

HIÉRARCHIE ET TYPOLOGIE DES ACTES JURIDIQUES DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

NICOLAS DE SADELEER

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS,
PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
CHAIRE JEAN MONNET

ET

ISABELLE HACHEZ

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

INTRODUCTION

1. L'ordre juridique belge a beau être sophistiqué, ses différentes sources formelles d'origine interne se prêtent encore en bonne partie au jeu de la pyramide de Kelsen, avec une norme suprême (niveau constitutionnel) et des normes hiérarchiquement inférieures (lois spéciales, niveau législatif, niveau réglementaire fédéral et fédéré, niveau réglementaire décentralisé). En tout cas est-ce toujours sous cette forme que l'étudiant de première année du baccalauréat en droit est initié aux sources formelles visées et régies par la Constitution belge.

Rassuré par cette présentation pyramidale, qui présente incontestablement des vertus pédagogiques, il est souvent mal à l'aise lorsque, débarquant dans le droit européen, il est confronté à la question de la hiérarchie des normes. Il lui faut d'abord saisir la particularité de l'ordre juridique européen, habilité, en vertu de ses traités constitutifs, à adopter des normes, dont certaines sont directement applicables au sein des Etats membres. Comme des lois internes? En quelque sorte, mais il s'agit de règlements ou de décisions à portée générale. Des règlements et des décisions subordonnés

à la loi interne ? Non, puisqu'ils ont tout au contraire primauté sur elle, depuis le célèbre arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971. Pas évident ... Sans compter qu'une fois averti du paysage normatif européen, et des qualifications qui y ont cours (règlement, directive, mais aussi décision, recommandation, voire résolution, ...), la question de l'existence d'une hiérarchie au sein de ces normes demeure intacte, et l'étudiant apprend non sans difficulté que cette hiérarchie ne s'établit pas entre les actes auxquels il vient d'être initié, mais bien davantage en fonction du contenu de la matière envisagée. En effet, l'ordre juridique de l'Union européenne ne connaît pas, à la différence des droits nationaux, un organe législatif unique, distinct du pouvoir exécutif (1). D'où l'impossibilité de fonder la hiérarchisation des actes adoptés par l'Union sur un critère organique, et la nécessité de se tourner vers un critère matériel. En 2006, J. Rideau écrivait en ce sens que « le contenu des actes, les liens souvent établis entre eux entraînent nécessairement une subordination des uns par rapport aux autres, dont les institutions doivent tenir compte, même si l'existence de cette hiérarchie ne peut être retenue de manière globale dans un système d'actes dominé par l'horizontalité » (2).

Le traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 simplifie-t-il le paysage normatif européen, conformément à l'objectif que lui assignait la Déclaration de Laeken, en consacrant un semblant de pyramide au sein du droit dérivé (3) ?

C'est à cette interrogation que le présent exposé tentera de répondre, sous l'angle des deux volets qui lui sont assignés : la hiérarchie et la typologie des actes dans l'Union (4). En termes de structure, l'exposé prendra le parti d'épouser les étages élémentaires de la pyramide normative européenne – droit primaire (I), principes généraux du droit (II) et droit dérivé (III) –, en réservant pour la

(1) Voy. plus largement, sur la confusion des pouvoirs au sein de l'Union, la contribution de H. Dumont dans le présent ouvrage. Voy. également *infra*, n^{os} 25 et s.

(2) J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 2006, 6^{ème} éd., p. 243.

(3) Sur le lien établi, à l'époque, par le Groupe de travail «Simplification», entre la simplification et la hiérarchisation, cf. Groupe de travail IX «simplification», Rapport final, CONV 424/02, p. 2, cité par R. MEDHI et F. PICOD, «Article I-33», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaires article par article*, sous la direction de A. LEVADE *et al.*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 444.

(4) Sur la pertinence de rapprocher ces deux volets, voy. A. TIZZANO, «La hiérarchie des normes», *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, sous la direction de J. RIDEAU, Paris, L.G.D.J., 2000, spéc. p. 162.

fin l'examen du *soft law* européen (IV). On précise enfin que cet exposé s'adresse avant tout aux juristes non spécialisés en droit européen.

2. Avant d'aborder le fond du sujet, il nous reste à formuler deux remarques préalables.

Premièrement, notre contribution ne consacre pas de développements spécifiques à la jurisprudence : dans la mesure où l'interprétation conférée par la Cour de justice s'intègre à l'acte interprété, sa prise en compte n'est pas de nature à modifier la hiérarchie des normes en droit européen (5).

Deuxièmement, cette étude se concentre sur la hiérarchie *interne* des actes de l'Union. Concernant la question de la primauté du droit européen sur les droits nationaux des Etats membres (6), on se limite à rappeler la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, s'adossant à une perspective moniste des rapports entre droit européen et droits internes, affirme la primauté du droit européen, en ce compris sur les dispositions des Constitutions nationales (7). Le projet de Constitution européenne entendait reconnaître expressément cette primauté (8). Tel n'est cependant plus le cas avec le traité de Lisbonne : sa reconnaissance est désormais reléguée dans un avis du service juridique du Conseil, lui-même reproduit dans la « déclaration n° 17 relative à la primauté » et annexé à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne.

On précise également que, du point de vue de l'ordre juridique belge, la réponse apportée à cette question est essentiellement jurisprudentielle. Depuis l'arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971, on admet qu'en cas de conflit entre une disposition d'un traité directement applicable et une loi, le juge interne doit

(5) Voy. en ce sens : J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 488, n° 792.

(6) Voy. notamment sur ce sujet : H. DUMONT, « La traduction, ciment du 'pacte constitutionnel européen'. Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, sous la direction de A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST, Bruxelles, F.U.S.L., 2009, pp. 449 à 486, et les références citées.

(7) Voy. les arrêts de principe en la matière : C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 ; C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

(8) Cf. article I-6 de la défunte « Constitution » : « les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres ».

refuser d'appliquer la loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure au traité; la solution vaut *a fortiori* à l'égard de toutes les règles de droit hiérarchiquement inférieures à la loi. Quant au conflit traité-Constitution, les solutions divergent en fonction des juridictions. La Cour de cassation se prononce en faveur de la primauté des traités, et du droit européen dérivé, sur la Constitution (9). Fondant sa position sur l'article 34 de la Constitution, le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, admet en tout cas la primauté du droit européen dérivé sur la Constitution (10). Il en va de même de la section de législation du Conseil d'Etat qui, dans l'avis qu'elle rendit sur l'avant-projet de loi d'assentiment au traité de Lisbonne, reconnaît la primauté du droit dérivé sur la Constitution, en s'appuyant sur le même article 34 de la Constitution (11). Quant à la Cour constitutionnelle, elle se reconnaît compétente pour examiner la constitutionnalité d'une loi portant assentiment à un traité international (12). Ce faisant, elle accepte qu'en cas de conflit entre la Constitution et la norme internationale, telle qu'elle est introduite en droit belge par la loi d'assentiment, la première puisse prévaloir. Depuis sa modification par la loi spéciale du 9 mars 2003, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle exclut cependant, notamment, que la Cour puisse être saisie, par voie préjudicielle, de la question de la constitutionnalité des actes législatifs portant assentiment à un traité constituant de l'Union européenne (13). Concernant, enfin, le conflit opposant un acte du droit européen dérivé et la Constitution, il n'a pas encore été tranché de manière claire et explicite par la Cour constitutionnelle (14).

(9) Cf. notamment : Cass., 2 juin 2003, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 24 à 31.

(10) Voy. C.E., n° 62.922, 5 octobre 1996, *Orfinger*.

(11) Projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, et à l'Acte final, faits à Lisbonne le 13 décembre 2007, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2007-2008, n° 568/1, spéc. pp. 340 à 342. On notera à cet égard qu'à supposer que cette disposition constitutionnelle ne puisse, à l'estime du Conseil d'Etat, fonder la primauté du droit primaire sur la Constitution, on en arriverait au paradoxe suivant : un acte de droit dérivé pris en vertu d'une disposition de droit européen primaire primerait la Constitution, en cas de contradiction, tandis que la disposition de droit primaire elle-même demeurerait privée – en tout cas sur fondement de l'article 34 – d'une telle prééminence, et ce, alors même que l'obligation de respecter le droit européen dérivé repose sur le droit primaire.

(12) Voy. par exemple : C.C., n° 12/94.

(13) Art. 26, §1*bis*, de ladite loi spéciale.

(14) Voy. entre autres à ce sujet : C.C., n° 11/2009, cons. B.10.2.; C.C., n° 17/2009, cons. B.6.2. Voy. par ailleurs la contribution de A. BAILLEUX et S. VAN DROOGHENBROECK sur ce point, dans le présent ouvrage.

I. – LE DROIT PRIMAIRE

3. Les normes conventionnelles de droit international qui configurent le droit primaire puisent leur validité dans l'accord des volontés souveraines des Etats membres. Ce sont donc les Etats qui en sont les auteurs.

Plus précisément, le droit primaire recouvre les actes suivants :

(1) les traités de base et les traités de révision, qui, combinés, donnent naissance aux traités consolidés.

Les *traités de base* s'identifient aux traités ayant créé les trois Communautés (le traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, le traité Euratom du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, et le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, étant entendu que le traité CECA n'est plus en vigueur aujourd'hui), ainsi qu'au traité sur l'Union européenne fait à Maastricht le 7 février 1992, dans la mesure où il crée une Union européenne.

Les *traités de révision* renvoient, quant à eux, au traité de Bruxelles du 8 avril 1965, à l'Acte unique européen de février 1986, au traité de Maastricht du 7 février 1992, au traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, au traité de Nice du 26 février 2001, et au traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

Enfin, les *traités consolidés* correspondent à la somme des traités de base et des traités de révision : ce sont les traités de base, tels qu'ils ont été successivement modifiés par les traités de révision.

Concrètement, il s'agit, à l'heure actuelle, du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (traité Euratom), du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Contrairement au projet de traité constitutionnel qui remplaçait les traités existant par un traité unique, le traité de Lisbonne a maintenu l'existence de deux traités distincts, en plus du traité Euratom.

Conformément à l'article 1^{er} TUE et TFUE, ces deux traités incarnent les textes sur lesquels est fondée l'Union ; ils ont tous deux « la même valeur juridique ». Comme l'écrit J.-P. Jacqué, « la séparation en deux traités est formelle et, sur le plan juridique, les

deux traités doivent être considérés comme constituant un seul texte sans hiérarchie entre leur contenu» (15).

(2) la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, à laquelle l'article 6, §1, TUE se réfère expressément et confère la même valeur juridique que les traités (16).

(3) les *protocoles et annexes* aux traités.

Comme en dispose l'article 51 TUE, «les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante». Ils possèdent une force obligatoire identique à ces derniers (17).

(4) les *traités d'adhésion*, signés à la faveur de chaque nouvel élargissement de l'Union (18).

4. D'un point de vue hiérarchique, le droit primaire se loge au sommet de la pyramide normative de l'ordre juridique européen. Il incarne, à l'instar de la Constitution d'un ordre juridique national, les normes suprêmes du droit européen (19). A l'époque, la Cour de justice des Communautés européennes n'avait d'ailleurs pas hésité à le qualifier de «Charte constitutionnelle» de la Communauté européenne économique (20).

