coordination plus étroite des politiques économiques et une convergence soutenue des performances économiques des États membres dans le cadre de la surveillance multilatérale. Cette surveillance a assurément le mérite d'accroître l'interdépendance des différents processus de programmation, ce qui paraît justifié étant donné que les politiques structurelles sont étroitement liées aux finances publiques.

C. *Parlement européen et Conseil*

Par ailleurs, les colégislateurs sont également, en vertu du T.F.U.E., expressément appelés à adopter, dans le cas d'une procédure législative ordinaire (article 294 T.F.U.E.), différents instruments programmatoires, parmi lesquels on retrouve :

- les orientations dans le domaine des réseaux transeuropéens (article 171, § 1^{er}, et article 172 T.F.U.E.);
- le programme pluriannuel de recherche (article 182 T.F.U.E.);
- le programme d'action à caractère général fixant les objectifs prioritaires à atteindre en matière d'environnement (article 192, § 3, T.F.U.E.)²⁴.

Étant donné que les actes de nature contraignante relevant de ces politiques doivent être adoptés conformément à la procédure législative ordinaire, les orientations et programmes d'action encadrant ces politiques, même s'il s'agit d'actes non contraignants, sont soumis à la même procédure. Il en résulte qu'à la différence des autres politiques, la Commission n'aura pas le dernier mot quant au contenu de ces actes programmatoires²⁵.

Hormis ces programmes, l'essentiel de la programmation politique relève de la compétence de la Commission, les auteurs des traités n'ayant pas prévu d'encadrement procédural spécifique pour les autres formes de programmation. On est donc en droit de se demander pour quelles raisons la procédure législative ordinaire ne s'applique qu'à l'adoption d'un nombre limité de programmes, lorsque l'on connaît l'importance de la programmation

²² Articles 5, § 1^{er}, et 121, § 2, T.F.U.E.

²³ Article 148, § 2, T.F.U.E.

²⁴ DE SADELEER (N.), *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2010, p. 163-165.

²⁵ Sur les programmes d'action adoptés par la Commission, cf. *infra*, p. 261.

législative. Le fait que le Parlement européen et le Conseil n'arrêtent pas la programmation des autres politiques renforce indéniablement les pouvoirs de la Commission européenne.

D. Commission européenne

Si le T.F.U.E. comporte pas moins de sept dispositions ayant trait aux attributions revenant à la Commission européenne (articles 244 à 250 T.F.U.E.), il n'en demeure pas moins que ce traité passe sous silence les nombreux instruments de nature non contraignante adoptés par cette institution. On distinguera ici les livres verts (1), les livres blancs (2), les programmes d'action (3) et les communications informatives (4). On observera que les livres verts et les livres blancs sont des déclinaisons du droit recommandé, alors que les programmes d'action de la Commission relèvent davantage, selon la typologie proposée par Isabelle Hachez, du droit proposé.

1. Livres verts

Seule la Commission a recours au livre vert, dont l'usage a commencé à se généraliser à partir des années quatre-vingt. Cette technique s'inspire du modèle britannique, où les documents politiques soumis par le gouvernement au Parlement sont dénommés *Green papers*. Les livres verts, d'une part, présentent un panorama de la situation factuelle et réglementaire et, d'autre part, s'interrogent sur la nécessité d'adopter une action spécifique en la matière. À ce stade, la Commission ne se prononce pas sur la nécessité d'adopter une approche réglementaire ou non. Il s'agit davantage de documents de réflexion destinés à alimenter la discussion entre les différents protagonistes (*stakeholders*). Depuis quelques années, la Commission formule par l'entremise de ces livres verts un ensemble de questions auxquelles les destinataires sont appelés à répondre.

Ainsi, le livre vert peut être défini comme un instrument de nature préparatoire destiné à remplir une fonction pré-législative dans le cadre des compétences législatives qui reviennent à l'Union.

Au terme du processus de consultation, la Commission adopte généralement une communication où elle affiche ses préférences quant au suivi à donner au livre vert. Il arrive parfois que le livre vert soit suivi par l'adoption d'un livre blanc, lequel relancera le débat sur un approfondissement éventuel de l'harmonisation.

En moyenne, cinq à sept livres sont adoptés chaque année par la Commission²⁶. Des livres verts ont été adoptés en matière sociale, économique et environnementale, en rapport avec le marché intérieur²⁷, le droit de la concurrence²⁸, le droit social²⁹, le droit de la sécurité alimentaire³⁰, les télécommunications³¹, le droit des brevets³², les retraites³³, les marchés électroniques³⁴, le droit de l'environnement³⁵, le développement durable³⁶, l'agriculture³⁷, les forêts³⁸, la politique maritime³⁹, la transparence⁴⁰, la présomption d'innocence⁴¹, l'énergie durable⁴² et renouvelable⁴³, le commerce⁴⁴, etc.

Un nombre important d'acteurs font part de leurs observations à la Commission : les États membres, les fédérations industrielles, les opérateurs économiques, les O.N.G., les consommateurs, les cabinets d'avocats, les groupes de recherche, les autres institutions internationales, les autorités étrangères...

Enfin, les livres verts sont publiés en tant que « documents COM ».

²⁶ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 124.

²⁷ Livre vert intitulé « La lutte contre la contrefaçon et la piraterie dans le marché intérieur », COM (98) 569.

²⁸ Livre vert intitulé « La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales », COM (96) 721.

²⁹ Voy., par exemple, Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », COM (2006) 708 final.

³⁰ Livre vert intitulé « Obligations alimentaires », COM (2004) 254.

³¹ Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'informatique, et les implications pour la réglementation – Vers une approche pour la société de l'information, COM (97) 623, décembre 1997.

³² Livre vert intitulé « Promouvoir l'innovation par le brevet – Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe », COM (97) 314, juin 1997.

³³ Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique, COM (97) 283 final.

³⁴ Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'U.E., COM (2010) 571 final.

³⁵ Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement, COM (93) 47.

³⁶ Livre vert intitulé « La politique de développement de l'U.E. en faveur de la croissance inclusive et du développement durable – Accroître l'impact de la politique de développement de l'Union européenne », COM (2010) 629 final.

³⁷ Livre vert intitulé « Perspectives pour la politique agricole commune », COM (85) 333 final.

³⁸ Livre vert concernant la protection des forêts et l'information sur les forêts dans l'Union européenne : préparer les forêts au changement climatique, COM (2010) 66 final.

³⁹ Livre vert intitulé « Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers », COM (2006) 275.

⁴⁰ Livre vert intitulé « Initiative européenne en matière de transparence », COM (2006) 194.

⁴¹ Livre vert sur la présomption d'innocence, COM (2006) 174.

⁴² Livre vert intitulé « Une stratégie européenne pour une énergie sûre, compétitive et durable », COM (2006) 105.

⁴³ Livre vert intitulé « Communication de la Commission – Énergie pour l'avenir : les sources d'énergie renouvelables – Livre vert pour une stratégie communautaire », COM (96) 576.

⁴⁴ Livre vert sur le commerce, COM (96) 530.

2. Livres blancs

Le livre blanc définit des propositions générales sur un thème en vue de susciter la discussion et de faciliter ultérieurement l'adoption d'une proposition législative. À l'instar des livres verts, les livres blancs remplissent une fonction pré-législative. Seule la Commission adopte, jusqu'à présent, des livres blancs. Ceux-ci sont nettement moins fréquents que les livres verts ; la moyenne serait de deux livres par an⁴⁵.

Les livres blancs cherchent à atteindre deux objectifs : d'une part, alimenter le débat entre les protagonistes au moyen d'une nouvelle consultation publique et, d'autre part, définir de manière plus précise que dans les livres verts les lignes de force de l'action envisagée par la Commission. Comme nous l'avons indiqué plus haut, certains livres blancs prolongent la réflexion entamée par la Commission dans le cadre de ses livres verts.

On retrouve des livres blancs dans le domaine énergétique⁴⁶, de la politique sociale⁴⁷, du marché intérieur⁴⁸, de l'environnement⁴⁹, du réchauffement climatique⁵⁰, de la santé⁵¹, du sport⁵², de la sécurité alimentaire⁵³, de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi⁵⁴, de l'éducation⁵⁵, de

⁴⁵ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law, op. cit.*, p. 126.

⁴⁶ Livre blanc intitulé « Une politique de l'énergie pour l'Union européenne », COM (95) 682 ; Livre blanc intitulé « Énergie pour l'avenir : les sources d'énergie renouvelables – Livre blanc établissant une stratégie et un plan d'action communautaires », COM (97) 599.

⁴⁷ Livre blanc intitulé « Politique sociale européenne – Une voie à suivre pour l'Union », COM (94) 333.

⁴⁸ Livre blanc intitulé « L'achèvement du marché intérieur : livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen », COM (85) 310 ; Livre blanc intitulé « Préparation des États associés de l'Europe centrale et orientale à leur intégration dans le marché intérieur de l'Union », COM (95) 163.

⁴⁹ Livre blanc sur la responsabilité environnementale, COM (2000) 66.

⁵⁰ Livre blanc intitulé « Adaptation au changement climatique : vers un cadre d'action européen », COM (2009) 147.

⁵¹ Livre blanc intitulé « Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour l'U.E. 2008-2013 », COM (2007) 630 ; Livre blanc intitulé « Stratégie européenne pour les problèmes de santé liés à la nutrition, la surcharge pondérale et l'obésité », COM (2007) 279.

⁵² Livre blanc sur le sport, COM (2007) 391.

⁵³ Livre blanc sur la sécurité alimentaire, COM (1999) 719.

⁵⁴ Livre blanc intitulé « Croissance, compétitivité, emploi – Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle », COM (93) 700.

⁵⁵ Livre blanc sur l'éducation et la formation « Enseigner et apprendre – Vers la société cognitive », COM (95) 590.

l'espace aérien⁵⁶, des chemins de fer⁵⁷, du transport⁵⁸, du commerce⁵⁹, de la gouvernance européenne⁶⁰, de la politique spatiale⁶¹, des services d'intérêt général⁶², des échanges d'informations sur les condamnations pénales⁶³, etc. Le recours plus frileux aux livres blancs s'explique par leur portée matérielle plus limitée⁶⁴.

Ces livres sont également publiés en tant que « documents COM ».

3. Programmes d'action

Une distinction doit être faite entre les programmes d'action applicables à des politiques publiques bien spécifiques et le programme de travail que la Commission adopte annuellement. Ce dernier programme a une nature nettement plus générale que les programmes d'action, qui revêtent un caractère sectoriel⁶⁵.