On peut cependant déceler dans la jurisprudence de la Cour de justice des indices d'une hiérarchie interne au droit primaire. Ainsi les traités fondateurs, et leurs protocoles et annexes, semblent-ils prévaloir sur les traités d'adhésion. La Cour de justice a en tout cas jugé, dans un arrêt de 1979, que «les dispositions de l'acte d'adhésion doivent (...) être interprétées en tenant compte des fondements et du système de la communauté, tels qu'ils ont été fixés par le traité» (21).

(15) J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 498, n° 810.

(16) Voy. à cet égard la contribution de A. BAILLEUX et S. VAN DROOGHENBROECK dans le cadre du présent ouvrage.

(17) Par contraste, les déclarations adoptées par les conférences intergouvernementales ou dont elles ont pris acte présentent une simple valeur politique (M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 3^{ème} éd. revue et augmentée, Bruxelles, U.L.B., 2010, p. 241, n° 405).

(18) A ces normes, une partie de la doctrine ajoute les actes du Conseil, lorsque, pour entrer en vigueur, ils requièrent la ratification de l'ensemble des Etats membres, conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives (exemples : la décision du 21 avril 1970 créant les ressources propres; la décision du 20 septembre 1976 permettant l'élection du Parlement européen au suffrage universel; les éventuelles révisions des traités qui seront adoptées en vertu d'une procédure simplifiée). Voy., parmi d'autres, en ce sens : M. GAUTIER, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, P.U.F., 2010, p. 111.

(19) J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 222; J.-Cl. GAUTRON, *Droit européen*, 13^{ème} éd., Paris, Mementos Dalloz, 2009, p. 162.

(20) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste Les verts c. Parlement*, aff. 294/83, point 23.

(21) C.J.C.E., 29 mars 1979, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 231/78, point 12. Certains auteurs estiment par ailleurs que, au sein même des traités consolidés, certaines dispositions seraient

5. Les normes de droit primaire servent de normes de référence au regard desquelles la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la conformité du droit dérivé – à travers, notamment, le recours en annulation –, ainsi que la compatibilité des mesures nationales par le biais du recours en constatation de manquement (22). Elles sont elles-mêmes soustraites au contrôle de la Cour.

II. – LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT (23)

6. Si on ne trouve, dans le traité originel de Rome, quasi aucune référence à la catégorie juridique des principes généraux du droit (24), la Cour de justice leur a ménagé une place importante dans sa jurisprudence (25). C'est, notamment, par le biais des principes généraux que la Cour de justice a hissé les droits de l'homme au sommet de l'ordre juridique européen. Par la suite, le traité de Maastricht y a fait référence à l'article 6, §2, TUE. Malgré l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à laquelle il confère une portée contraignante, le traité de Lisbonne maintient la référence aux principes généraux en matière de droits fondamentaux (*cf.* art. 6, §3 TUE) (26).

En plus d'être dérivés des ordres juridiques nationaux, les principes généraux peuvent être issus de l'ordre juridique européen,

hiérarchiquement supérieures à d'autres; elles bénéficieraient d'une «supra-conventionnalité» (voy. notamment : M. DONY, *op. cit.*, p. 240, n° 404; M. GAUTIER, *op. cit.*, p. 120; J.-L. CLERGERIE *et al.*, *op. cit.*, p. 222, n° 287, et les références jurisprudentielles citées). *Adde infra*, n° 7.

(22) Voy. à cet égard la contribution, dans le cadre du présent recyclage, de J. VAN MEERBEECK et A. VAN WAEYENBERGE.

(23) La coutume est, quant à elle, rarement invoquée en droit européen. Si elle n'a encore jamais reconnu l'existence d'une coutume au sein du droit de l'Union européenne (voy. par exemple : C.J.C.E., 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement*, aff. 230/81), la Cour de justice a rappelé qu'«en tout état de cause, une simple pratique ne peut prévaloir sur les normes du traité» (C.J.C.E., 9 août 1994, *République française c. Commission*, aff. C-327/91, point 36). Elle a par ailleurs admis que les règles du droit coutumier international puissent faire partie des sources du droit de l'Union (C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, cité par L. GUILLOUD, «La nouvelle nomenclature dans le traité de Lisbonne», document provisoire présenté dans le cadre du SIEJ (FUSL) le 5 novembre 2010, non publié, p. 3, note 11). Du côté doctrinal, J.-L. CLERGERIE *et al.* estiment qu'«on peut considérer (...) comme une coutume (*praeter legem*, c'est-à-dire intervenant en complément des textes pour régler une question non prévue par les traités) en voie de formation le recours aux accords informels que (...) (nous voyons) se multiplier entre les institutions» (*op. cit.*, p. 241, n° 313).

(24) Voy. cependant l'article 340 TFUE (ex-article 288 TCE; ex-article 215 CEE).

(25) Et ce, en se fondant sur les actuels articles 2 TUE («L'Union est fondée sur les valeurs de respect (...) de l'Etat de droit (...)») et 19 TUE («La Cour de justice de l'Union européenne (...) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités»).

(26) *Cf.* la contribution de A. BAILLEUX et S. VAN DROOGHENBROECK dans le présent ouvrage.

voire de l'ordre juridique international (27). Tout comme leurs sources, les fonctions que ces principes sont appelés à remplir varient : tantôt (et c'est sans doute leur principale fonction) ils servent à pallier certaines lacunes de l'ordre juridique européen, tantôt ils constituent des maximes d'interprétation à l'intention des juridictions européennes, tantôt, encore, ils tendent à protéger les particuliers dans leurs rapports avec les autorités européennes.

7. Quant au rang des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes, d'aucuns les placent globalement au même rang que le droit primaire, tandis que d'autres leur reconnaissent en tout cas une valeur supérieure au droit dérivé – tout en concédant parfois que «certains principes généraux sont, vu leur formulation ou leur objet, incorporés au traité» (28) –, voire au droit conventionnel (29).

De son côté, la Cour a récemment eu l'occasion d'affirmer, de manière tout à fait générale, que «les principes généraux du droit communautaire se situent au rang constitutionnel» (30).

Elle avait auparavant qualifié les droits fondamentaux de «principes constitutionnels» (31) dans une affaire où ils entraînent en conflit avec l'article 351 TFUE, en vertu duquel «les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités». Jugé en effet dans l'arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008 que «l'article 307 CE (actuel art. 351 TFUE) ne pourrait en

(27) Voy. pour des illustrations : J.-L. CLERGERIE *et al.*, *op. cit.*, pp. 236 à 238; M. DONY, *op. cit.*, pp. 247 à 251; M. GAUTIER, *op. cit.*, pp. 123 à 126; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 503 à 511.

(28) J.-Cl. GAUTRON, *op. cit.*, p. 176.

(29) J.-L. CLERGERIE *et al.*, *op. cit.*, p. 235, n° 306; M. GAUTIER, *op. cit.*, pp. 115 et 126 (qui considère que la Cour de justice, à l'origine des principes généraux du droit, étant un organe créé par les traités, elle ne pourrait remettre en cause la validité de ces derniers). De manière générale, on peut penser que le rang hiérarchique d'un principe général de droit doit être dicté par la «matrice textuelle» dont il est inféré. La nature «constitutionnelle» d'un principe général de droit dépendrait alors de son ancrage, plus ou moins affirmé, dans une disposition de droit primaire.

(30) C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux S.A. c. Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) ?et ?Bertelsmann AG*, aff. 101/08, point 63. Plus précisément, le considérant précité est rédigé dans les termes suivants : «En effet, les principes généraux du droit communautaire se situent au rang constitutionnel tandis que le principe préconisé par Audiolux est caractérisé par un degré de détail nécessitant une élaboration législative qui se fait, au niveau communautaire, par un acte de droit communautaire dérivé. Dès lors, le principe préconisé par Audiolux ne saurait être regardé comme un principe général autonome du droit communautaire».

(31) C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05, point 285.

aucun cas permettre la remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels les principes de liberté, de démocratie ainsi que de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés à l'article 6, paragraphe 1, UE en tant que fondement de l'Union» (32).

III. – LE DROIT DÉRIVÉ

8. Le droit dérivé recouvre l'ensemble des actes pris par les institutions européennes dans le cadre des attributions que leur confère le droit primaire. Il s'agit d'actes dérivés du droit primaire, dans la mesure où c'est en son sein qu'ils puisent leur base juridique, leurs conditions d'édition et leur champ d'application.

Avant d'examiner les types d'actes de droit dérivé pouvant être adoptés (B), on évoquera succinctement les principales institutions susceptibles d'en être les auteurs (A).

A. – *Les auteurs*

9. Pour lui permettre d'exercer les compétences qu'ils lui ont transférées, les Etats membres ont doté l'Union de plusieurs institutions, énumérées à l'article 13 TUE. Parmi celles-ci, on retiendra particulièrement, dans le cadre du présent exposé, le Conseil (1), le Parlement européen (2), la Commission européenne (3) et, enfin, le Conseil européen (4) (33). Le traité de Lisbonne élève en effet le Conseil européen au rang d'institution de l'Union (art. 13, §1, TUE), reconnaissant ainsi, dans les textes, la place de plus en plus importante qu'il occupait dans les faits (34).

1. *Le Conseil*

10. Le Conseil est composé d'un représentant de niveau ministériel par Etat membre (art. 16, §2, TUE).

(32) Arrêt précité, point 303. Ce disant, le juge européen pourrait donner à penser que certaines dispositions du droit primaire sont hiérarchiquement supérieures à d'autres.

(33) Sur les juridictions européennes, comprises sous le label «Cour de justice de l'Union européenne», voy. la contribution précitée de J. van Meerbeeck et A. van Waeyenberge dans le présent ouvrage.

(34) L'existence du Conseil européen – que l'on désigne parfois aussi sous la dénomination de «conférences au sommet» ou de «Sommet européen» – avait auparavant été officialisée par l'Acte unique. L'article 4 TUE en avait ensuite identifié les fonctions.

Il se réunit dans des formations qui diffèrent selon les matières traitées (art. 2 du Règlement intérieur du Conseil). Depuis le traité de Lisbonne, et à l'exception de celles du Conseil des affaires étrangères et du Conseil des affaires générales, c'est le Conseil européen qui est habilité à fixer la liste de ces formations (art. 236 TFUE). Toutefois, en attendant l'entrée en vigueur de la décision du Conseil européen relative à la liste des formations, l'article 4 du protocole sur les dispositions transitoires prévoit qu'il revient au Conseil des affaires générales de l'établir. Aussi la décision du Conseil (affaires générales) du 1^{er} décembre 2009 adapte-t-elle l'ancienne liste et reconnaît-elle dix formations, parmi lesquelles la formation «Affaires étrangères», la formation «Compétitivité (marché intérieur, industrie et recherche)» ou encore la formation «Agriculture et pêche» (35).

Sous réserve de celle du Conseil des affaires étrangères qui est assumée par le haut représentant de l'Union (art. 18, §3, TUE), la présidence des autres formations du Conseil est confiée, à tour de rôle, à chaque représentant des Etats membres, conformément aux modalités fixée par une décision du Conseil européen (art. 236, §2, TFUE).