En vue de lancer ou de structurer des politiques dans des matières qui revenaient expressément ou implicitement à la C.E.E., la Commission européenne s'est sentie obligée, à partir de la fin des années soixante, d'adopter des programmes généraux de nature législative. Adoptés en 1973, les programmes d'action en matière d'environnement et de protection des consommateurs façonnèrent ces nouvelles politiques qui, alors, n'étaient pas encore consacrées par le traité C.E.E. Au demeurant, la seule politique encadrée de manière continue par des programmes d'action depuis 1973 est celle de l'environnement. En 1974, un « programme d'action » fut

⁵⁶ Livre blanc intitulé « La gestion du trafic aérien – Vers un espace aérien européen sans frontières », COM (96) 57.

⁵⁷ Livre blanc intitulé « Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires », COM (96) 421.

⁵⁸ Livre blanc intitulé « La politique européenne des transports à l'horizon 2010: l'heure des choix », COM (2001) 370; Livre blanc intitulé « Des redevances équitables pour l'utilisation des infrastructures: une approche par étapes pour l'établissement d'un cadre commun en matière de tarification des infrastructures de transport dans l'U.E. », COM (98) 466.

⁵⁹ Livre blanc sur le commerce, COM (1999) 6.

⁶⁰ Livre blanc sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428.

⁶¹ Livre blanc intitulé « Espace: une nouvelle frontière européenne pour une Union en expansion – Plan d'action pour la mise en œuvre d'une politique spatiale européenne », COM (2003) 673.

⁶² Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004) 374.

⁶³ Livre blanc relatif à l'échange d'informations sur les condamnations pénales et à l'effet de celles-ci dans l'Union européenne, COM (2005) 10.

⁶⁴ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, op. cit., p. 127.

⁶⁵ Communication de la Commission du 27 octobre 2010 sur le Programme de travail de la Commission pour 2011, COM (2010) 623 final.

aussi adopté en matière sociale⁶⁶. Par la suite, l'adoption des programmes d'action s'est généralisée à de nombreuses politiques. Depuis le début des années nonante, quatre programmes d'action ont été adoptés en moyenne chaque année⁶⁷. On retrouve des programmes d'action en matière de démocratie et de droits de l'homme⁶⁸, de mobilité de l'emploi⁶⁹, en faveur des personnes handicapées⁷⁰, sur la mobilité urbaine⁷¹, les finances⁷², la connectivité à internet⁷³ et les transports⁷⁴.

Eu égard à leur importance, certains programmes, comme nous l'avons vu ci-dessus, tels les programmes en matière de recherche et d'environnement (articles 182 et 192, § 3, T.F.U.E.), ne sont pas adoptés par la Commission, mais bien par le Parlement et le Conseil.

La période couverte par les programmes d'action peut varier considérablement, allant d'une à cinq années. À leur terme, ils ne sont pas renouvelés. En général, l'adoption de programmes d'action est nettement plus formalisée que celle des livres verts et des livres blancs⁷⁵.

Les programmes d'action vont nettement plus loin que les livres verts et les livres blancs dans la mesure où la Commission ne cherche pas à consulter les parties intéressées, mais, au contraire, à établir un agenda réglementaire bien précis, notamment en énumérant les propositions législatives qu'elle est disposée à adopter pendant la durée dudit programme.

Ces programmes constituent des instruments préparatoires remplissant une fonction pré-législative. En outre, ils établissent des règles de conduite que la Commission va devoir respecter lorsqu'elle élabore ses propositions législatives.

⁶⁶ Résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale, *J.O.C.E.*, C. 13, du 12 février 1974, p. 1.

⁶⁷ Plan d'action pour une consommation et une production durables et pour une politique industrielle durable.

⁶⁸ Programme d'action annuel 2010 dans le cadre de l'Instrument européen pour la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde, C (2010)1614-PE/2010/1308.

⁶⁹ Plan d'action européen pour la mobilité de l'emploi (2007-2010), COM (2007) 773 final.

⁷⁰ Plan d'action de l'U.E. en faveur des personnes handicapées, COM (2007) 738 final.

⁷¹ Action Plan on Urban Mobility, COM (2009) 450.

⁷² Plan d'action pour les services financiers (P.A.S.F.), COM (1999) 232 final.

⁷³ Europe 2005 Action Plan: An Information Society for Everyone, COM (2002) 263 final.

⁷⁴ Action Plan for the Deployment of Intelligent Transport Systems in Europe, COM (2008) 886.

⁷⁵ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 131.

4. Communication informative

Les communications adoptées par la Commission européenne ont principalement une valeur de nature informative⁷⁶. Il convient de distinguer ces communications informatives des communications de nature interprétative ainsi que des communications dites décisives⁷⁷. Dans la pratique, il n'est guère aisé de distinguer ces différentes fonctions. Certaines communications peuvent revêtir une nature tout à la fois informative et interprétative⁷⁸. Il est certain que ces communications n'ont, *a priori*, pas pour objet d'établir des règles de conduite de nature contraignante.

III. Actes interprétatifs et décisionnels

Dans la mesure où elle est chargée de tâches d'exécution importantes en matière économique, la Commission adopte régulièrement des actes intitulés «encadrements», «lignes directrices», «orientations», voire «guides». S'inscrivant dans la mise en œuvre des pouvoirs d'exécution, ces actes exercent une fonction post-législative.

La discipline administrative que la Commission s'impose volontairement en adoptant ces actes lui permet, d'une part, de mieux structurer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, au risque éventuel de s'autolimiter, et garantit, d'autre part, une plus grande transparence de sa politique vis-à-vis des tiers. En effet, ces actes contribuent à garantir le respect de différents principes généraux du droit, tels que le principe d'égalité, celui de la sécurité juridique ou de la confiance légitime des opérateurs économiques ainsi que le principe de proportionnalité.

La juridicité de ces actes est incontestée. Même si leur objet n'est pas de contraindre, comme nous le verrons, ces techniques s'imposent bel et bien à la Commission. Cette dernière ne peut s'en délier qu'en motivant correctement ses décisions. À titre d'exemple, la seule circonstance qu'une communication interprétative ne se présente pas, par sa forme, par sa nature ou par son libellé, comme un acte destiné à produire des effets juridiques n'est pas suffisante pour conclure qu'elle ne produit pas d'effets juridiques

⁷⁶ MELCHIOR (M.), « Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », in *Mélange Fernand Dehousse. La construction européenne*, vol. 2, Nathan – Labor, Paris – Bruxelles, 1979, p. 243.

⁷⁷ MATTERA (M.), *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 1988, p. 28-31.

⁷⁸ T.U.E., 20 mai 2010, *Allemagne c. Commission*, T-258/06.

obligatoires. En effet, il est de jurisprudence constante qu'une communication peut être qualifiée d'acte contraignant, dès lors qu'elle contiendrait de nouvelles règles qui iraient au-delà des obligations découlant du droit européen existant et qui produiraient des effets juridiques pour les États membres.

A. *Faculté pour la Commission de se fixer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation*

Il ressort de la jurisprudence des juridictions de l'Union que la Commission dispose de la faculté de se fixer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation dans des matières telles que les aides d'État, les amendes en matière de droit de la concurrence et le contrôle de la politique de la lutte contre le réchauffement climatique.

Dans son arrêt *Vlaams Gewest* du 30 avril 1998, le Tribunal a jugé :

« Dans le cadre du large pouvoir d'appréciation dont elle jouit dans l'application de l'article 92, paragraphe 3, sous c), du traité, la [Commission] est fondée à retenir les critères qu'elle juge les plus appropriés pour évaluer si une aide peut être jugée compatible avec le marché commun, pour autant que ces critères soient pertinents au regard des articles 3, sous g), et 92 du traité (article 107 T.F.U.E.). À cet égard, elle peut préciser les critères qu'elle compte appliquer dans des lignes directrices conformes au traité [...]. L'adoption par la Commission de telles lignes directrices procède de l'exercice de son pouvoir d'appréciation et n'entraîne qu'une autolimitation de ce pouvoir dans l'examen d'aides visées par ces lignes directrices, dans le respect du principe de l'égalité de traitement. En appréciant une aide individuelle à la lumière de telles lignes directrices, qu'elle a préalablement adoptées, la Commission ne saurait être considérée comme dépassant les limites de son pouvoir d'appréciation ou y renonçant. En effet, d'une part, elle conserve son pouvoir d'abroger ou de modifier ces lignes directrices si les circonstances l'imposent. D'autre part, ces lignes directrices concernent un secteur délimité et sont motivées par le souci de suivre une politique qu'elle a déterminée »⁷⁹.

Les arrêts suivants en matière d'aides d'État confirment ces enseignements. Dans le récent arrêt *Frucona Košice c. Commission*, le Tribunal a jugé :

« 228 – En outre, la Commission peut s'imposer des orientations pour l'exercice de son pouvoir d'appréciation par des actes tels que les lignes directrices

⁷⁹ T.P.I.C.E., 30 avril 1998, *Vlaams Gewest c. Commission*, T-214/95, *Rec.*, p. II-717, point 89.

en question, dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et qu'ils ne s'écartent pas des normes du traité [...].

229 – Enfin, en l'absence d'un plan de restructuration crédible, la Commission est fondée à refuser l'autorisation des aides en cause en application des lignes directrices de 1999 [...]»⁸⁰.

Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Freistaat Sachsen e.a. c. Commission* du 3 mars 2010, le Tribunal a jugé que :

« 74 – De même, il ressort du paragraphe 3 des lignes directrices de 1999, dont la Commission a pu se doter aux fins de l'exercice du large pouvoir d'appréciation dont elle bénéficie dans le cadre de l'application de l'article 87, paragraphe 3, C.E. et qui s'imposent à elles [...], que « [I]es aides d'État destinées à sauver des entreprises en difficulté de la faillite et à encourager leur restructuration ne peuvent être considérées comme légitimes que sous certaines conditions ». C'est pour cette raison que les lignes directrices de 1999 prévoient, notamment en leur paragraphe 17, un devoir de notification préalable à la Commission de tout financement apporté ou garanti par l'État à une entreprise en difficulté financière, et que c'est dans le cadre de l'examen de cette notification que la Commission tiendra compte des considérations d'ordre régional mentionnées à l'article 87, paragraphe 3, sous a) et c), C.E., ainsi qu'il découle des paragraphes 19 et 20 desdites lignes directrices »⁸¹.