2. Le Parlement européen

11. Depuis 1979, les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel (art. 14, §3, TUE). Cette institution concentre, à ce titre, la légitimité démocratique de l'Union européenne.

Les élections ont lieu tous les cinq ans, selon la procédure électorale propre à chaque Etat (36).

Le Parlement européen issu des élections européennes de juin 2009 (*ante* Lisbonne) devait en principe comprendre 736 députés, dont 22 «représentants» pour la Belgique (ancien art. 190, §2, TCE).

(35) Décision 2009/878/UE du Conseil (Affaires générales) du 1^{er} décembre 2009 établissant la liste des formations du Conseil autres que celles visées à l'article 16, paragraphe 6, deuxième et troisième alinéas, du traité sur l'Union européenne, *J.O.*, 2 décembre 2009, L 315/46.

(36) Pour la Belgique, voy. la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, *M.B.*, 25 mars 2009. Voy. cependant l'article 223, §1, du TFUE, et les tentatives d'harmonisation des systèmes nationaux en vue d'une procédure électorale uniforme d'ores et déjà réalisées à ce jour (e.a. la Décision du Conseil du 25 juin et du 23 septembre 2002, modifiant l'Acte du 20 septembre 1976 relatif à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, *J.O.*, 21 octobre 2002, L 283, p. 1).

Il reste que lors de la réunion du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008, les chefs d'Etat et de gouvernement avaient convenu qu'«au cas où le traité de Lisbonne entrerait en vigueur après l'élection du Parlement européen de juin 2009 (*quod est*), des mesures transitoires seront adoptées dès que possible, conformément aux procédures juridiques nécessaires, afin d'augmenter, jusqu'au terme de la législature 2009-2014, conformément aux chiffres prévus dans le cadre de la conférence intergouvernementale ayant approuvé le traité de Lisbonne, le nombre de membres du Parlement européen des douze États membres pour lesquels ce nombre devait connaître une augmentation. Dès lors, le nombre total de membres du Parlement européen passera de 736 à 754 jusqu'au terme de la législature 2009-2014» (37). La modification annoncée a pris la forme d'un projet de protocole modifiant l'article 2 du Protocole sur les dispositions transitoires annexé au traité de Lisbonne. A l'heure actuelle, les dix-huit députés concernés participent déjà aux travaux et délibérations du Parlement, mais sans droit de vote.

Lors des prochaines élections, en 2014, le traité de Lisbonne sera applicable. Il prévoit désormais que le Parlement européen compte 750 députés au maximum, président non compris. Il ajoute qu'aucun État membre ne peut se voir attribuer moins de 6 sièges ou plus de 96 sièges (art. 14, §2, TUE). Eu égard à cette dernière disposition, l'Allemagne «perdra» trois sièges. Le nombre de députés maximum, président non compris, sera en conséquence respecté, sans qu'il soit besoin de prévoir une nouvelle dérogation pour «accueillir» les dix-huit députés supplémentaires que l'on vient d'évoquer.

3. *La Commission européenne*

12. La Commission est actuellement composée de vingt-sept membres : un commissaire par État membre, «y compris son président et le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, qui en est l'un des vice-présidents» (art. 17, §4, TUE).

(37) Document accessible à l'adresse suivante : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/104669.pdf.

Le traité de Lisbonne prévoit cependant qu'à partir du 1^{er} novembre 2014 et sauf décision contraire du Conseil européen prise à l'unanimité, le nombre de commissaires sera ramené à deux tiers de l'ensemble des Etats membres (art. 17, §5, al. 1, TUE). Le traité introduit, dans cette perspective, un principe de rotation égalitaire, destiné à garantir une représentation «équitable» de tous les Etats membres (art. 17, §5, al. 2, TUE).

Les commissaires sont nommés pour une durée de 5 ans. Ils «sont choisis en raison de leur compétence générale et de leur engagement européen parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance» (art. 17, §3, TUE). Organe supranational par excellence, la Commission ne peut compter des membres soumis à la volonté des Etats. Concrètement, la procédure de nomination se déroule en trois étapes développées à l'article 17, §7, TUE :

- (1) le Conseil européen propose au vote du Parlement un candidat à la présidence de la Commission. A supposer que cette proposition ne soit pas approuvée par la majorité des membres composant le Parlement, le Conseil européen doit proposer au Parlement un nouveau candidat dans un délai d'un mois;
- (2) les autres membres de la Commission sont choisis par le Conseil et le président de la Commission sur la base des suggestions faites par les Etats;
- (3) le président, le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ainsi que les commissaires «sont soumis, en tant que collège, à un vote d'approbation du Parlement européen. Sur la base de cette approbation, la Commission est nommée par le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée» (art. 17, §7, al. 3, TUE).

Une fois en place, les commissaires et le président doivent «exerce(r) (leurs) responsabilités en pleine indépendance», et s'abstenir «de tout acte incompatible avec leurs fonctions ou l'exécution de leurs tâches» (art. 17, §3, al. 2, TUE).

Par contraste avec le Parlement européen, la Commission possède «une très faible légitimité démocratique» (38).

(38) A. MASSON, «La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité normatif : vers la fin de la confusion?», *Europe*, janvier 2008, p. 4.

4. *Le Conseil européen*

13. «Le Conseil européen est composé des chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres» (art. 15, §2, TUE), qui peuvent être assistés de leurs ministres des affaires étrangères (art. 15, §3, TUE). Il compte également le Président de la Commission (art. 15, §2, TUE), éventuellement assisté par un membre de celle-ci (art. 15, §3, TUE).

Enfin, nouveautés depuis le traité de Lisbonne, le Conseil européen est désormais doté d'un Président permanent et le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité «participe à ses travaux» (art. 15, §2, TUE).

B. – *Les types d'actes de droit dérivé*

14. Parmi les actes dérivés des traités, on opère traditionnellement une distinction entre les actes conventionnels (1) et les actes unilatéraux (2).

1. *Les actes conventionnels*

15. Conformément à l'article 216, §1^{er}, TFUE, «l'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée». Ce faisant, le traité de Lisbonne codifie la jurisprudence de la Cour de justice relative aux compétences externes implicites de l'Union (39), c'est-à-dire celles qui ne résultent pas d'une disposition du traité habilitant expressément l'Union à conclure, dans des matières déterminées, des accords avec des Etats tiers ou des organisations internationales (40).

(39) Voy. notamment : C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. 22/70; C.J.C.E., 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. 3/76, 4/76 et 6/76.

(40) Les règles qui suivent sont également applicables aux accords mixtes, c'est-à-dire aux accords conclus par l'Union européenne et ses Etats membres avec un tiers dans les domaines qui relèvent des compétences concurrentes de l'Union et des Etats. Sur les accords conclus par les Etats membres entre eux ou avec des pays tiers, cf. l'article 351 TFUE, qui évoque l'hypothèse de traités conclus par les Etats membres avant la signature du traité de Rome (voy. notamment à ce sujet : M. GAUTIER, *op. cit.*, pp. 116 et 117).

Parmi les compétences explicites de l'Union, on aura par exemple égard aux articles 186 TFUE (en matière de recherche et développement technologique) et 191 TFUE (en matière d'environnement) (41).

16. Outre la clarification opérée par l'article 216, §1, précité, le traité de Lisbonne simplifie la procédure de conclusion des accords internationaux en prévoyant désormais une procédure commune (art. 218 TFUE) (42).

En conférant la personnalité juridique à l'Union européenne, il lève par ailleurs tout doute sur la possibilité de lui imputer la responsabilité de l'ensemble des accords conclus par ses institutions (43).

17. Au sein de l'ordre juridique européen, les accords internationaux sont hiérarchiquement inférieurs au droit primaire (44). Cette subordination découle en premier lieu de la disposition du traité sur laquelle est fondée la compétence de l'Union pour conclure un accord international déterminé. De l'avis d'une doctrine majoritaire (45), elle résulte par ailleurs de l'article 218, §11, TFUE, selon lequel «un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la com-

(41) Pour d'autres exemples, voy. F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE, TFUE)*, La Documentation française, 2008, p. 315.

(42) Et ce, sous réserve de dispositions particulières s'appliquant dans certaines matières (art. 207, 218, §6, et 219 TFUE). Sur la simplification des procédures de négociation et de conclusion des accords, voy. : F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *ibidem*, pp. 316 et s. Voy. par ailleurs les pp. 317 et 318 de l'ouvrage précité sur le renforcement du rôle du Parlement européen dans le cadre des accords internationaux.

(43) Auparavant, l'ex-article 24 TUE prévoyait que les accords internationaux conclus par les institutions européennes dans le cadre des deuxième et troisième piliers «lient les institutions de l'Union». Pour être applicable, il supposait cependant de reconnaître à l'Union une personnalité juridique implicite dans le cadre de son «*treaty making power*».

(44) Comme l'écrivent H. Dumont et A. Bailleux, «cette subordination du droit international au droit primaire – typique d'une logique dualiste – peut paraître choquante au regard de la préférence du droit communautaire à primer l'ensemble du droit interne des États membres, en ce compris leur Constitution. (...) on prendra (cependant) garde de ne pas céder aux comparaisons hâtives. (...) la primauté du droit primaire sur le droit international vise – du moins en partie – à protéger la volonté souveraine des États membres en s'assurant que la Communauté ne dénature ou n'étend pas 'par la bande' les pouvoirs qui lui ont été conférés par les 'maîtres des traités'» (*Le Pacte constitutionnel européen. Fondements, sources et élaboration du droit de l'Union européenne*, Syllabus 2009-2010, F.U.S.L., p. 397. Voy. également la référence à J.-C. Gautron faite par les auteurs).

(45) Voy. par exemple : J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 541, éd. 2009. Compar. M. GAUTIER, *op. cit.*, pp. 118 et 119, pour qui, du fait qu'il s'agit «d'une clause de prévention des conflits de normes et non de résolution de ces conflits», on ne peut «en déduire un quelconque rang hiérarchique, aucune norme ne prévalant sur l'autre».

patibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités». Enfin, la Cour de justice s'est déjà prononcée sur un recours en annulation introduit à l'encontre d'un accord international d'ores et déjà conclu (46), tout comme à l'égard d'actes d'exécution d'un tel accord (47).

En revanche, et conformément à l'article 216, §2, TFUE, qui prévoit que «les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres», ces accords ont primauté sur le droit dérivé (48).

2. *Les actes unilatéraux*

18. Par contraste avec les actes conventionnels, les actes unilatéraux de droit dérivé recouvrent les actes qui procèdent de la seule volonté des institutions européennes. Sous réserve des actes atypiques qui ont largement survécu au traité de Lisbonne et qui feront l'objet de développements distincts (49), ces actes se comptent désormais sur les doigts d'une main (a).

La primauté du droit primaire et conventionnel sur les actes unilatéraux de droit dérivé ne pose pas de difficulté particulière. Elle résulte des différentes dispositions du traité habilitant les institutions européennes à adopter des actes unilatéraux de droit dérivé, et de celles relatives aux voies de recours (50). Comme on l'a souligné plus haut, le terme dérivé est du reste «utilisé pour indiquer la fonction de ces actes» (réaliser les objectifs des traités) «et leur subordination auxdits traités» (51). De ce point de vue, le traité de Lisbonne n'a rien changé.