Il en va de même pour les lignes directrices concernant les amendes en matière de droit de la concurrence :

« 271 – Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la Commission bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation pour ce qui est de la méthode de calcul des amendes. Cette méthode, circonscrite par les lignes directrices, comporte différents éléments de flexibilité permettant à la Commission d'exercer son pouvoir d'appréciation en conformité avec les dispositions de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 [...] »⁸².

Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* du 7 novembre 2007, le Tribunal a également conforté le pouvoir de la Commission d'explicitier les critères techniques d'une annexe de la directive 2003/87/C.E. établissant un

⁸⁰ T.U.E., 7 décembre 2010, *Frucona Košice c. Commission*, T-11/07, points 228 et 229.

⁸¹ T.U.E., 3 mars 2010, *Freistaat Sachsen e.a. c. Commission*, T-102/07 et T-120/07, non encore publié au *Rec.*, point 74.

⁸² T.U.E., 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c. Commission*, C-280/08 P, non encore publié au *Rec.*, point 271.

système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre⁸³, au moyen d'orientations.

«À cet égard, il convient de relever, s'agissant de la nature juridique de ces orientations, que, tout en étant fondées sur une base légale expresse prévue à l'article 9, paragraphe 1, premier alinéa, dernière phrase, de la directive 2003/87, selon laquelle «la Commission élabore des orientations pour la mise en œuvre des critères qui figurent à l'annexe III», lesdites orientations ne correspondent à aucun des actes de droit communautaire dérivé prévus à l'article 249 C.E. (nouvel article 288 T.F.U.E.) [...]. Il en découle néanmoins le pouvoir de la Commission d'élaborer et de rendre public au préalable, sous la forme de ces orientations, sa propre compréhension du contenu et de la portée des critères qui figurent à l'annexe III de ladite directive, ainsi que la façon dont elle entend exercer son contrôle, au titre de l'article 9, paragraphe 3, de la directive 2003/87, quant à la compatibilité avec lesdits critères des mesures de transposition prises par l'État membre. Dès lors, les orientations relèvent de la catégorie de règles, qui, en tant que telles, n'ont, en principe, pas d'effet contraignant autonome vis-à-vis de tiers et dont la Commission fait amplement usage dans le cadre de sa pratique administrative afin de structurer et de rendre plus transparent l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et de supervision»⁸⁴.

B. Respect du droit primaire et du droit dérivé par la Commission, et interdiction d'édicter de nouvelles règles juridiques

Ces actes ne peuvent pas s'écarter des dispositions contraignantes⁸⁵. La Commission ne peut en effet court-circuiter les procédures d'adoption des actes de nature réglementaire.

A priori, la Commission n'est pas compétente pour adopter, sous la forme d'une communication interprétative de la jurisprudence de la Cour de justice, de nouvelles règles qui iraient au-delà des obligations découlant du droit européen existant et qui produiraient des effets juridiques pour les États membres. Aussi, la juridiction devant statuer sur la validité de la

⁸³ Directive 2003/87/C.E., du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/C.E. du Conseil, *J.O.U.E.*, L. 275, du 25 octobre 2003, p. 2. Cette directive fait l'objet de plusieurs lignes directrices et communications.

⁸⁴ T.P.I.C.E., 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, T-374/04, *Rec.*, p. II-4431, point 110.

⁸⁵ *Voy.*, en ce sens, C.J.C.E., 29 avril 2004, *Grèce c. Commission*, C-278/00, *Rec.*, p. I-3997, point 98, et la jurisprudence citée, ainsi que T.P.I.C.E., 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals c. Commission*, T-7/89, *Rec.*, p. II-1711, point 53; T.P.I.C.E., 5 novembre 1997, *Ducros c. Commission*, T-149/95, *Rec.*, p. II-2031, point 61; T.P.I.C.E., 30 avril 1998, *Vlaams Gewest c. Commission*, T-214/95, *Rec.*, p. II-717, points 79 et 89.

communication interprétative de la jurisprudence de la Cour de justice devra-t-elle apprécier si celle-ci vise à produire des effets juridiques nouveaux par rapport à ceux que comporte l'application des principes fondamentaux du traité⁸⁶.

C. Caractère contraignant relatif des règles que la Commission s'impose

Même si elles ne sont pas formellement contraignantes⁸⁷, les lignes directrices, les orientations, les communications interprétatives sont susceptibles de s'imposer à la Commission.

Par ailleurs, les lignes directrices et autres encadrements peuvent également produire des effets contraignants à l'égard des États membres. Ces derniers sont en effet tenus d'appliquer les règles énoncées dans des lignes directrices dès qu'ils les ont acceptées⁸⁸.

Comme le montrent les deux arrêts qui suivent, s'agissant de lignes directrices adoptées par la Commission en matière d'aides d'État⁸⁹, le Tribunal et la Cour considèrent que les lignes directrices ont pour effet de lier la Commission.

Dans son arrêt *Espagne c. Commission* («véhicules utilitaires») du 13 février 2003 (aff. C-409/00), la Cour a jugé :

«69. Certes, la Commission peut valablement considérer, dans les communications et encadrements qu'elle établit, dans le respect du traité et en application du pouvoir d'appréciation dont elle dispose pour évaluer les effets économiques possibles de mesures d'aide, que, sauf dans certains secteurs caractérisés par des conditions de concurrence particulières, des aides inférieures à certains montants n'affectent pas les échanges et, partant, ne relèvent pas des articles 92 et 93 du traité. Toutefois, ces communications et encadrements s'imposent, au premier chef, à la Commission elle-même [...].

95. [...] la Commission est tenue par les encadrements et les communications qu'elle adopte en matière de contrôle des aides d'État, dans la mesure où ils ne s'écartent

⁸⁶ C.J.C.E., 9 octobre 1990, *France c. Commission*, C-366/88, *Rec.*, p. I-3571, point 11; C.J.C.E., 13 novembre 1991, *France c. Commission*, C-303/90, *Rec.*, p. I-5315, point 10; C.J.C.E., 20 mars 1997, *France c. Commission*, C-57/95, *Rec.*, p. I-1627, point 25. Pour un exemple récent, voy. T.U.E., 20 mai 2010, *Allemagne c. Commission*, T-258/06.

⁸⁷ Dans la mesure où elles ne sont pas contenues dans un instrument juridiquement contraignant.

⁸⁸ C.J.C.E., 15 octobre 1996, *Ijssel-Vliet combinatie BVC Minister van economische zaken*, C-311/94, *Rec.*, p. I-5023, point 44. Voy. aussi C.J.C.E., 24 mars 1993, *CIRFS c. Commission*, C-313/90, *Rec.*, p. I-1125.

⁸⁹ T.P.I.C.E., 30 avril 1998, *Cityflyer Express c. Commission*, T-16/96, *Rec.*, p. II-757, point 57.

pas des normes du traité et où ils sont acceptés par les États membres. D'autre part, aux termes de l'article 253 C.E., la Commission doit *motiver* ses décisions, y compris celles portant refus de déclarer des aides compatibles avec le marché commun sur le fondement de l'article 92, paragraphe 3, sous c), du traité [...]».

Dans son arrêt *Allemagne c. Commission* du 7 novembre 2007 (aff. T-374/04), le Tribunal a jugé :

« 111. À cet égard, il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, en adoptant des règles de conduite administrative visant à produire des effets externes et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, l'institution en question s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que les principes d'égalité de traitement, de sécurité juridique ou de protection de la confiance légitime. Il ne saurait dès lors être exclu que, sous certaines conditions et en fonction de leur contenu, de telles règles de conduite ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques et que, notamment, l'administration ne saurait s'en écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement [...] à condition qu'une telle approche ne soit pas contraire à d'autres règles supérieures de droit communautaire [...]».

La doctrine dégage trois conséquences de cette jurisprudence⁹⁰ :

- (1) en appréciant une aide à l'aune des critères repris dans l'encadrement, la Commission ne dépasse pas son pouvoir d'appréciation en y renonçant (point 89 de l'arrêt *Vlaamse Gewest*) ;
- (2) la Commission viole l'obligation de motivation si sa décision n'apprécie pas la compatibilité de l'aide au regard de critères prédéfinis ;
- (3) si un critère n'a pas été explicité, la Commission recouvre son pouvoir d'appréciation.

S'agissant des lignes directrices de la Commission pour le *calcul des amendes en matière de concurrence*, les juridictions de l'Union ont adopté un raisonnement identique. Nous reproduisons ici certains extraits de l'arrêt *Dansk Rørindustri* de la Cour, du 28 juin 2005⁹¹ :

« 209 - La Cour a déjà jugé, statuant au sujet de mesures d'ordre interne adoptées par l'administration, que, si elles ne sauraient être qualifiées de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue, elles

⁹⁰ DONY (M.), *Commentaire Mégret. Contrôle des aides d'État*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2008, p. 219.

⁹¹ C.J.C.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c. Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-5425, points 209 à 211.

énoncent toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement. De telles mesures constituent dès lors un acte de caractère général dont les fonctionnaires et agents concernés peuvent invoquer l'illégalité à l'appui d'un recours formé contre des décisions individuelles prises sur leur fondement [...].

210 - Une telle jurisprudence s'applique à plus forte raison à des règles de conduite visant à produire des effets externes, comme c'est le cas des lignes directrices qui visent des opérateurs économiques.

211 - En adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, l'institution en question s'autolimit dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime. Il ne saurait dès lors être exclu que, sous certaines conditions et en fonction de leur contenu, de telles règles de conduite ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques».

En outre, la modification de la politique répressive de la Commission en matière d'amendes, par le biais de l'adoption de lignes directrices, ne peut porter atteinte au principe de non-rétroactivité. La modification en cause doit, en tout cas dans le chef des entreprises, être «raisonnablement prévisible à l'époque où les infractions concernées ont été commises»⁹². Si c'est le cas, la Commission ne viole pas le principe de non-rétroactivité.

Dans les domaines de *l'agriculture*, de *la santé* et de *l'environnement*, le Tribunal a reconnu que les institutions peuvent s'imposer des orientations pour l'exercice de leurs pouvoirs d'appréciation par des actes non prévus à l'ancien article 249 C.E., notamment par le biais de communications, dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par ces institutions communautaires et où ils ne s'écarterent pas des normes du traité. La Commission pourrait donc voir une de ses décisions annulée pour violation d'un document intitulé «Guidelines on the Application of the Precautionary Principle» («Lignes directrices sur l'application du principe de précaution») et d'une communication de la Commission sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000⁹³.

⁹² C.J.C.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c. Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. I-5425, points 222-225; C.J.C.E., 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients c. Commission*, C-397/03 P, *Rec.*, p. I-4475, points 22 et 25.

⁹³ COM (2000) 1.

«119. Il est, certes, de jurisprudence constante que les institutions communautaires peuvent s'imposer des *orientations* pour l'exercice de leurs pouvoirs d'appréciation par des actes non prévus à l'article 189 du traité (devenu par la suite l'article 249 C.E. et l'article 288 T.F.U.E.), notamment par le biais de communications, dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par ces institutions communautaires et où ils ne s'écarterent pas des normes du traité [...]. Dans de telles circonstances, le juge communautaire vérifie, en application du principe d'égalité de traitement, si l'acte attaqué est conforme aux orientations que les institutions s'étaient elles-mêmes imposées par l'adoption et la publication de ces communications»⁹⁴.

D. *Les règles que la Commission s'impose ne sauraient lier la Cour de justice*

En ce qui concerne des orientations présentées par la Commission dans le cadre d'une procédure visant à constater un double manquement d'État (article 228 C.E., devenu article 260 T.F.U.E.) en ce qui concerne l'inexécution des directives 75/442/C.E.E. et 78/319/C.E.E. en matière de déchets, la Cour de justice a reconnu qu'elle n'était pas liée par l'approche retenue par cette institution⁹⁵ :

«85. À cet égard, la communication 96/C 242/07 [...] prévoit notamment que la détermination du montant de l'amende ou de l'astreinte doit être guidée par l'objectif même de cet instrument, à savoir assurer l'application effective du droit communautaire. La Commission estime ainsi que le montant doit être calculé en fonction de trois critères fondamentaux, à savoir la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci et la nécessité d'assurer l'effet dissuasif de la sanction elle-même pour faire cesser l'infraction et éviter les récidives.

86. La communication 97/C 63/02, précitée, identifie les variables mathématiques utilisées pour calculer le montant d'une astreinte, [...].

89. Il convient de souligner que ces propositions de la Commission ne sauraient lier la Cour. En effet, aux termes mêmes de l'article 171, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité, la Cour, si elle «reconnait que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt [...] peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte». Toutefois, ces propositions constituent une base de référence utile».

⁹⁴ Communication de la Commission du 2 février 200 sur le recours au principes de précaution (COM(2000) 1 final).

⁹⁵ C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Commission c. France*, C-387/97.

À propos de la *condamnation de l'absence de transposition d'une directive sur les O.G.M.*, la Cour de justice a, à nouveau, affirmé son pouvoir d'appréciation⁹⁶ :

« 41 – La Commission propose que la somme forfaitaire journalière à verser par la République française, à compter du 21 mars 2007, soit calculée en multipliant un coefficient de gravité de l'infraction laissé à l'appréciation de la Cour, mais qui soit proportionné à l'infraction ainsi subsistante, par le montant de base de 200 euros et par le facteur *n* mentionnés au point 36 du présent arrêt. [...]

63 – Il convient en effet de relever, à cet égard, que, pas plus que sa finalité précédemment rappelée, le libellé de l'article 228 C.E. (article 260 T.F.U.E.) n'indique que la condamnation à une somme forfaitaire devrait revêtir le caractère automatique que la Commission suggère dans la communication de 2005. En disposant que la Cour « peut » infliger le paiement d'une astreinte ou d'une somme forfaitaire à l'État membre défaillant, ladite disposition investit la Cour d'un large pouvoir d'appréciation aux fins de décider s'il y a lieu ou non d'imposer de telles sanctions.

64 – Si la Cour décide de l'imposition d'une astreinte ou d'une somme forfaitaire, il lui appartient, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, de fixer celle-ci de sorte qu'elle soit, d'une part, adaptée aux circonstances et, d'autre part, proportionnée au manquement constaté ainsi qu'à la capacité de paiement de l'État membre concerné [...]. S'agissant plus spécifiquement de l'imposition d'une somme forfaitaire, figurent notamment au rang des facteurs pertinents à cet égard des éléments tels que la durée de persistance du manquement depuis l'arrêt l'ayant constaté ainsi que les intérêts publics et privés en cause [...]. »

IV. Actes nommés et innomés favorisant la coordination et l'harmonisation

Nous reprenons ici deux catégories d'actes figurant à l'article 288, alinéa 5, du T.F.U.E., à savoir les recommandations (A) et les avis (B). Conformément à cette disposition, qui est identique à l'ex-article 249 T.C.E., « les recommandations et les avis ne lient pas ».

Nous évoquerons également certaines pratiques qui ont été encouragées ces dernières années par les institutions, étant entendu que le statut juridique de ces pratiques est particulièrement ambigu (C et D).

⁹⁶ C.J.C.E., 9 décembre 2008, *Commission c. France*, C-121/07, *Rec.*, p. I-9159, points 61-64.

A. *Recommandations*

Visées expressément à l'article 288, alinéa 5, T.F.U.E., les recommandations sont susceptibles d'être adoptées soit par la Commission, soit par le Conseil. Quoique non obligatoires, les recommandations ne sont pas affranchies du processus juridictionnel. Elles sont effectivement susceptibles de produire, dans certains cas, des effets juridiques.

Appelée à préciser, dans le cadre d'un recours préjudiciel, la portée juridique des recommandations, la Cour de justice a précisé qu'il s'agit d'« actes qui, même à l'égard de leurs destinataires, ne visent pas à produire des effets contraignants », avant d'ajouter que ces actes « ne peuvent être considérés pour autant comme dépourvus de tout effet juridique. En effet, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant »⁹⁷. Les recommandations peuvent donc avoir une incidence sur les litiges nationaux, dans la mesure où les juridictions sont tenues de les prendre en considération lorsqu'elles sont susceptibles d'éclairer des dispositions à caractère contraignant.

Il convient de distinguer les recommandations en fonction de leur auteur.

Le recours à la recommandation par la *Commission* remonte aux années soixante, notamment dans le domaine du droit douanier. Cet instrument a été généralisé par la suite aux domaines sociaux, de la protection des travailleurs⁹⁸, des transports, de la libre circulation, de l'énergie⁹⁹, des

⁹⁷ C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, *Rec.*, 1989, p. 4407, points 16 et 18.

⁹⁸ Recommandation de la Commission du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, 2008/C 85/01; Recommandation de la Commission du 22 mai 1990 concernant l'adoption d'une liste européenne des maladies professionnelles, 90/326/C.E.E.

⁹⁹ Recommandation de la Commission du 9 octobre 2009 sur la mobilisation des technologies de l'information et des communications pour faciliter le passage à une économie à haut rendement énergétique et à faibles émissions de carbone, C(2009) 7604 final.

consommateurs¹⁰⁰, de la numérisation¹⁰¹, de l'euro¹⁰², de la santé¹⁰³, de la propriété intellectuelle¹⁰⁴, du patrimoine culturel¹⁰⁵, de l'agriculture¹⁰⁶, de la protection de la vie privée¹⁰⁷, etc.

Désormais, le T.F.U.E. prévoit expressément l'adoption de recommandations par la Commission, notamment dans le cadre de la procédure pour déficit excessif (article 126, § 7, T.F.U.E.). Parfois, le T.F.U.E. requiert l'adoption de recommandations simultanément par la Commission et le Conseil. Tel est le cas en matière de politique de l'emploi (article 148, § 4, T.F.U.E.). Le risque de distorsion de concurrence au moyen de normes réglementaires nationales peut également conduire la Commission à adopter une recommandation à l'égard des États concernés (article 117, § 1, T.F.U.E.).

Instrument indirect visant au rapprochement des législations, la recommandation se distingue de la directive par l'absence de portée obligatoire¹⁰⁸. Les recommandations de la Commission s'apparentent à de véritables instruments d'harmonisation fort proches des directives¹⁰⁹. En pratique, il arrive également que la Commission recoure à la recommandation en tant qu'instrument de coordination des politiques nationales. Au demeurant, dans leur contribution à cette recherche collective, P.-O. de Broux et I. Mathy montrent fort bien comment les recommandations de la Commission prises en application des réglementations sur les communications électroniques

¹⁰⁰ Recommandation de la Commission du 12 mai 2010 relative à l'utilisation d'une méthode harmonisée pour classer les réclamations et demandes des consommateurs et communiquer les données y afférentes, 2010/304/U.E.

¹⁰¹ Recommandation de la Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, 2006/585/C.E.

¹⁰² Recommandation de la Commission du 22 mars 2010 concernant l'étendue et les effets du cours légal des billets de banque et pièces en euros, 2010/191/U.E.

¹⁰³ Recommandation de la Commission du 28 avril 2010 sur l'initiative de programmation conjointe en matière de recherche « Une alimentation saine pour une vie saine », 2010/250/U.E.

¹⁰⁴ Recommandation de la Commission concernant la gestion de la propriété intellectuelle dans les activités de transfert de connaissances et un code de bonne pratique destiné aux universités et aux autres organismes de recherche publics, C(2008)1329.

¹⁰⁵ Recommandation de la Commission du 26 avril 2010 sur l'initiative de programmation conjointe en matière de recherche « Patrimoine culturel et changement global: un nouveau défi pour l'Europe », 2010/238/U.E.

¹⁰⁶ Recommandation de la Commission du 28 avril 2010 sur l'initiative de programmation conjointe de la recherche dans le domaine « agriculture, sécurité alimentaire et changement climatique », 2010/253/U.E.

¹⁰⁷ Recommandation de la Commission du 12 mai 2009 sur la mise en œuvre des principes de respect de la vie privée et de protection des données dans les applications reposant sur l'identification par radiofréquence, 2009/387/C.E.

¹⁰⁸ VAN RAEPENBUSCH (S.), *Droit institutionnel de l'U.E.*, 4^e éd., Larcier, Bruxelles, p. 374.

¹⁰⁹ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, op. cit., p. 167.

«présentent toutes les caractéristiques du *hard law*», sans pour autant être obligatoires¹¹⁰.

La recommandation peut répondre à des besoins fort différents. L'on songe notamment à l'absence de volonté, dans le chef de la Commission, d'adopter une proposition législative, l'impossibilité pour les institutions de recourir à un acte législatif, la résistance opposée par certains États membres à une harmonisation de type législatif lorsque la règle de l'unanimité s'impose, la nécessité de mieux adapter l'intervention réglementaire aux développements technologiques en recourant à un instrument souple¹¹¹, etc. Aussi la recommandation peut-elle jouer simultanément une fonction pré-, post- et paralégislative.