(46) C.J.C.E., *Commission c. France*, aff. C-327/91; C.J.C.E., *Allemagne c. Conseil*, aff. C-122/95. Voy. encore, sur recours préjudiciel : C.J.C.E., *Haegeman*, aff. C-181/73. Adde les références jurisprudentielles citées par J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, éd. 2009, p. 541.

(47) C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil et Commission*, aff. C-405/05 P et C-415/05 P.

(48) Voy., parmi les rares cas d'annulation d'un acte de droit dérivé pour violation d'un accord conventionnel : T.P.I.C.E., 22 janvier 1997, *Opel Austria c. Conseil*, T-115/94. Voy. également, pour un contrôle de la validité d'un règlement européen à l'aune de la Convention de Lomé : C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-280/93.

(49) Cf. *infra*, n^{os} 48 et s.

(50) Ainsi, conformément à l'article 263 TFUE, la Cour contrôle la légalité des actes de droit dérivé, qui peuvent notamment être annulés pour «violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application». Sur cette disposition, voy., ci-après, la contribution précitée de J. VAN MEERBEECK et A. VAN WAEYENBERGE.

(51) J.V. LOUIS et Th. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 193.

Par contre, la consécration, par le traité de Lisbonne, de la distinction entre actes législatifs et non législatifs n'apparaît pas dépourvue d'incidence sur la hiérarchie à établir entre les différents actes de droit dérivé (b).

a) *La typologie des actes unilatéraux de droit dérivé (art. 288 TFUE)*

*Article 288 TFUE
(ex-article 249 TCE)*

Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis ne lient pas.

19. Au-delà de la classification initiale de l'ancien article 249 TCE (règlement, directive, décision, recommandation et avis), d'autres instruments avaient été conçus, au temps du traité de Maastricht, pour mettre en oeuvre telle ou telle politiques de l'Union (52). C'était le cas, pour la politique étrangère et de sécurité commune (deuxième pilier), des «principes et orientations générales», des «stratégies communes», des «actions communes» et des «positions communes». Quant à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (troisième pilier), il était régi par des «positions communes», des «décisions-cadres», des «décisions» et des «conventions».

Dans un souci de meilleure lisibilité, et parallèlement à la suppression des «piliers», le traité de Lisbonne opère une réduction importante du nombre des instruments juridiques, les faisant passer

(52) Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, et l'introduction des trois piliers, la traditionnelle typologie «règlement-directive-décision-recommandation-avis» s'est en effet vue cantonnée au droit communautaire, tandis que des nomenclatures spécifiques apparaissaient pour les deux autres piliers.

de quatorze à cinq : la nomenclature de l'ancien article 249 TCE (actuel article 288 TFUE) s'applique désormais indifféremment à l'ensemble des politiques de l'Union.

Le nouvel article 288 TFUE, issu du traité de Lisbonne, ressemble au demeurant très fort à l'ex-article 249 TCE. Ce sont les mêmes instruments qui sont visés, et ces derniers sont toujours présentés en fonction de leur degré d'efficacité (53) : les règlements et directives présentent un caractère général et obligatoire (a), tandis que les décisions sont des actes obligatoires, à portée générale – il s'agit d'une innovation du traité de Lisbonne – ou individuelle (b). Quant aux recommandations et aux avis, ils sont dépourvus de tout caractère obligatoire.

En maintenant la terminologie existante, le traité de Lisbonne s'écarte du projet de Constitution européenne, qui consacrait notamment une distinction entre les lois, les lois-cadres et les actes réglementaires (54). L'option prise par le traité de Lisbonne est dictée par la volonté d'expurger du traité toute terminologie constitutionnelle évoquant une étatisation de l'Union européenne.

Le choix entre ces différents actes de droit dérivé dépend de la base juridique sur laquelle se fonde l'action de l'Union. Dans l'hypothèse où le traité prévoit l'emploi d'un instrument juridique déterminé, les institutions européennes sont tenues par ce choix (55).

La rationalisation des actes de droit dérivé à laquelle procède le traité de Lisbonne, dans le prolongement du projet de Constitution européenne, n'a cependant pas empêché la survivance de nombreux actes atypiques, prévus par le traité ou issus de la pratique, sur lesquels nous nous pencherons ultérieurement (56). Ces actes atypiques partagent avec les recommandations et les avis, quant à eux expressément visés à l'article 288, al. 5, TFUE, la caractéristique d'être dépourvus de force obligatoire. Aussi prendrons-nous le parti de renvoyer au chapitre consacré à l'examen des actes atypiques celui

(53) J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *op. cit.*, p. 196.

(54) L'article 263, alinéa 4, TFUE maintient cependant une référence aux actes réglementaires. Sur la portée de ces termes, voy. la contribution précitée de J. VAN MEERBECK et A. VAN WAEYENBERGE.

(55) Pour des cas où le traité impose le recours à une directive, *cf.* notamment les articles 50, §1^{er}, 59, §1^{er}, et 153, §2, b), TFUE. Pour des hypothèses où le traité impose de recourir au règlement, voy., par exemple, les articles 14, 24 et 109 TFUE.

(56) *Cf. infra*, n^{os} 48 et s.

des recommandations et des avis. Dépourvus de force contraignante, les recommandations et les avis se différencient en effet fondamentalement des règlements, directives et décisions, qui, eux, ont une portée obligatoire. Ils relèvent typiquement du *soft law* (57).

1. *Les actes présentant un caractère obligatoire et général*

20. Les Etats ont reconnu à l'Union européenne le pouvoir d'adopter des règles de droit générales et abstraites. Il s'agit des règlements (1.1) et des directives (1.2).

En principe, le traité laisse au législateur la liberté de choix entre le règlement et la directive (58). Ce choix est indépendant des catégories de compétences (compétences exclusives, concurrentes ou partagées, complémentaires). Il arrive au demeurant souvent que des directives soient modifiées par des règlements.

1.1. *Le règlement*

21. Parmi les instruments dont disposent les institutions de l'Union, le règlement est certainement «le plus complet et le plus efficace» (59).

En vertu de l'article 288, alinéa 2, TFUE, «[l]e règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre». Cette disposition reprend, sans modification aucune, le texte de l'ancien article 249 TCE.

Deux caractéristiques essentielles ressortent de cette définition :

- (1) Première caractéristique : le règlement a une portée générale. Autrement dit, il s'adresse à des catégories abstraitement définies. Ces catégories peuvent être des Etats, des institutions ou des particuliers.
- (2) Deuxième caractéristique : le règlement est directement applicable dans chaque Etat membre, à telle enseigne qu'il oblige l'ensemble de ses destinataires (Etats, institutions ou particuliers) à s'y conformer.

(57) Cf. *infra*, chapitre IV.

(58) Voy. en ce sens l'article 46 TFUE.

(59) M. DONY, *op. cit.*, p. 252, n° 430.

L'applicabilité directe prêtée au règlement signifie qu'il ne requiert pas de mesure de transposition préalable pour contraindre l'ensemble de ses destinataires ou être invoqué par ceux-ci. Il s'applique directement – c'est-à-dire sans la médiation d'une mesure interne de transposition – dans tout Etat membre. Ce faisant, le règlement se distingue des directives, qui, elles, demandent à être transposées (60); il remplit un rôle comparable à la loi nationale.

Comme le relève M. Dony, «ce caractère directement applicable n'empêche cependant pas que le règlement habilite une institution de l'Union ou les Etats membres à prendre des mesures d'application (61). Mais les objectifs et les dispositions substantielles du règlement s'imposent même si les mesures d'exécution n'ont pas été prises» (62).

1.2. *La directive*

22. Si le règlement constitue par excellence un instrument d'unification du droit, la directive est pour sa part un instrument de rapprochement ou d'harmonisation des législations. Elle cherche à concilier la recherche d'un droit commun à l'ensemble de l'Union et le maintien des spécificités nationales.

Conformément à l'article 288, alinéa 3, TFUE, qui reprend les termes de l'ex-article 249 TCE, «la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens».

La directive partage avec le règlement d'être une règle générale et obligatoire. Par ailleurs, elle bénéficie, à l'instar du règlement, de l'immédiateté d'application : elle ne doit pas être formellement «reçue» dans l'ordre juridique interne pour produire un certain nombre d'effets juridiques. Ainsi, les Etats doivent, pendant le délai de transposition, «s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par [la] directive» (63). Ainsi encore, le juge interne est tenu d'interpréter son droit national à la lumière de la directive (64).

(60) Cf. *infra*, n° 22.

(61) Voy. en ce sens, et pour des exemples : B. DUBEY, *op. cit.*, p. 105.

(62) M. DONY, *op. cit.*, pp. 252 et 253, n° 430.

(63) C.J.C.E., 18 novembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, point 45.

(64) C.J.C.E., 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83.

En revanche, la directive présente d'autres spécificités, qui conduisent à la différencier du règlement :

- (1) Première différence : contrairement au règlement qui est directement applicable, la directive impose aux Etats une obligation de transposition, à telle enseigne qu'elles sont en principe dépourvues d'effet direct (65). Les Etats doivent en effet transposer la directive dans leur droit interne en observant le délai fixé par la directive (délai de transposition). Généralement, cette transposition est réalisée par l'adoption d'une mesure législative (66).
- (2) Seconde différence, dans le prolongement de la première : alors que le règlement peut indistinctement s'adresser aux Etats, aux institutions ou aux particuliers, la directive a nécessairement pour destinataires des Etats membres, appelés à la transposer. Autrement dit, si la directive et le règlement ont tous deux une portée générale, les catégories abstraitement définies auxquelles l'une et l'autre s'adressent diffèrent potentiellement : tout ou partie des Etats, d'une part ; les Etats, les institutions ou les particuliers, d'autre part.

2. Les actes présentant un caractère obligatoire, à portée générale ou individuelle : les décisions

23. L'article 288, alinéa 4, TFUE dispose que «la décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci».

Il résulte de cette disposition que la décision présente, à l'instar de la directive et du règlement, un effet juridique contraignant pour ses destinataires.

(65) Cette position de principe a cependant été considérablement assouplie par la jurisprudence. Ainsi, les dispositions claires, précises et inconditionnelles d'une directive qui n'aurait pas été transposée dans le délai imparti ou qui aurait été mal transposée dans ce délai se voient reconnaître un effet direct *vertical* : elles peuvent être invoquées à l'encontre de l'Etat qui a manqué à son obligation de transposition ; par contre, l'Etat ne pourrait les invoquer à l'encontre d'un particulier (cf. C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74). De telles dispositions peuvent également produire un effet direct *horizontal*, mais dans certaines limites seulement : elles peuvent servir à écarter une loi nationale qui leur serait contraire ; en revanche, elles ne pourraient imposer directement des obligations à un particulier.

(66) Si, en principe, les Etats sont libres de choisir les moyens destinés à accomplir le résultat prescrit par la directive, force est de constater que, dans les faits, la liberté des Etats s'amenuise en raison du caractère de plus en plus détaillé des directives et de l'obligation de leur conférer un effet utile. Voy. notamment à ce sujet : A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 161 et 162.

Mais, contrairement au règlement et à la directive qui s'adressent nécessairement à des catégories abstraitement définies, la décision peut également viser nommément les destinataires qu'elle désigne. Il s'agit alors d'un acte à portée individuelle, s'adressant à une personne physique ou à une personne morale. En clair, la décision peut être à portée générale *ou* à portée individuelle.

L'extension des décisions aux actes à portée générale constitue une innovation du traité de Lisbonne (67); pour rappel, c'est la seule modification apportée par le traité de Lisbonne à la nomenclature des actes juridiques européens anciennement consignés à l'article 249 TCE et aujourd'hui repris dans l'article 288 TFUE.

Cette extension a pour mérite d'asseoir le caractère contraignant des actes adoptés dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, qui était contesté par plusieurs auteurs (68). C'est du reste notamment pour étendre la nomenclature de l'article 288 au domaine de la politique étrangère et de sécurité commune qu'on a créé la catégorie des décisions générales, lesquelles recouvrent désormais les «positions communes» et «actions communes» autrefois adoptées dans le cadre de la PESC. L'article 288, alinéa 4, récupère également un certain nombre de décisions *sui generis*. Comme le relève L. Guilloud, «on peut néanmoins s'interroger sur ce qui distingue une décision générale d'un règlement» (69), et, en ce qui concerne, nous confessons ne pas apercevoir de différence entre l'une et l'autre.

Exemples de décision à portée individuelle : les décisions par lesquelles la Commission impose des amendes à telle ou telle entreprise ayant enfreint les règles du droit de la concurrence (art. 105 TFUE); la décision de suspendre le droit de vote d'un Etat membre (art. 7 TUE); les décisions prises sur la base de l'art. 107, §3, e), TFUE, concernant la matière des aides d'Etat; voy. également les décisions de la Commission adoptées dans le cadre de l'article 114, §6, TFUE.

(67) Auparavant, la portée individuelle était un élément constitutif de la décision. Les autres «décisions» (*besluiten* ou *beschlossen*) qu'évoquait le traité et qui ne répondaient pas à cette caractéristique ne tombaient pas sous le champ d'application de l'article 249, al. 4, TCE, mais faisaient partie des actes «atypiques».

(68) Voy. notamment : C. BLUMANN, «Contribution du Traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit», *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, sous la direction de J. Rideau, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 371.

(69) L. GUILLOUD, *op. cit.*, p. 20.

Exemple de décision à portée générale : les décisions adoptées par l'Union dans le cadre de la PESC (70).

Tableau récapitulatif des actes contraignants visés à l'article 288 TFUE

<i>Types d'actes</i>	<i>Portée</i>	<i>Caractère obligatoire</i>	<i>Applicabilité</i>
Règlement	Générale	Obligatoire dans tous ses éléments	Directement applicable, aucune transposition en droit national n'est nécessaire
Directive	Générale	Obligation quant aux buts et effets à atteindre, liberté quant aux moyens et à la forme	Transposition nécessaire en droit national Tempéraments : effet direct vertical et obligation d'interprétation conforme
Décision	Générale (PESC) ou individuelle lorsqu'elle s'adresse à son/ses destinataire(s)	Obligatoire	Directement applicable

b) *La distinction entre actes législatifs et non législatifs*

24. Certes le droit primaire se loge-t-il au sommet de la hiérarchie des normes, et le droit dérivé doit-il s'y conformer, mais qu'en est-il des rapports de subordination à établir *au sein* même des actes de droit dérivé, et plus précisément parmi les actes contraignants de ce droit (règlements, directives et décisions) ?

Loin s'en faut que les différents actes de droit dérivé soient ordonnés entre eux par un principe hiérarchique : un règlement n'est pas nécessairement supérieur à une directive, qui n'est elle-même pas nécessairement supérieure à une décision de portée générale. D'un point de vue strictement hiérarchique, peu importe l'acte en question : la dénomination d'un acte ne détermine pas sa place dans la hiérarchie des normes.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le critère qui, de ce point de vue, dominait la jurisprudence était la distinction entre actes de base et actes d'exécution. Cette distinction remonte

(70) Voy. également les exemples cités par Cl. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, 2010, p. 553, n° 742.

à l'arrêt *Köster* de la Cour de justice des Communautés européennes, rendu le 17 décembre 1970 (71). S'adossant à la «pratique constante des institutions» et aux «conceptions juridiques reçues dans tous les Etats membres», le juge européen fut conduit, dans cette affaire, à établir une hiérarchie matérielle entre les *actes de base*, adoptés sur le fondement direct du traité conformément à la procédure prévue par ce dernier, et les *actes d'exécution*, adoptés par la Commission, sur délégation du Conseil, ou par le Conseil lui-même, et destinés à mettre en œuvre les actes de base en vertu d'une procédure simplifiée (72). Cet arrêt de principe a, ensuite, été confirmé par une jurisprudence constante (73), dans le cadre de laquelle il arrive au juge européen d'aller jusqu'à autoriser l'acte d'exécution à compléter l'acte de base, et même à «fixer des dérogations» dans l'hypothèse où l'acte de base le prévoit (74). Cette jurisprudence entérine une tendance similaire à celle qui se dessine dans les ordres juridiques internes, à savoir la nécessité pour le Conseil de se concentrer sur sa «fonction législative», en déléguant à d'autres institutions la «fonction exécutive», et ce, notamment dans des matières se caractérisant par des spécificités techniques complexes.

En dépit de la jurisprudence *Köster*, une partie de la doctrine a continué à plaider en faveur de l'instauration, au sein du droit primaire, d'une hiérarchie des normes de droit dérivé (75). Il est vrai

(71) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, point 6. Voy. également : C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70.

(72) Comme le précise A. MASSON, les bases juridiques dérivées, servant de fondement à un acte d'exécution, «peuvent (en effet) prévoir des modalités d'adoption particulières», pour autant qu'elles soient conformes au traité («Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l'arrêt du 6 mai 2006», 2008, p. 160; voy. également les références citées en note 2 de la page précitée).

(73) Voy., dans la ligne de l'arrêt *Köster*, toujours à propos des règlements : C.J.C.E., 11 juillet 1989, *Schröder*, aff. 265/87, point 22. Au sujet des directives, et de la distinction à établir entre acte de base et acte d'exécution, cf. C.J.C.E., 25 janvier 1994, *Angelopharm*, aff. C-212/91. Concernant les décisions, et cette même distinction, voy. T.P.I.C.E., 27 janvier 2000, *TAT European Airlines S.A. c/ Commission*, aff. T-49/97. Voy. également les arrêts cités par J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *op. cit.*, p. 197, notes 282 à 284, et par E. BROSSET, *op. cit.*, p. 119, notes 316 et 317.

(74) C.J.C.E., 27 septembre 1979, *Spa Eridania c. Ministre de l'agriculture et des forêts*, aff. 230/78, point 8.

(75) Voy. notamment : R. BIEBER, I. SALOME, «Hierarchy of norms in European law», *C.M.L.R.*, 1996, pp. 907-930; Cl. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, «La hiérarchie des normes», *La révision du Traité sur l'Union européenne, perspectives et réalités*, sous la direction de Ph. MANIN, Rapport du groupe français pour la Conférence intergouvernementale, Paris, Pedone, 1996, pp. 41-60; H. GAUDIN, «Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes?», *R.T.D.E.*, n° 1, 1999, pp. 1-20; R. MEHDI, «La 'double hiérarchie' normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Union européenne», *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*.

que, si, face au silence des traités, elles ont le mérite d'exister, les réponses du juge sont «nécessairement occasionnelles et limitées, (et) restent par leur nature inadéquates et insuffisantes» (76). Encore faut-il préciser que cet appel doctrinal ne signifie pas que le droit européen ignore toute hiérarchie normative – n'est-ce pas le propre d'un ordre juridique d'être structuré et hiérarchisé? – (77). Il s'adosse au constat selon lequel, contrairement au droit interne, les étages de la pyramide normative européenne ne correspondent pas à un acte déterminé de droit dérivé, mais sont, depuis l'arrêt *Köster*, construits autour de la distinction entre actes de base et actes d'exécution. L'existence d'un tel *hiatus* entre la pyramide interne et la hiérarchie normative européenne tient essentiellement au fait que le processus décisionnel requis par le traité pour une matière déterminée est dicté par des intérêts étatiques savamment pesés, et est «fonction de la nature de la compétence reconnue dans ce domaine à la communauté» (78). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle toutes les tentatives de simplification du système institutionnel européen ont à ce jour échoué à simplifier la hiérarchie des actes de droit dérivé (79). Qu'en est-il, à cet égard, du traité de Lisbonne?

S'il se départit à dessein de la distinction entre lois et lois-cadres proposée par le projet de Constitution européenne (80), le traité de Lisbonne a en revanche repris à son compte les notions d'acte législatif et de procédure législative qu'il contenait également. La consécration de cette distinction entre actes législatifs (1) et non législatifs (2) constitue une innovation du traité de Lisbonne, dans la

Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Paris, Pedone, 2004, pp. 443 à 462; P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, L.G.D.J., 2000, 629 p.; A. TIZZANO, «La hiérarchie des normes communautaires», *R.M.C.*, 1995, pp. 219 à 232.

(76) A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 157.

(77) J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 485, n° 786; J.-C. GAUTRON, «Un ordre juridique autonome et hiérarchisé», *De la communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, sous la direction de J. RIDEAU, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 41.

(78) E. BROSSET, *op. cit.*, p. 118.

(79) Pour un récapitulatif des différentes initiatives visant à proposer une nouvelle hiérarchie des normes, en ce compris le projet de Constitution européenne, voy., parmi d'autres : J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *op. cit.*, pp. 212 à 220, n°s 132 à 138; J. RIDEAU, *op. cit.*, p. 243.

(80) J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *op. cit.*, p. 215. Le projet de Constitution européenne qualifiait d'actes législatifs les lois (correspondant à nos actuels règlements) et les lois-cadres (à savoir nos directives). Constituait en revanche des actes non législatifs les règlements et décisions. Il ne parvenait pas pour autant, de l'avis de certains auteurs, à clarifier la hiérarchie des actes de droit dérivé (voy. en ce sens : K. LENAERTS and M. DESOMER, «Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures», *E.L.J.*, 2005, pp. 744 à 765).

mesure où elle ne figurait point dans les traités antérieurs (81). Du point de vue de la hiérarchie des normes, cette nouvelle distinction recouvre, en partie seulement, celle entre actes de base et actes d'exécution héritée de l'arrêt *Köster* précité (3).

1. *Les actes législatifs*

Article 289 TFUE

1. La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294.

2. Dans les cas spécifiques prévus par les traités, l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement européen constitue une procédure législative spéciale.

3. Les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs.

4. Dans les cas spécifiques prévus par les traités, les actes législatifs peuvent être adoptés sur initiative d'un groupe d'États membres ou du Parlement européen, sur recommandation de la Banque centrale européenne ou sur demande de la Cour de justice ou de la Banque européenne d'investissement.

25. Définition. Conformément à l'article 289, §3, TFUE, les actes législatifs sont «les actes juridiques adoptés par procédure législative». Il peut s'agir d'un règlement, d'une directive ou d'une décision à portée générale (82), pour autant qu'ils aient été élaborés selon une procédure législative. Le traité de Lisbonne érige en conséquence la *procédure* d'élaboration de l'acte de droit dérivé en critère déterminant de son caractère législatif.