La majorité des recommandations se fondent sur des bases juridiques spécifiques prévues par les traités. Elles relèvent dès lors d'une compétence spécifiquement attribuée à la Commission soit en vertu du droit primaire, soit en vertu du droit dérivé. Bien entendu, l'adoption de recommandations par la Commission n'est en principe pas soumise à une procédure décisionnelle spécifique, sauf lorsque le droit dérivé requiert le respect d'une procédure particulière¹¹². La Commission dispose dès lors d'une marge de manœuvre considérable.

À l'instar de la Commission, le *Conseil* adopte également des recommandations de nature fort générale applicables à un ensemble de situations déterminées. Le Conseil peut également adresser, à titre individuel, des recommandations à des États membres¹¹³. À la différence de la majorité des recommandations émises par la Commission, celles adoptées par le Conseil favorisent davantage la coopération ou la coordination des politiques nationales¹¹⁴. La surveillance multilatérale des politiques économiques ainsi que la procédure pour déficit public excessif illustrent le rôle rempli par cet instrument. Ainsi, lorsque les politiques économiques poursuivies par un

¹¹⁰ DE BROUX (P.-O.) et MATHY (I.), « Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques », p. 295 de cet ouvrage.

¹¹¹ Recommandation de la Commission du 8 décembre 1987 portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique (Relations entre institutions financières, commerçants-prestataires de services et consommateurs), 87/598/C.E.E.

¹¹² Voy. les exemples donnés par P.-O. de Broux et I. Mathy en rapport avec les recommandations prises par la Commission en ce qui concerne l'application des directives sur les communications électroniques (DE BROUX (P.-O.) et MATHY (I.), « Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques », *op. cit.*, p. 295 de cet ouvrage).

¹¹³ Ces recommandations sont généralement divisées en deux parties: la première partie reprend les mesures qui sont recommandées à l'État membre, alors que la seconde partie s'adresse à la Commission en ce qui concerne le suivi et l'application des mesures proposées.

¹¹⁴ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 178.

État membre ne sont pas conformes aux grandes orientations des politiques économiques adoptées par le Conseil (Ecofin), celui-ci, à la suite d'un avertissement de la Commission, peut adresser «les recommandations nécessaires à l'État membre concerné» (article 121, § 4, T.F.U.E.). Aucune indication n'est fournie quant aux suites à donner à cette recommandation au cas où elle ne serait pas suivie d'effets. En ce qui concerne la procédure de contrôle du déficit public excessif, le Conseil (Ecofin), sur la base d'un avis rendu par la Commission, peut adresser «les recommandations [...] à l'État membre concerné» afin que ce dernier mette un terme à son déficit excessif (article 126, § 7, T.F.U.E.). Le Conseil surveille ensuite la mise en œuvre de ces recommandations et abroge sa décision une fois le déficit excessif corrigé. Suite aux recommandations du Conseil, l'État membre remet à celui-ci et à la Commission un rapport sur l'action engagée en réponse aux recommandations. À la différence de la procédure précédente, la non-exécution desdites recommandations peut être suivie d'effets: le Conseil peut mettre en demeure l'État de prendre les mesures visant à réduire son déficit excessif (article 126, § 9, T.F.U.E.)¹¹⁵. Si l'État membre n'obtempère pas, le Conseil peut décider de passer à l'étape suivante de la procédure, avec, en dernier recours, l'imposition de sanctions financières. Les sanctions résultant d'une procédure pour déficit excessif prennent la forme d'une amende imposée par le Conseil dont le montant peut correspondre à 0,2% du P.I.B. Avec les modifications entraînées par le «six-pack», l'adoption des sanctions a été facilitée¹¹⁶. Il en résulte que les recommandations du Conseil constatant le déficit excessif se situent à cheval sur des fonctions pré- et post-législatives.

B. Avis

L'avis est l'expression d'une opinion sur une question donnée qui s'insère généralement dans le cadre d'une procédure aboutissant à la prise d'un acte contraignant¹¹⁷. La distinction opérée ci-dessus entre les fonctions pré- et post-législatives n'a guère de sens. En effet, la plupart des avis sont adoptés

¹¹⁵ LOUIS (J.-V.), *Commentaire J. Mégret. L'Union européenne et sa monnaie*, op. cit., p. 104.

¹¹⁶ Voy. le règlement (C.E.) n° 1467/97 du Conseil visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, tel qu'il a été modifié par le règlement (U.E.) n° 1177/2011. Cf. DE SADELEER (N.), « La gouvernance économique européenne: Léviathan ou colosse aux pieds d'argile? », op. cit., p. 4 et s.

¹¹⁷ VAN RAEPENBUSCH (S.), *Droit institutionnel de l'U.E.*, op. cit., p. 374.

en vertu d'obligations de droit primaire ou de droit dérivé et sont généralement suivis par d'autres actes.

Certains avis permettent à la Commission de se prononcer sur la conformité de pratiques ou de réglementations nationales par rapport au droit de l'U.E. Tel est le cas de la procédure d'avis pour déficit excessif dans le chef d'un État membre (article 126, § 5, T.F.U.E.), que nous avons déjà évoquée. L'avis rendu par la Commission est adressé à l'État membre concerné afin que ce dernier mette un terme à son déficit excessif.

Dans le cadre de la coopération interétatique, les avis de la Commission peuvent également favoriser les échanges de bonnes pratiques entre les États membres (article 156, alinéa 2, T.F.U.E.). Dans le cadre de la procédure législative ordinaire, la Commission rend également un avis sur les amendements du Parlement européen en seconde lecture (article 294, § 7, c), T.F.U.E.).

Le fait que les avis n'aient pas d'effet obligatoire ne signifie pas qu'ils soient dépourvus d'effets juridiques. On en veut pour preuve les illustrations suivantes.

Dans le cadre de la procédure en contestation de manquement visée à l'article 258 T.F.U.E., l'avis motivé de la Commission revêt une importance capitale : il délimite l'objet de l'infraction commise par l'État défaillant et met ce dernier en demeure de se conformer au droit de l'U.E. Il en résulte que la Commission ne peut saisir la Cour de justice qu'en cas de méconnaissance par l'État membre de son avis motivé.

Par ailleurs, un avis négatif de la Commission sur les amendements du Parlement européen en deuxième lecture contraint le Conseil à devoir statuer à l'unanimité au cas où il souhaiterait approuver ces amendements (article 294, § 9, T.F.U.E.).

Le droit dérivé prévoit également des procédures d'avis. À titre d'exemple, en ce qui concerne les plans et les projets justifiés par des raisons impératives d'intérêt public majeur qui mettraient en péril l'intégrité écologique d'un site Natura 2000, la directive sur les habitats impose aux autorités nationales d'obtenir préalablement à l'autorisation du plan ou du projet un avis de la Commission¹¹⁸.

¹¹⁸ Article 6, § 4, de la directive 92/43/C.E.E., du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels et de la faune et de la flore sauvages, *J.O.C.E.*, L. 206, du 22 juillet 1992. Voy. GARCIA URETA (A.), « Habitats and environmental assessment of plans and projects », *J.E.E.L.P.*, 2007/2, p. 84-96; KRÄMER (L.), « The European Commission's opinions under article 6(4) of the habitats directive », *Journal of Environmental Law*, 2009, vol. 21, n° 1, p. 70.

C. *Actions d'encouragement, orientations et indicateurs*

Les actions d'encouragement adoptées par les deux branches du pouvoir législatif conformément à la procédure législative ordinaire trouvent leur terrain d'élection dans les domaines du sport (article 165, § 4, T.F.U.E.), de la culture (article 167, § 5, T.F.U.E.) et de la santé publique (article 168, § 5, T.F.U.E.). En ce qui concerne la politique sociale, la Commission est chargée d'établir des « orientations et indicateurs » (article 156, alinéa 2, T.F.U.E.).

Par ailleurs, nombre de résolutions, déclarations, conclusions adoptées soit par le Conseil européen, soit par le Conseil de l'Union influent considérablement sur l'action de cette dernière. Aussi certaines résolutions adoptées par le Conseil européen peuvent-elles contenir de véritables orientations politiques adressées à d'autres institutions. À titre d'exemple, dans sa résolution relative au Pacte de stabilité et de croissance, adoptée à Amsterdam le 17 juin 1997, le Conseil européen a non seulement rappelé qu'il était d'une importance essentielle d'assurer la discipline budgétaire pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, mais a aussi arrêté des orientations adressées aux États membres, à la Commission et au Conseil. La résolution invitait notamment le Conseil à s'engager à mettre en œuvre de manière rigoureuse et rapide tous les éléments du Pacte de stabilité et de croissance relevant de sa compétence, et à décider systématiquement d'infliger des sanctions si un État membre participant ne prenait pas les mesures nécessaires pour mettre fin à une situation de déficit excessif.

Cela dit, le Pacte de stabilité et de croissance revêt depuis sa conception une nature hybride. En sus de la Résolution du Conseil européen du 17 juin 1997, deux règlements adoptés par le Conseil le 7 juillet 1997 complètent le Pacte¹¹⁹. Le premier de ces règlements consacre une dimension préventive reposant sur une surveillance multilatérale des États de la zone euro, lesquels doivent présenter leurs objectifs budgétaires à moyen terme dans un programme de stabilité actualisé chaque année. Par ailleurs, un mécanisme correctif, dont l'application est assurée par le règlement n° 1467/97, veille, quant à lui, à mettre en œuvre la procédure des déficits excessifs consacrée à l'article 126 T.F.U.E.

¹¹⁹ Règlement (C.E.) n° 1466/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, *J.O.C.E.*, L. 209, du 2 août 1997, p. 1; Règlement (C.E.) n° 1467/97 du Conseil, du 7 juillet 1997, visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, *J.O.C.E.*, L. 209, du 2 août 1997, p. 6. Voy. Louis (J.-V.), *Commentaire J. Mégret. L'Union européenne et sa monnaie*, *op. cit.*, p. 108-115.

Dans un litige opposant la Commission au Conseil Ecofin qui portait sur le sort à réserver à des recommandations visant à appliquer la procédure pour déficit excessif prévue aux anciens paragraphes 8 et 9 de l'article 104 C.E. (nouvel article 126 T.F.U.E.) à la France et à l'Allemagne, la Cour de justice n'a pas reconnu de force juridique obligatoire à cette résolution¹²⁰. Elle a toutefois jugé que cet instrument constituait un ensemble d'orientations indiquant une volonté politique dont il devait être tenu compte dans l'interprétation des règles de droit primaire :

« Dans ce contexte, caractérisé par l'importance qu'attachent les auteurs du traité au respect de la discipline budgétaire et par la finalité des règles prévues pour la mise en œuvre de cette discipline, il y a lieu de donner auxdites règles une interprétation assurant tout leur effet utile »¹²¹.