26. Procédures ordinaire et spéciale. Ce critère procédural est cependant loin d'être homogène, dans la mesure où le traité de

(81) Auparavant, la seule référence à la loi que réalisait le droit primaire était contenue à l'article 207, §3, TCE, qui énumère les hypothèses dans lesquelles le Conseil «agi(t) en sa qualité de législateur». Les articles 202, alinéa 4, TCE et 211, alinéa 5, TCE évoquaient, pour leur part, les «compétences d'exécution» de la Commission.

(82) L'exclusion des décisions à portée individuelle résulte, à notre sens, de la conception matérielle des actes législatifs que semble entériner le traité de Lisbonne. Nous n'avons au demeurant pas connaissance de dispositions du traité qui exigeraient, pour une décision individuelle, le recours à une procédure législative. Dans le sens d'une telle exclusion, voy.: F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 360; E. BROSSET, *op. cit.*, p. 124, et les références citées à la note 344.

Lisbonne n'est pas parvenu à imposer, en toutes circonstances, la procédure de codécision qui avait été introduite par le traité de Maastricht. Si le traité de Lisbonne généralise cette procédure, au point de la baptiser désormais «procédure législative ordinaire» (art. 289, §1, TFUE), elle reste cependant concurrencée par de nombreuses procédures législatives spéciales (art. 289, §2, TFUE) (83).

Les procédures législatives ordinaire et spéciale ont en commun de puiser leur validité directement dans le droit primaire, et de faire intervenir les deux branches du pouvoir législatif : le Parlement européen (84) et le Conseil (85) (la Commission se limitant à posséder le monopole de l'initiative législative (86)). Autrement dit, un acte législatif suppose nécessairement l'intervention conjointe du Parlement européen et du Conseil (87).

Par contre, le degré d'implication du Parlement européen et du Conseil diffère en fonction de la procédure suivie (88) :

- (1) la procédure législative *ordinaire* place sur un pied d'égalité le Conseil et le Parlement en leur conférant, à tous deux, un droit de veto et un droit d'amendement (89) ;
- (2) la procédure législative *spéciale* rompt cette égalité en réservant le pouvoir de décision à une seule des deux branches du pouvoir

(83) Le traité de Lisbonne a par contre supprimé la procédure de coopération qui avait été introduite par l'Acte unique.

(84) Sur la composition du Parlement européen, *cf. supra*, n° 11. Conformément à l'article 14, §1^{er}, TUE, «le Parlement européen exerce, conjointement avec le Conseil, les fonctions législative et budgétaire. Il exerce des fonctions de contrôle politique et consultatives conformément aux conditions prévues par les traités. Il élit le président de la Commission».

(85) Sur la composition du Conseil, *cf. supra*, n° 10. En vertu de l'article 16, §1, TUE, «le Conseil exerce, conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire. Il exerce des fonctions de définition des politiques et de coordination conformément aux conditions prévues par le traité».

(86) Sur la composition de la Commission, *cf. supra*, n° 12. Conformément à l'article 17, §2, TUE, «un acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où le traité en dispose autrement». Voy. à cet égard l'article 289, §4, TFUE (pour un commentaire, *cf. M. DONY, op. cit.*, p. 184, n° 309).

(87) Il est en revanche indifférent, à notre avis, que les traités précisent ou non, de surcroît, en toutes lettres que l'acte en question doit être adopté «conformément à une procédure législative». Voy. à cet égard *infra*, note 104.

(88) Etant entendu que le traité de Lisbonne instaure une clause de passerelle, qui permet au Conseil européen d'autoriser le passage d'une procédure législative ordinaire à une procédure législative spéciale.

(89) *Cf.* art. 294 TFUE. Pour un commentaire de cette procédure – que le Traité de Lisbonne n'a pas modifiée –, voy. par exemple : M. DONY, *ibidem*, pp. 187 à 193 ; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 415 à 423.

législatif et en limitant le rôle de la seconde à une simple consultation ou approbation (90).

Dans la grande majorité des cas (91), ce déséquilibre profite au *Conseil* : c'est lui qui légifère, le Parlement européen étant seulement consulté en ces matières ou amené à donner son approbation (92).

Rares sont les hypothèses dans lesquelles le *Parlement* dispose d'un pouvoir de décision autonome (93).

Pour connaître les modalités précises de chaque procédure législative spéciale, il convient d'identifier, au cas par cas, la base juridique pertinente (94). Plus fondamentalement, la coexistence de plusieurs procédures législatives confirme la nécessité d'identifier la «base juridique» sur laquelle se fonde l'intervention de l'Union (95). Comme le précise J.-P. Jacqué, «l'Union ne disposant que de compétences d'attribution, elle ne saurait agir que si le traité contient un titre de compétence. En outre, la disposition du traité relative à la compétence contient (ou renvoie à) une règle de procédure» (96). Et d'ajouter que «derrière la question de la base juridique, se dissimule celle du pouvoir des institutions puisque, selon la base juridique choisie, les pouvoirs respectifs des institutions varieront» (97).

De ce point de vue, et compte tenu du nombre important de cas dans lesquels le traité de Lisbonne impose le recours à une procédure spéciale, favorable au Conseil, le renforcement du caractère démocratique de l'Union européenne, prêté à ce traité, est rela-

(90) Plus précisément, et comme le précise M. Gautier, «ces procédures sont spéciales soit au niveau de l'initiative (...), au niveau des organes d'adoption (...) ou au niveau des modalités de vote au sein du Conseil (...)» (*op. cit.*, p. 101).

(91) Il s'agit de domaines «que les États membres ont jugé trop sensibles pour relever de la majorité qualifiée et pour faire l'objet d'une codécision avec le Parlement (droit de vote, sécurité sociale et certains aspects de droit du travail, droit de la famille, droit pénal et coopération policière, fiscalité, ...)» (J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 425, n° 678).

(92) Pour des exemples de domaines concernés, cf. F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 361; M. DONY, *op. cit.*, p. 194, n° 327.

(93) M. DONY, *ibidem*, p. 194, n° 326.

(94) M. DONY, *ibidem*, p. 194, n° 325.

(95) On précise à cet égard que, si la Cour requiert en principe l'identification d'une base juridique unique, elle a récemment admis, en présence d'objectifs indissociables dont aucun n'est prépondérant, l'invocation de deux bases juridiques différentes exigeant le recours à des procédures distinctes (C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Parlement c. Conseil*, C-166/07, point 69). Voy., plus largement, sur la question de la base juridique : J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 411 à 414.

(96) J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 411, n° 654.

(97) J.-P. JACQUÉ, *ibidem*, p. 412, n° 657.

tif (98). Il en va d'autant plus ainsi qu'au regard des actes non législatifs, et singulièrement des règlements, directives et décisions adoptés par la Commission, les actes législatifs sont plutôt rares.

Précisons enfin qu'il n'y a pas lieu de traduire la distinction entre procédure législative ordinaire et procédures législatives spéciales en termes hiérarchiques. Non seulement les compétences étant d'attribution, elles n'ont pas vocation à se recouvrir, mais surtout cette distinction vise, au sein des actes législatifs, à préciser le degré d'implication respectif des deux co-législateurs.

2. *Les actes non législatifs*

27. Définition et catégories. Par opposition avec les actes législatifs visés à l'article 289, §3, TFUE, les *actes non législatifs* désignent les actes adoptés *autrement* que par le biais d'une procédure législative. Si cette catégorie se caractérise par son hétérogénéité, on peut à tout le moins identifier trois types d'actes non législatifs : les actes mettant directement en œuvre les traités (2.1), les actes délégués (2.2) et les actes d'exécution (2.3).

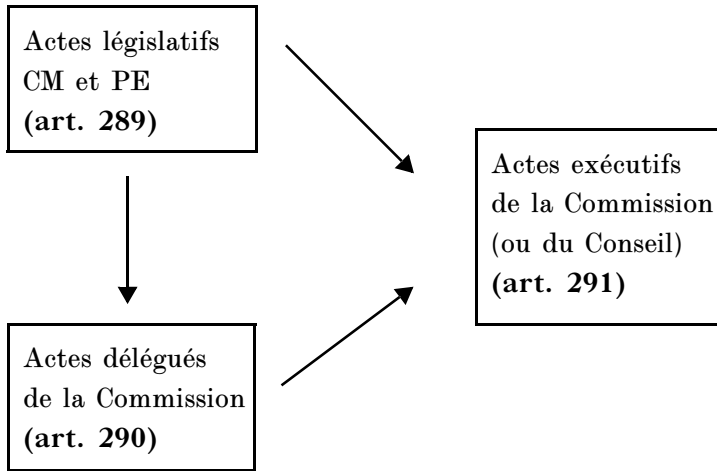
On notera d'emblée que la Commission dispose à ce niveau (et plus précisément dans le cadre des actes délégués et d'exécution) de compétences fort importantes, alors que dans le domaine législatif, elle détient «seulement» le monopole de l'initiative législative (art. 17, §2, TUE).

À l'instar des actes législatifs, les actes non législatifs ne suivent pas, pour leur adoption, une procédure identique. Chaque acte non législatif est adopté conformément à la disposition qui lui tient lieu de base juridique et qu'il convient en conséquence de rechercher pour chaque cas d'espèce (99).

Le tableau reproduit ci-dessous montre les rapports entretenus entre les actes législatifs, délégués et d'exécution.

(98) Pour rappel, en effet, le Parlement, grand perdant de ces procédures législatives spéciales, est le seul organe élu au suffrage universel direct (*cf. supra*, n° 11).

(99) M. DONY, *op. cit.*, p. 195, n° 328.



2.1. Les actes non législatifs mettant en œuvre directement le traité

28. Il existe un certain nombre d'actes pour lesquels le traité n'impose pas le recours à une procédure législative, et qui ne relèvent ni des actes délégués (100), ni des actes d'exécution (101). Il s'agit d'actes non législatifs qui mettent en œuvre directement le traité.

29. C'est essentiellement le *Conseil* qui est amené à adopter ce type d'actes. Tel est par exemple le cas en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC), pour laquelle le TUE exclut expressément l'adoption d'actes législatifs (art. 24, §1, TUE et art. 31, §1, TUE) (102). On peut également songer à la compétence du Conseil pour la fixation du régime des prix agricoles (103).

(100) Cf. *infra*, n^{os} 33 et s.

(101) Cf. *infra*, n^{os} 39 et s.

(102) De ce point de vue, la rationalisation réalisée par le traité de Lisbonne n'est que partielle : si les actes susceptibles d'être pris dans le cadre de la PESC sont rapatriés dans l'article 289 TFUE, ils ne peuvent en revanche pas être adoptés en vertu d'une procédure législative, et, sauf dans certaines circonstances énumérées par l'article 24 TUE, ils sont par ailleurs soustraits au contrôle de la CJUE.

(103) Art. 43, §2, TFUE. Voy. à cet égard : F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, pp. 186 et p. 362, « article 289 ».

Le Conseil peut donc être l'auteur d'actes législatifs (en vertu d'une procédure législative ordinaire ou spéciale, faisant intervenir à des degrés divers le Parlement européen et le Conseil) ou non législatifs (en vertu d'une procédure non législative) (104). Comme le relèvent F.-X. Priollaud et D. Siritzky, «cette diversité de procédures justifie que les traités mentionnent désormais explicitement les domaines nécessairement régis par un acte législatif afin d'empêcher le Conseil de déposséder le Parlement européen de sa compétence en abusant du recours à des actes non législatifs» (105).

30. Parmi les actes non législatifs mettant en œuvre directement le traité, figurent également, quoi que dans une proportion bien moindre, des règles juridiques adoptées par d'autres institutions que le Conseil, comme, par exemple, la Commission ou le Conseil européen. Concernant ce dernier, le traité précise du reste expressément qu'«il n'exerce pas de fonction législative» (art. 15, §1, TUE).

Ainsi la *Commission* adopte-t-elle des actes non législatifs mettant en œuvre directement le traité pour appliquer les règles de concurrence (art. 106, §3, TFUE) et pour contrôler les aides d'Etat, réglementer les échanges (art. 44 TFUE) et la libre circulation (art. 45, §3, d) TFUE) (106).

Quant au *Conseil européen*, il nomme son propre président (art. 15, §5, TUE), tout comme le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (art. 18, §1, TUE). A

(104) Il est vrai que si l'on s'en réfère, par exemple, au prescrit de l'article 352, §1, du TFUE («Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le *Conseil*, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après *approbation du Parlement européen*, adopte les dispositions appropriées. *Lorsque* les dispositions en question sont adoptées par le Conseil *conformément à une procédure législative spéciale*, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen»; souligné par nous), on pourrait être tenté de considérer qu'une procédure non législative ne se caractérise pas nécessairement par le fait que, par contraste avec les procédures législatives, elle exclut l'intervention du Parlement européen. Cf. BLUMANN et L. DUBOIS relèvent en ce sens que «l'on (peut) trouver des exemples d'actes adoptés selon des procédures faisant intervenir le Conseil et le Parlement européen mais que les traités ne qualifient pas de procédure législative» (*op. cit.*, p. 333, n° 452, et les exemples cités). A notre estime, cependant, il ne convient pas de s'arrêter au libellé malheureux et passablement obscur de l'article 352 du TFUE, pas davantage qu'il n'y a lieu d'attacher de conséquence au fait que, dans certains cas, les traités, tout en prévoyant une intervention conjointe du Conseil et du Parlement, ne mentionnent pas expressément, dans la base juridique, les termes «procédure législative ordinaire ou spéciale». Ce qui, à notre estime, doit être déterminant du caractère législatif d'un acte est le fait que, conformément aux traités, il ait été adopté par le Conseil et le Parlement. Voy. par ailleurs à ce sujet la contribution de H. Dumont dans le présent ouvrage, point I.

(105) F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 362, «article 289».

(106) Voy. encore l'article 114, §6, TFUE.

l'exception de celles des affaires générales et des affaires étrangères, le Conseil européen adopte également la liste des différentes formations du Conseil (art. 236, §1, TFUE). Sous réserve de celle des affaires étrangères, il désigne aussi la présidence des formations (art. 236, §2, TFUE), ...

31. Si l'on souhaite effectuer un rapprochement avec le droit belge, les actes non législatifs mettant en œuvre directement le traité font penser au pouvoir réglementaire autonome – ou « direct » – du Roi. Ce pouvoir évoque la possibilité pour le Roi d'adopter des normes par arrêté royal sur la base d'un fondement constitutionnel (art. 37 et 107 de la Constitution belge), en dehors de toute loi à exécuter.

32. Le caractère non législatif de cette catégorie d'actes atteste en principe du fait qu'ils ne procèdent pas de l'intervention conjointe du Parlement européen et du Conseil (107). Il a par ailleurs pour conséquence de les soustraire au champ d'application de l'article 16, §8, TUE, qui réserve aux seuls projets d'actes législatifs l'obligation pour le Conseil de délibérer et de voter en public. Enfin, il prive les Etats membres de la possibilité d'introduire un recours en annulation pour violation du principe de subsidiarité devant la Cour de justice de l'Union européenne. L'article 8 du Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n'autorise en effet ce type de recours qu'à l'égard des actes législatifs.

En revanche, rien n'indique, selon nous, que le caractère non législatif de ces actes doive conduire à établir un rapport hiérarchique entre ceux-ci et les actes législatifs. On retombe ici sur un raisonnement similaire à celui tenu à l'égard de la distinction entre procédure législative ordinaire et procédures législatives spéciales (108).

(107) Voy. à cet égard *supra*, note 104.

(108) Cf. *supra*, n° 26 *in fine*. Cf. également *infra*, n° 45.

2.2. Les actes délégués (art. 290 TFUE)

Article 290

1. Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif.

Les actes législatifs délimitent explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir. Les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir.

2. Les actes législatifs fixent explicitement les conditions auxquelles la délégation est soumise, qui peuvent être les suivantes :

- a) le Parlement européen ou le Conseil peut décider de révoquer la délégation;
- b) l'acte délégué ne peut entrer en vigueur que si, dans le délai fixé par l'acte législatif, le Parlement européen ou le Conseil n'exprime pas d'objections.

Aux fins des points a) et b), le Parlement européen statue à la majorité des membres qui le composent et le Conseil statue à la majorité qualifiée.

3. L'adjectif «délégué» ou «déléguée» est inséré dans l'intitulé des actes délégués.

33. Définition. Conformément à l'article 290 TFUE, les actes délégués sont «des actes non législatifs de portée générale» (109) qui sont adoptés par la Commission en vertu d'une délégation opérée par un acte législatif à son profit, et «qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif».

Il en résulte que l'acte délégué est, sur un plan formel, distinct de l'acte législatif, mais est identique à ce dernier sur le plan matériel.

	<i>Formel</i>	<i>Matériel</i>
Actes législatifs	Adoptés conformément à une PLO ou une PLS (art. 289, §3)	Portée législative
Actes délégués	Acte formellement distinct de l'acte législatif de base (art. 290, §1)	Portée législative

Concrètement, le législateur délègue à la Commission, par le biais d'une directive-cadre, d'un règlement-cadre ou d'une décision générale-cadre, le pouvoir d'adopter des mesures qu'il aurait pu adopter

(109) Ce qui exclut les décisions à portée individuelle.

lui-même, mais qui, en vertu de la délégation consentie, seront contenues dans un acte délégué.

Conformément à l'article 291, §3, l'adjectif «délégué» doit apparaître expressément dans l'intitulé des actes délégués, ce qui contribue à clarifier la nature exacte de l'acte adopté (110).

34. Origine (comitologie). La catégorie des actes délégués est empruntée au projet constitutionnel. Si le traité de Lisbonne la consacre pour la première fois en toutes lettres, elle existait cependant d'ores et déjà en pratique, la jurisprudence admettant, dans certains cas, qu'un acte d'exécution complète, voire supprime certains éléments non essentiels d'un acte de base (111). Suite à l'échec du projet de constitution européenne, cette catégorie avait du reste été «partiellement anticipée» (112) par la décision «comitologie» du Conseil du 17 juillet 2006. Afin d'en mesurer la portée, cette précision impose d'explicitier au préalable la notion de «comitologie».

La «comitologie» désigne «la pratique institutionnelle impliquant des représentants des Etats membres, des experts scientifiques, ou des représentants des milieux économiques et professionnels, pour gérer, réglementer ou donner un avis sur une compétence exécutive de la Commission, qu'elle soit propre ou déléguée par le Conseil» (113). Elle puise son fondement dans l'ex-article 202 TCE (ex-article 145 CEE), qui, depuis l'Acte unique européen de 1986, est libellé de la manière suivante : «(...) le Conseil (...) confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution. Les modalités visées ci-dessus doivent répondre aux principes et règles que le Conseil, statuant à l'unanimité sur propo-

(110) En ce sens : J. ZILLER, *Les nouveaux traités européens : Lisbonne et après*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 98.

(111) Cf. *supra*, n° 24.

(112) Pour reprendre les termes de M. Dony (*op. cit.*, pp. 198 et 199).

(113) F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 364. De manière générale, la «comitologie» a permis d'instaurer un dialogue entre l'exécutif européen et les administrations nationales, présentant des avantages évidents tant pour la Commission que pour les Etats membres. D'un côté, l'exécutif se dote d'une expertise scientifique et technique indispensable pour l'exécution de ses tâches; de l'autre, en étant composés de fonctionnaires nationaux, ces comités contrôlent le travail de la Commission. Enfin, ces comités aident également la Commission à mieux concevoir les normes techniques que les fonctionnaires nationaux devront appliquer par la suite.

sition de la Commission et après avis du Parlement européen, aura préalablement établis».

Les règles et principes visés à la fin de la disposition précitée, fixant les modalités du pouvoir d'exécution (114), ont d'abord été édictés dans une décision du Conseil du 13 juillet 1987 (première décision «comitologie»). Cette décision a par la suite été remplacée par la décision du 17 juillet 1999 (deuxième décision «comitologie»), qui a elle-même été modifiée par la décision du 17 juillet 2006 justifiant les présentes explications (115).

De la manière dont elle est mise en place par les décisions précitées, la comitologie comprend quatre types de comités : les comités consultatifs, les comités de gestion, les comités de réglementation et les comités de réglementation avec contrôle. Ces derniers comités procèdent de la décision du 17 juillet 2006 – nous y revoilà –, et répondent à une revendication du Parlement européen. Le Parlement contestait en effet le fait que la procédure de comitologie puisse être, et soit couramment utilisée, pour modifier des dispositions non essentielles d'une acte adopté en codécision (116), tout en étant, en ce qui le concerne, tenu à l'écart de cette procédure. La décision du 17 juillet 2006 remédie à cette lacune, en réservant dorénavant aux deux branches du pouvoir législatif (Conseil, comme Parlement) la possibilité de s'opposer à des mesures d'exécution de cette nature. Autrement dit, elle permet au Parlement et au Conseil d'effectuer un contrôle préalable à l'adoption de mesures

(114) Pour rappel, l'étendue de ce pouvoir d'exécution était déterminée, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, par la jurisprudence (*cf. supra*, n° 24).

(115) Décision du Conseil 1999/468/CE du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.*, n° L 184, 17 juillet 1999, p. 4; Décision du Conseil n° 2006/512/CE du 17 juillet 2006 modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités d'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.*, n° L 200, 22 juillet 2006. Voy. les analyses doctrinales suivantes : C. JOERGES et E. VOS, *EU Committees*, Oxford, Hart, 1999, p. 410; T. CHRISTIANSEN et E. KIRCHNER, *Committee Governance in the EU*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 170; M. ANDENAS et A. TÜRK, *Delegated Legislation and the Role of Committees in the European Community*, La Haye, Kluwer Law Intl, 2000, p. 428; G. ROLLER, «Komitologie und Demokratieprinzip», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2003/3, pp. 249-278; C.F. BERGSTRÖM, *Comitology*, Oxford, OUP, 2005, p. 391; N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, U.L.B., 2010, pp. 135 à 137; M. DONY, *op. cit.*, pp. 202 à 205.

(116) Par exemple, la modification du champ d'application de l'acte en raison de l'ajout de nouvelles annexes.

de portée générale ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels d'un acte de base (117).