D. Autoréglementation et coréglementation

En raison de l'effritement des missions de contrôle dévolues à l'État, ce dernier paraît progressivement renoncer à la contrainte en incitant, de manière plus douce, les administrés à modifier leurs comportements. À ce titre, l'autoresponsabilité des entreprises a été préconisée, notamment comme remède au modèle « administratif ». Le processus réglementaire traditionnel, décrié comme étant pesant et rigide, est appelé à être remplacé par de nouvelles formes d'action mieux adaptées aux réalités socio-économiques. Substituant à la rigueur et à la lourdeur de la norme contraignante le pragmatisme et la souplesse de la norme négociée, les modes d'action concertés font l'objet, depuis le début des années nonante, d'un engouement sans précédent.

Les appels réitérés des institutions à une plus large ouverture du processus réglementaire à la société civile ont donc favorisé, depuis une dizaine d'années, l'éclosion de nouvelles formes de régulation. La conclusion d'accords a notamment été brandie par les industries comme moyen d'écarter les interventions étatiques.

Nous distinguerons, dans un premier temps, la coréglementation de l'autoréglementation (1) en rapport avec la politique environnementale de l'Union, qui est apparue comme une terre d'élection pour la conclusion de

¹²⁰ C.J.C.E., 13 juillet 2004, *Commission c. Conseil*, C-27/04, *Rec.*, p. I-6649.

¹²¹ *Ibid.*, point 74.

ce type d'accords¹²². On le sait, la doctrine a critiqué le caractère confidentiel de l'élaboration de ces accords, leur absence de fondement légal, l'impossibilité de sanctionner le non-respect de leurs obligations, le manque de légitimité démocratique, les difficultés pour les tiers d'invoquer les obligations qui en découlent devant des juridictions... Le contournement du processus législatif est patent: un accord négocié entre la Commission et des opérateurs économiques laisse les autres institutions de côté. Les actes adoptés dans ce cadre devraient donc être qualifiés de *soft law* à caractère paralégislatif.

Ensuite, nous donnerons différentes illustrations de l'essor des techniques paralégislatives dans le domaine social (2), en ce qui concerne la normalisation des produits (3) et les codes de conduite professionnels (4).

1. La coréglementation et l'autorégulation dans le domaine environnemental

Selon l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », la coréglementation implique l'adoption d'un acte législatif définissant des objectifs généraux et confiant leur mise en œuvre à des acteurs privés via la conclusion d'accords spécifiques¹²³. Ces accords sont ensuite reconnus par la Commission, d'initiative ou à la demande des industriels. Ainsi, à la différence de l'autorégulation, la corégulation présuppose l'adoption préalable d'un acte législatif au niveau de l'Union et l'intervention d'un acteur public dans sa matérialisation. L'interprétation de la corégulation retenue par les institutions de l'Union est d'ailleurs controversée dans la mesure où cette technique se cantonne exclusivement à la mise en œuvre de règles contraignantes et, partant, offre peu de marge de manœuvre aux négociateurs¹²⁴.

¹²² DE SADELEER (N.), *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, op. cit., p. 148-152.

¹²³ « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées ». Voy. l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, du 16 décembre 2003, *J.O.U.E.*, C. 321, du 31 décembre 2003, point 18.

¹²⁴ VERBRUGGEN (P.), « Does co-regulation strengthen E.U. legitimacy? », *E.L.J.*, 2009, vol. 14, n° 4, p. 429.

Dans cet ordre d'idées, la mise en œuvre de certaines directives peut se faire au moyen d'accords qui sont conclus à la fois par les pouvoirs publics et par le secteur privé¹²⁵.

La Commission encourage également les États membres à promouvoir « les accords libres et les autres formes d'autoréglementation »¹²⁶. À la différence de la corégulation, ces accords sont conclus par les entreprises ou les fédérations d'entreprises, en dehors de tout cadre réglementaire. L'autoréglementation relève *a priori* d'une démarche spontanée dans le chef des entreprises. Il est possible de distinguer les accords dont la conclusion est suscitée par la Commission européenne de ceux pour lesquels elle ne l'est pas.

Il se peut que la Commission n'ait proposé aucune mesure législative ni manifesté son intention d'initier un tel processus. Ne suscitant pas la conclusion d'un accord, la Commission se contente de l'avaliser, notamment au regard du droit de la concurrence. La procédure est simple : la Commission prend note de l'engagement souscrit par des fédérations d'entreprises au moyen d'un échange de lettres ou d'une recommandation. Elle informe le Parlement européen et le Conseil des accords qu'elle s'apprête à avaliser¹²⁷.

Il arrive aussi que la conclusion d'accords soit encouragée par la Commission quand bien même il n'y aurait pas d'actes législatifs réglementant cette technique. Comme le droit primaire n'habilite pas les institutions à conclure des accords avec des parties privées, la Commission européenne ne peut que recommander aux fédérations d'entreprises la conclusion de tels accords¹²⁸.

¹²⁵ Ainsi les systèmes de reprise, de collecte et de valorisation des déchets d'emballages doivent-ils être « ouverts à la participation des acteurs économiques des secteurs concernés et à la participation des autorités publiques compétentes » (article 7, § 1, de la directive 94/62/C.E. relative aux emballages et aux déchets d'emballages, J.O.C.E., L. 365, du 31 décembre 1994, p. 1). Voy. aussi l'article 10, § 3, de la directive 2000/53/C.E. relative aux véhicules hors d'usage. De même, les mesures de conservation au sein des aires protégées du réseau Natura 2000 peuvent être contractuelles (article 6, § 1, de la directive 92/43/C.E.E. du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, J.O.C.E., L. 206, du 22 juillet 1992, p. 7).

¹²⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Vers un développement soutenable. Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement*, vol. II, COM (92) 23 final, p. 32.

¹²⁷ Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, du 16 décembre 2003, J.O.U.E., C. 321, du 31 décembre 2003, point 23.

¹²⁸ Communication de la Commission du 17 juillet 2002 sur les accords environnementaux conclus au niveau communautaire dans le cadre du plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 412 final, point 4.2. Sur cette problématique, voy. LEFÈVRE (P.), « Les accords entre la Commission et les entreprises dans le domaine de l'environnement », J.T.D.E., 2001, n° 84, p. 249-255.

Pour parvenir à ses fins, la Commission s'engage tacitement à ne pas prendre d'initiative réglementaire qui aurait pour effet de doubler les fédérations. Il lui arrive aussi d'adopter une recommandation à l'égard des États membres leur enjoignant de ne pas entraver la bonne exécution de l'accord. Dans le cas où les résultats escomptés ne seraient pas atteints, la Commission peut toujours exercer son droit, en vertu de l'article 17 T.U.E., de présenter au législateur une proposition d'acte législatif. En lieu et place d'une proposition législative, la Commission donne ainsi son aval à une entente dont le contenu aurait pu faire l'objet d'un acte adopté par le législateur. En d'autres mots, le mode d'action concerté se substitue ici à l'instrument législatif.

Sous la menace de l'adoption de nouvelles réglementations qui se profilent à l'horizon, les fédérations d'entreprises ont *a priori* tout intérêt à s'engager dans un tel processus. Ainsi ont-elles conclu douze accords concernant, entre autres, les C.F.C., les détergents et l'efficacité énergétique¹²⁹. Il n'en demeure pas moins que les résultats de cette démarche sont mitigés. Il arrive aussi que les parties ne parviennent pas à respecter leurs engagements. Quatre accords ont d'ailleurs dû être remplacés par des règlements. Le plus connu et le plus controversé de ces accords fut celui conclu entre les fédérations d'entreprises automobiles, lesquelles s'étaient engagées à mettre en application des normes de réduction des émissions de CO₂ (à concurrence de 140 gr par kilomètre parcouru)¹³⁰, démarche qui n'a pas porté ses fruits¹³¹.

¹²⁹ Voy., pour la liste de ces accords, SCHNABL (G.), « The evolution of environmental agreements at the level of the E.U. », in *The Handbook of Environmental Voluntary Agreements*, CROCI (E.) dir., Springer, 2005, p. 104-106.

¹³⁰ Ainsi la Commission européenne a-t-elle avalisé, en 1999 et en 2000, les trois accords conclus au sein des associations professionnelles regroupant les constructeurs (l'Association des constructeurs européens (ACEA), l'Association japonaise (JAMA) ainsi que l'Association coréenne (KAMA)). Les engagements en termes de réduction de CO₂ pris en vertu de ces trois accords furent entérinés par la Commission (Communication de la Commission « Résultat du réexamen de la stratégie C.E. de réduction des émissions de CO₂ des voitures et véhicules commerciaux légers », COM (2007) 19 final). Voy. les critiques formulées par KRÄMER (L.), « Les approches volontaires et le droit C.E. de l'environnement », in *Approches volontaires et le droit de l'environnement*, HERVE-FOURNEREAU (N.) dir., Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2009, p. 91-93.

¹³¹ Les objectifs fixés dans ces accords n'ayant pu être atteints, la Commission dut reconnaître, au mois de février 2007, l'échec de sa stratégie. Cet aveu fut suivi d'une proposition de règlement, laquelle fut adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 29 avril 2009. Cf. règlement n° 443/2009/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, J.O.U.E., L. 140, du 5 juin 2009, p. 1.

2. Le dialogue social et la méthode ouverte de coordination

Le domaine social européen a constitué le terrain privilégié pour l'essor, dans le droit de l'U.E., de l'autorégulation privée¹³². Le dialogue social européen abonde en actes aux statuts divers : chartes, recommandations, codes de conduite, lignes directrices, positions communes, déclarations...

Trouvant ses origines dans la stratégie européenne pour l'emploi, la méthode ouverte de coordination (ci-après, «MOC») constitue l'achèvement de cette nouvelle forme de régulation. S'agissant d'un instrument de coordination des politiques socio-économiques des États membres piloté par les institutions européennes, la MOC ne relève pas d'une forme d'autorégulation privée¹³³.

Cette méthode se caractérise par un double mouvement de production normative, «à la fois ascendant (par les actes privés) et descendant (par les institutions publiques ou l'État)»¹³⁴. L'intervention des partenaires sociaux dans la conduite de la politique sociale se justifie au titre d'une subsidiarité horizontale.

Les partenaires sociaux sont en droit d'interrompre le processus législatif engagé par la Commission (article 154, § 4, T.F.U.E.).

Deux voies sont possibles.

En premier lieu, les partenaires sociaux peuvent conclure et mettre en œuvre des accords autonomes conformément aux procédures et pratiques qui leur sont propres (article 155, § 2, T.F.U.E.)¹³⁵. Dans la mesure où Daniel Dumont a mis en évidence, dans le présent ouvrage, à quel point cette première branche de l'alternative était énigmatique, nous ne reviendrons plus sur cette question, si ce n'est pour insister sur le fait que cette technique peut être qualifiée de paralégislative.

En second lieu, les partenaires sociaux peuvent inviter le Conseil, statuant soit à la majorité qualifiée, soit à l'unanimité, à adopter une décision,

¹³² Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, du 16 décembre 2003, *J.O.U.E.*, C. 321, du 31 décembre 2003.

¹³³ Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de DUMONT (D.), « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », p. 329.

¹³⁴ MAZUYER (E.) et DE LA ROSA (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *C.D.E.*, 2009, p. 299. Voy. aussi VIELLE (P.) et GILSON (S.), « La subsidiarité et la vie sociale : les relations de travail et la sécurité sociale », in *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 101-11a.

¹³⁵ Accord-cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002; accord-cadre sur le stress professionnel du 8 octobre 2004; accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007; accord-cadre sur les marchés du travail inclusifs du 25 mars 2010.

laquelle peut revêtir la forme soit d'une directive, soit d'un règlement, sur proposition de la Commission, approuvant leur accord¹³⁶. Dans cette hypothèse, l'accord revêtira un caractère contraignant de par l'acte qui sera adopté par le Conseil¹³⁷.

On pourrait craindre, par ailleurs, que cette procédure écorne la notion de démocratie, étant donné que le Parlement européen est seulement informé de ce type d'accord (article 155, § 2, T.F.U.E.). Ces craintes peuvent être nuancées. À cet égard, on notera que le Tribunal de première instance a jugé que l'intervention des partenaires sociaux, sur le fondement de l'ancien article 138 C.E. (nouvel article 154 T.F.U.E.), constituait une autre voie que celle du principe démocratique fondamental selon lequel « les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »¹³⁸.

Se trouve-t-on confronté à un phénomène paralégislatif? Il est incontestable que l'élément déclencheur relève d'un tel phénomène. Cela dit, alors que les conventions conclues entre les partenaires sociaux au regard des procédures et des pratiques qui leur sont propres ne sont en aucun cas intégrées à l'ordre juridique de l'Union, la seconde catégorie d'accords relève bel et bien du droit secondaire par le truchement de l'intervention expresse du Conseil. En d'autres mots, le consensus entre les confédérations syndicales et patronales européennes est homologué dans le cadre d'une procédure quasi législative. Il revient donc au Conseil de conférer à l'accord une force juridique identique à celle qui s'attache aux autres actes de droit contraignants visés à l'article 288 T.F.U.E. Le *soft law* se transforme de la sorte en *hard law*. Au demeurant, les mesures nationales contraires aux accords-cadres confirmés par des directives du Conseil sont susceptibles d'être censurées par la juridiction de l'Union¹³⁹. Par ailleurs, force est de constater que certains accords interprofessionnels ont pu exercer une fonction paralégislative, étant donné qu'ils ont été conclus dans des domaines

¹³⁶ Accord-cadre sur le travail à temps partiel, *J.O.C.E.*, L. 14, du 20 janvier 1998; accord-cadre sur le travail à durée déterminée, *J.O.C.E.*, L. 175, du 10 juillet 1999; accord-cadre de 2009 révisant l'accord-cadre de 1995 sur le congé parental.

¹³⁷ Directive 99/63/C.E., du 21 juin 1999, concernant un accord européen du 30 septembre 1998 relatif à l'organisation du temps de travail des gens de mer, *J.O.C.E.*, L. 167, du 2 juillet 1999; directive 2000/34/C.E., du 22 juin 2000, concernant un accord européen sur l'aménagement du temps de travail dans les chemins de fer, *J.O.C.E.*, L. 302, du 1^{er} décembre 2000.

¹³⁸ T.P.I.C.E., 17 juin 1998, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises c. Conseil*, T-135/96, *Rec.*, p. II-2335.

¹³⁹ C.J.C.E., 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, *Rec.*, p. I-6057; C.J.C.E., 13 septembre 2007, *Delcerro Alonso*, C-307/05, *Rec.*, p. I-7109; C.J.C.E., 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, *Rec.*, p. I-2483; C.J.C.E., 12 octobre 2004, *Wippel*, C-313/02, *Rec.*, p. I-9483.

où le Conseil, statuant à l'époque à l'unanimité, n'avait pu parvenir à un accord¹⁴⁰.

3. La normalisation

La nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation¹⁴¹ a eu une profonde incidence sur la réglementation de la sécurité des produits. Ainsi des directives établissent-elles des exigences dites « essentielles », notamment en matière de sécurité, auxquelles ces produits doivent satisfaire pour pouvoir être mis sur le marché. Il revient ensuite aux instituts de normalisation (CEN, CENELEC) d'adopter les spécifications techniques « dont les professionnels ont besoin pour produire et mettre sur le marché des produits conformes aux exigences essentielles fixées par des directives ». Même si les spécifications techniques conservent leur statut de normes volontaires¹⁴², les produits fabriqués conformément à celles-ci jouissent d'une présomption de conformité aux exigences essentielles énoncées par les directives. En d'autres mots, même si le respect par les opérateurs de ces normes élaborées par des organismes officiels n'est pas obligatoire, il n'en demeure pas moins que celles-ci s'avèrent, dans la pratique, incontournables. À défaut de constituer des instruments contraignants au sens strict, les opérateurs y adhèrent sans difficultés¹⁴³.

La résolution du 7 mai 1985 sur la « nouvelle approche » prévoit que des procédures de sauvegarde soient insérées dans les directives en vue de permettre, soit à la Commission, soit à un État membre, de contester les normes élaborées par les instituts de normalisation¹⁴⁴. La « nouvelle approche » a été récemment confortée par la décision de la Commission

¹⁴⁰ MAZUYER (E.) et DE LA ROSA (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *op. cit.*, p. 322.

¹⁴¹ Voy. résolution du Conseil 85/C136/01 du 7 mai 1985, *J.O.C.E.*, C. 136/01, du 4 juin 1985, p. 1 ; résolution du Conseil 2000/C141/01, du 28 octobre 1999, sur le rôle de la normalisation en Europe, *J.O.C.E.*, C. 141/01, du 19 mai 2000, p. 1 ; résolution du Conseil du 10 novembre 2003, *J.O.U.E.*, C. 282/01, du 25 novembre 2003, p. 3.

¹⁴² L'annexe II de la résolution du 7 mai 1985 prévoyant en effet « qu'aucun caractère obligatoire » ne peut leur être attribué.

¹⁴³ Pour des exemples de ce type de normativité, voy. les contributions reprises dans BROSSET (E.) et TRUILHE-MARENGO (E.) dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale*, La Documentation française, Paris, 2006.

¹⁴⁴ Les projets de normes élaborées, qui donnèrent la directive 94/62/C.E. du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages, par le CEN furent contestés par certains États membres, au motif qu'ils diluaient la notion de prévention en favorisant l'incinération et la récupération énergétique, contrairement aux exigences essentielles prévues à l'annexe II de la directive.

93/465/C.E.E.¹⁴⁵, laquelle constitue un « cadre général horizontal » non contraignant destiné à rendre conformes l'élaboration des directives sectorielles ou la révision des directives existantes en ce qui concerne les conditions de commercialisation des produits aux exigences formulées par les directives sectorielles d'harmonisation¹⁴⁶.

Étant donné que ce sont principalement les intérêts industriels qui sont représentés au sein des organes de normalisation, le recours à cette approche réglementaire demeure controversé, notamment lorsqu'il s'agit d'élaborer des normes concernant l'environnement ou la santé.

À nouveau, il est difficile de tracer une ligne de démarcation entre la sphère paralégislative et la sphère intralégislative. La normalisation relève en effet de l'intervention d'organismes privés, jouissant d'une certaine latitude dans la détermination des normes, laquelle s'insère dans un cadre de droit public.

4. Les codes de conduite

Les codes professionnels nationaux exigent souvent l'enregistrement obligatoire de l'intéressé auprès d'une association professionnelle et prévoient des sanctions à l'encontre des membres qui ne respecteraient pas les règles déontologiques établies par l'association. Au demeurant, la diversité de ces codes nationaux ne fait qu'exacerber la fragmentation du marché intérieur et, partant, les difficultés pour des prestataires de services à s'établir sur le territoire d'autres États membres. On sait, par ailleurs, que les codes de conduite nationaux peuvent, aux yeux des juridictions de l'Union, revêtir

¹⁴⁵ Décision de la Commission 93/465/C.E.E. relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits, *J.O.U.E.*, L. 218, du 13 août 2008, p. 82. Dans le but de contribuer à la dynamique du marché intérieur, trois textes furent adoptés fin 2007. En sus de l'établissement d'un cadre commun pour la commercialisation des produits, ces nouvelles réglementations ont respectivement pour objet des prescriptions relatives à l'accréditation des organismes d'évaluation des produits et des procédures concernant l'application des règles techniques nationales dans des domaines qui n'avaient pas été harmonisés. Cet ensemble législatif renforce l'encadrement des États membres tout en facilitant la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Malgré les techniques différentes utilisées, ces trois textes forment un ensemble cohérent au service d'une même fin, la libre circulation des produits industriels dans le marché intérieur. Voy. KOVAR (R.), « Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur », *R.T.D.E.*, avril-juin 2008, vol. 44, n° 2, p. 289-311.

¹⁴⁶ Dans le dessein de garantir une meilleure homogénéité, ces directives devront se conformer aux préceptes énoncés par ladite décision. En ce qui concerne la protection des intérêts non mercantiles, seules les exigences essentielles établissant le niveau de cette protection ont vocation à être fixées par la législation communautaire (considérant 8; article 3). Ce n'est que dans l'hypothèse où il n'est pas possible de fixer des exigences essentielles que des spécifications détaillées peuvent être prévues dans la législation communautaire concernée. La préférence est donc donnée au rapprochement et non à l'harmonisation totale.

une valeur interprétative. Ainsi, la Cour a souligné que «l'avocat européen est tenu au respect non seulement des règles professionnelles et déontologiques de l'État membre d'origine, mais également de celles de l'État membre d'accueil, et ce sous peine d'encourir des sanctions disciplinaires et d'engager sa responsabilité professionnelle»¹⁴⁷.

En raison du risque de distorsions de concurrence et d'entraves à la libre circulation résultant de la multiplication des codes privés, les auteurs de la directive 2006/123/C.E. du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur ont cherché à rapprocher ces codes nationaux d'une manière quelque peu détournée. La directive organise en effet une nouvelle forme d'autorégulation privée. Intitulé «Codes de conduite au niveau communautaire», son article 37 prévoit que :

«1. Les États membres, en collaboration avec la Commission, prennent les mesures d'accompagnement pour encourager l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire, en particulier par des ordres, organismes ou associations professionnels, en vue de faciliter la fourniture de services ou l'établissement d'un prestataire dans un autre État membre, dans le respect du droit communautaire.

2. Les États membres veillent à ce que les codes de conduite visés au paragraphe 1 soient accessibles à distance par voie électronique».

L'article 37 devrait donc conduire à l'adoption de codes de conduite européens destinés à faciliter la fourniture de services et l'établissement de prestataires sur le territoire d'autres États membres.

Cette disposition revient donc à substituer à une approche du haut vers le bas une approche du bas vers le haut, en vertu de laquelle le secteur privé est appelé à jouer un rôle décisif dans l'intégration des services¹⁴⁸. Ces codes européens pourraient dès lors primer sur les codes professionnels nationaux.

Une difficulté majeure tient au fait que l'article 37 précité ne donne aucune précision en ce qui concerne tant la forme que le contenu de ces futurs codes de conduite.

¹⁴⁷ C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Commission c. Luxembourg*, C-193/05, *Rec.*, p. I-8673, point 44; C.J.C.E., 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, *Rec.*, p. I-8613, point 74.

¹⁴⁸ DELIMATSIS (P), « "Thou shall not (dis)trust": codes of conduct and harmonization of professional standards in the E.U. », *C.M.L.R.*, 2010, vol. 47, p. 1055.

V. Actes internes

Concernant tout spécifiquement la vie des institutions¹⁴⁹, les actes internes, en principe, n'ont d'effet juridique que dans le cadre des relations interinstitutionnelles. Ces actes portent tout spécialement sur leur fonctionnement et leur organisation. L'adoption de ces actes a été jugée légitime par la Cour de justice sous réserve qu'il ne soit pas dérogé aux traités ou au droit dérivé.

A. Les actes préparatoires

En ce qui concerne les différentes étapes du processus décisionnel, on retrouve une pléthore d'actes, parmi lesquels figurent :

- les conclusions et résolutions du Conseil européen, qui ont un caractère politique plutôt que juridique, mais qui peuvent avoir une incidence considérable sur les procédures législatives ;
- les déclarations des États membres inscrites au procès-verbal ou dans les conclusions du Conseil, qui n'ont pas d'effets juridiques ;
- les résolutions et conclusions du Conseil de l'Union, qui n'ont qu'une valeur politique mais qui ne sont pas complètement dépourvues d'effets juridiques ;
- les recommandations adressées par la Commission au Conseil en vue de la conclusion d'un accord international ;
- les positions communes du Conseil.

Il va de soi que ces différents actes exercent une fonction pré-législative.

B. Les accords interinstitutionnels

L'on est confronté à une variété remarquable d'accords de nature interinstitutionnelle, en ce qui concerne tant leur dénomination que la procédure suivie, voire leur contenu¹⁵⁰. Ainsi, la pratique des accords interinstitutionnels s'est également développée sous d'autres appellations que celle

¹⁴⁹ LOUIS (J.-V.) et RONSE (T.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn – Bruylant – L.G.D.J., Munich – Bruxelles – Paris, 2005, p. 198.

¹⁵⁰ HUMMER (W.), « From "Interinstitutional Agreements" to "Interinstitutional Agencies/Offices" ? », *E.L.J.*, 2007, vol. 13, n° 1, p. 47-74.

d'accords interinstitutionnels, telles que celles de code de conduite ou d'accord-cadre.

Technique privilégiée de mise en œuvre de la coopération entre institutions, qui permet d'aménager les procédures prévues par les traités dans le strict respect de ceux-ci, les accords interinstitutionnels traduisent, dans la pratique, le principe de coopération loyale entre les institutions (article 13, § 2, T.U.E.). Il s'agit d'instruments d'autodiscipline pour les institutions, en particulier dans les domaines budgétaire et législatif.

Les accords interinstitutionnels s'appliquent à de nombreux domaines, tels que le budget¹⁵¹, la coordination entre les institutions¹⁵², la rédaction de la législation¹⁵³, la codification¹⁵⁴, ainsi que les enquêtes internes anti-fraude¹⁵⁵.

Ces accords peuvent avoir une portée juridique obligatoire. Ainsi la Cour a-t-elle annulé une décision du Conseil au motif que cette dernière violait « un arrangement », lequel avait pour objet de « mettre en œuvre l'obligation de coopération étroite entre États membres et institutions communautaires résultant de l'exigence de l'unité de représentation internationale de la Communauté. En l'espèce, « le Conseil et la Commission avaient conclu un arrangement, par lequel ils ont entendu se lier l'un vis-à-vis de l'autre », quant à l'attribution des droits de vote aux États membres¹⁵⁶.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, non seulement l'article 295 T.F.U.E. consacre la pratique des accords interinstitutionnels, mais il reconnaît aussi qu'ils peuvent avoir un effet contraignant.

En rapport avec l'objet de cette recherche collective, on peut avancer que les accords interinstitutionnels s'inscrivent dans une démarche post-législative dans la mesure où ils aménagent les procédures institutionnelles.

¹⁵¹ Accord interinstitutionnel (A.I.I.) du 17 mai 2006, incluant le cadre financier pluriannuel 2007-2013 – Accord initial, ajustements, modifications & rapports.

¹⁵² Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, du 16 décembre 2003, *J.O.U.E.*, C. 321, du 31 décembre 2003. On notera l'adoption, le 20 octobre 2010, d'un accord-cadre entre le Parlement et la Commission qui régit les règles de travail en commun de ces deux institutions.

¹⁵³ Accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire.

¹⁵⁴ Accord interinstitutionnel du 28 novembre 2001 pour un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques, 2002/C 77/01 ; Accord interinstitutionnel du 20 décembre 1994 « Méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs », 96/C 102/02.

¹⁵⁵ Accord interinstitutionnel conclu entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes internes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF).

¹⁵⁶ C.J.C.E., 19 mars 1996, *Commission c. Conseil*, C-25/94, *Rec.*, p. I-1469, points 48 et 49.

C. Portée juridique des actes internes

La portée juridique de ces actes doit s'analyser en fonction de leur contenu et des obligations qu'ils édictent. En effet, la Cour de justice considère que la nature d'un acte ne dépend pas de la dénomination que lui a donnée son auteur, mais bien de son contenu et des effets que son auteur entend lui accorder. Autrement dit, c'est le contenu d'un acte et l'intention de son auteur qui déterminent son «obligatorité», non son «étiquette». On en veut pour preuve les exemples suivants :

- une simple délibération du Conseil relative à la négociation d'un accord international peut constituer un acte obligatoire pour ce dernier comme pour les États membres¹⁵⁷. Aux yeux de la Cour, cette «délibération» du Conseil «n'a pu être simplement l'expression ou la constatation d'une coordination volontaire, mais a eu pour objet de fixer une ligne de conduite obligatoire pour les institutions comme pour les États membres»¹⁵⁸ ;
- de même, la Cour de justice a-t-elle annulé une directive du Conseil au motif qu'elle était contraire au règlement intérieur de cette institution¹⁵⁹ ;
- enfin, un acte de la Commission non conforme aux exigences prévues par le règlement intérieur de cette institution pour l'authentification de ses actes est susceptible d'être déclaré inexistant. Il convient de distinguer les dispositions du règlement intérieur ne concernant pas les particuliers, au motif qu'elles ne portent que sur des modalités de fonctionnement interne des institutions, de celles dont la violation peut être invoquée dans la mesure où elles sont créatrices de droits et facteurs de sécurité juridique pour des personnes tierces¹⁶⁰.

¹⁵⁷ C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, C-22/70, *Rec.*, p. 263.

¹⁵⁸ *Ibid.*, point 53.

¹⁵⁹ C.J.C.E., 23 février 1998, *Royaume-Uni c. Conseil*, C-68/86, *Rec.*, p. 855.

¹⁶⁰ T.P.I.C.E., 27 février 1992, *B.A.S.F.*, aff. jointes T-79/89, T-84/89, *Rec.*, p. II-315; C.J.C.E., 15 juin 1994 (*B.A.S.F.*), aff. jointes. C-137/9 P, *Rec.*, p. I-2555, points 77 et 78.

Conclusion

Les auteurs du traité de Lisbonne ont laissé subsister une foultitude d'actes atypiques se développant en dehors et au-delà de l'article 288 T.F.U.E. Nous avons mis en exergue les fonctions multiples qu'ils remplissent dans un système juridique qui se caractérise par son dynamisme. Les actes programmatoires ou préparatoires balisent le terrain qui sera progressivement occupé par le droit de l'U.E. Quant aux actes interprétatifs, ils aiguillonnent l'interprétation et la mise en œuvre uniforme du droit de l'Union européenne, et offrent un éclairage nouveau sur l'exercice du large pouvoir d'appréciation qui revient à la Commission, notamment en matière économique. Les avis et recommandations favorisent tantôt la coordination, tantôt l'harmonisation. À cela, il convient d'ajouter les nombreuses formes d'autoréglementation et de coréglementation, encouragées parfois par les auteurs des traités, parfois par le législateur de l'Union. Enfin, les actes internes, qui ne déploient leurs effets qu'entre les institutions, sont indispensables pour garantir l'organisation et le bon fonctionnement d'institutions aux fonctions diverses. Ainsi les fonctions remplies par ces actes sont-elles multiples. Nous avons mis en exergue à quel point il était parfois difficile de tracer, pour un même acte, une ligne de démarcation entre des fonctions pré- et post-législatives ou entre des fonctions intra- et paralégislatives. Si les grilles de lecture proposées ont une valeur pédagogique incontestable, elles sont loin d'être parfaites.

Enfin, l'absence d'effet contraignant résulte soit du rejet exprès de ce caractère par le droit primaire (avis, recommandations), soit du fait que les actes en question sont jusqu'à présent ignorés par le droit primaire (actes innomés). Or, tout en n'étant pas repris dans des instruments juridiquement contraignants, les actes décrits ci-dessus sont susceptibles de produire des effets juridiques indirects. La détermination de ces effets demeure néanmoins délicate dans la mesure où ces actes ne prétendent pas poser des obligations générales et abstraites vis-à-vis de catégories précises de destinataires.