Compte tenu des garanties qu'il instaure par ailleurs au profit du Parlement européen et du Conseil (118), l'article 290 TFUE ne prévoit cependant pas, pour les actes délégués, l'intervention d'un comité composé de représentants des Etats membres. La procédure que l'on vient d'évoquer était par conséquent amenée à être revue. C'est aujourd'hui le règlement du Parlement européen et du Conseil n° 182/2011 du 16 février 2011 qui configure la comitologie. Il s'applique uniquement aux actes d'exécution adoptés par la Commission (119).

35. Compétence. En vertu de l'article 291 TFUE, l'auteur d'un acte délégué est nécessairement la *Commission*. Pas question donc pour le Conseil d'exercer lui-même un pouvoir délégué.

36. Etendue de la compétence. L'objet d'un acte délégué, de portée générale, est tantôt de *compléter* l'acte législatif, en précisant certains éléments techniques, tantôt de *modifier des éléments non essentiels de l'acte législatif* lui-même (art. 291, §1, al. 1, TFUE).

La notion d'«*éléments non essentiels de l'acte législatif*», susceptibles d'être complétés ou modifiés par un acte délégué, peut être précisée à la lumière de la jurisprudence passée de la Cour de justice. Dès l'arrêt *Köster* précité du 17 décembre 1970, la Cour de Justice a en effet considéré que les actes de base doivent contenir les «*éléments essentiels de la matière à régler*». Tel est également l'enseignement qui se dégage d'un arrêt de 2005, d'après lequel «*un acte adopté par le législateur communautaire sur le fondement de l'article 95 CE, conformément à la procédure de codécision visée à*

(117) Voy. le cons. *7bis* de la décision du 28 juin 1999, telle que modifiée par celle du 17 juillet 2006 : «*Il est nécessaire de recourir à la procédure de réglementation avec contrôle pour les mesures de portée générale ayant pour objet de modifier des éléments non essentiels d'un acte adopté selon la procédure visée à l'article 251 du traité, y compris en supprimant certains de ces éléments ou en le complétant par l'ajout de nouveaux éléments non essentiels. Cette procédure doit permettre aux deux branches de l'autorité législative d'effectuer un contrôle préalable à l'adoption de telles mesures. Les éléments essentiels d'un acte législatif ne peuvent être modifiés que par le législateur sur la base du traité*». Voy. également l'article 2, §2, de la décision précitée, et l'article *5bis*. Sur la portée de cette procédure, voy. K. CAUNES, «*Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image ...*», *R.T.D.E.*, vol. 43, n° 2, 2007, pp. 297-346; M. SZAPIRO, «*Comitologie : rétrospective et prospective après la réforme de 2006*», *R.D.U.E.*, 3/2006, pp. 554-585. La première opposition de la part du Conseil à l'encontre d'un projet de mesures adoptées par un comité de ce type a eu lieu le 23 juillet 2008 en matière de protection des eaux.

(118) *Cf. infra*, n° 37.

(119) Voy., à cet égard, *infra*, n° 43.

l'article 251 CE, peut se limiter à définir les dispositions essentielles en vue de la réalisation des objectifs liés à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur dans le domaine concerné, tout en conférant à la Commission le pouvoir d'adopter les mesures d'harmonisation que nécessite l'exécution de l'acte législatif en cause» (120). La jurisprudence de la Cour fournit par ailleurs un certain nombre d'indications de nature à établir la ligne de démarcation entre ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas. Dans ses conclusions précédents l'arrêt de 2005 précité, l'avocat général J. Kokott rappelle à cet égard que «la Cour de justice interprète de manière très restrictive la notion d'éléments essentiels de la matière à régler' et qu'elle n'y inclut que les dispositions qui ont pour objet de traduire *les orientations fondamentales de la politique communautaire*. En conséquence, selon une jurisprudence constante, elle interprète de manière très large la notion d'exécution' et elle permet ainsi au Conseil de déléguer à la Commission des pouvoirs larges» (121).

Sur des points non essentiels, seul un acte délégué – par opposition à un acte d'exécution – peut *modifier* un acte législatif.

Quant à la possibilité pour un acte délégué de *compléter* les éléments non essentiels d'un acte législatif, elle se différencie, en tout cas sur le plan des principes, de l'objet dévolu à un acte d'exécu-

(120) C.J.C.E., 6 décembre 2005, *R.U. c/ Commission*, aff. C-66/04, point 50; c'est nous qui soulignons. En l'espèce, un recours en annulation avait été introduit à l'encontre d'un règlement européen qui, en matière de santé publique et sur la base de l'ancien article 95 TCE, habilitait la Commission à établir une liste de substances autorisées dans la Communauté.

(121) Conclusions de l'avocat général J. Kokott du 8 septembre 2005, précédant l'arrêt du 6 décembre 2005, *R.U. c/ Commission*, aff. C-66/04, point 52; c'est nous qui soulignons. Pour des exemples d'actes dont la qualification de «mesures d'exécution» a été confirmée par la jurisprudence communautaire, cf. A. MASSON, *op. cit.*, pp. 163, 165 et 166. Voy. par ailleurs, en matière d'agriculture, outre l'arrêt *Köster* précité, les arrêts suivants qui attestent du fait que la C.J.C.E. a toujours accepté de très larges «délégations»: C.J.C.E., 30 octobre 1975, *Rey Soda c. Cassa Conguaglio Zuccheri*, aff. 23/75; C.J.C.E., 21 mai 1987, *Rau c. BALM*, aff. 133 à 136/85, point 31; C.J.C.E., 16 juin 1987, *Romkes c. Officier van Justitie*, aff. 46/86, point 16; C.J.C.E., 10 mai 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. 417/93, point 30. Large, le pouvoir de «délégation» n'est pas pour autant absolu. La C.J.C.E. a ainsi reconnu la violation des éléments essentiels d'une directive sur les produits phytopharmaceutiques dans son arrêt du 18 juin 1996, *Parlement c. Conseil*, aff. C-303/94. Hors domaine agriculture, on mentionnera encore l'enseignement de l'arrêt de la Cour du 5 juillet 1988, *Central-Import Münster c. Hauptzollamt Münster*, selon lequel «les dispositions d'exécution des règlements de base peuvent être arrêtées soit par le conseil lui-même, soit par la commission en vertu d'une habilitation conforme à l'article 155 (voir arrêt du 17 décembre 1970, *Köster*, 25/70, *Rec.* p. 1161), étant entendu que «pour qu'une telle habilitation soit valable, elle doit être suffisamment précise, en ce sens que le conseil doit indiquer clairement les limites de la compétence conférée à la commission».

tion (122). Il s'agit, non pas, comme on le verra, de détailler un acte législatif, mais d'ajouter à son contenu.

Tout en précisant qu'il s'agit d'un document non contraignant (123), on ne peut manquer, à ce sujet, de mentionner la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de l'article 290 TFUE. La Commission y précise «que pour déterminer si une mesure 'complète' l'acte de base, le législateur devrait évaluer si la future mesure ajoute concrètement de nouvelles normes non essentielles qui changent le cadre de l'acte législatif, en laissant une marge d'appréciation à la Commission. Dans l'affirmative, il pourrait être considéré que la mesure 'complète' l'acte de base. À l'inverse, des mesures qui ne visent qu'à donner effet aux règles existantes de l'acte de base ne devraient pas être considérées comme des mesures complémentaires» (124).

Selon certains auteurs, dont nous rejoignons le propos, la consécration des actes délégués signe «une évolution vers une conception stricte de l'exécution qui consiste en la stricte application de l'acte législatif» (125). Il appartiendra, en définitive, à la jurisprudence de fixer les contours respectifs des actes délégués et des actes d'exécution.

On rappelle enfin que, dans la mesure où ils peuvent modifier ou compléter un acte législatif, les actes délégués présentent une portée législative, quand bien même ils ne sont pas formellement législatifs (126). Sous l'angle de la hiérarchie des normes, ils sont, en termes de contenu, destinés à se hisser au rang des actes législatifs (127).

Si, à notre connaissance, le J.O.U.E. ne fournit pas, à ce jour, d'exemples d'actes délégués portant expressément ce nom, comme l'exige l'article 290, §3, TFUE, on peut cependant songer, pour illustrer cette catégorie d'actes, à la directive 2010/17/UE de la Commission du 9 mars 2010 modifiant la directive 91/414/

(122) Compar. E. BROSSET, *op. cit.*, p. 130 («compléter n'est-ce pas en définitive exécuter?»); R. MEHDI et F. PICOD, «Article I-33», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, sous la direction de L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 453 («on ne peut qu'être frappé par le caractère redondant des règlements délégués par rapport aux actes d'exécution»); R. MEHDI, *op. cit.*, p. 452; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 468, n° 763 («tout acte d'exécution vient en quelque sorte compléter l'acte législatif puisqu'il en précise les modalités d'application»).

(123) *Cf. infra*, le chapitre IV sur le *soft law* européen.

(124) Com/2009/673final.

(125) L. GUILLOUD, *op. cit.*, p. 17.

(126) En ce sens : L. GUILLOUD, *op. cit.*, p. 16.

(127) *Cf. supra*, n° 33.

CEE sur les produits phytopharmaceutiques du Conseil en vue d'y inscrire une substance active.

37. Garanties. La délégation est encadrée par plusieurs garanties, intervenant, ou susceptibles d'intervenir, à deux moments différents.

Au moment de l'octroi de la délégation, les actes législatifs doivent délimiter «explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir», étant entendu – rappelons-le – que «les éléments essentiels d'un domaine sont réservés à l'acte législatif et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir» (art. 290, §1, TFUE).

Pour la durée de la délégation, le Parlement européen et le Conseil peuvent notamment se ménager, dans l'acte législatif, deux instruments de contrôle distincts :

- (1) un droit de révocation, en vertu duquel le Parlement européen (à la majorité de ses membres) ou le Conseil (à la majorité qualifiée) peuvent décider, à tout moment de la délégation, de révoquer celle-ci (art. 290, §2, a), TFUE, *juncto* art. 290, §2, *in fine*, TFUE).
- (2) un droit d'objection (128), qui permet au Parlement européen (à la majorité de ses membres) ou au Conseil (à la majorité qualifiée) de s'opposer à l'entrée en vigueur de l'acte délégué (art. 290, §2, b), TFUE, *juncto* art. 290, §2, *in fine*, TFUE).

Comme le note M. Dony, le fait que le Parlement européen puisse exercer ces deux instruments de contrôle de manière autonome «renforce sensiblement les pouvoirs du Parlement européen sur la Commission» (129). Le propos vaut, tout d'abord, par rapport à la procédure de réglementation avec contrôle organisée par l'article 5*bis* de la décision «comitologie» du 28 juin 1999, modifiée par celle du 17 juillet 2006 (130). En effet, cette procédure place les deux branches du pouvoir législatif sur un pied d'égalité uniquement lorsque les mesures envisagées par la Commission sont conformes à l'avis du Comité. Dans ce cas, ils disposent tous deux, dans les trois hypothèses visées par l'article 5*bis*, §3, b), de la décision

(128) Egalement qualifié par la doctrine de droit d'évocation (F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 363).

(129) M. DONY, *op. cit.*, p. 198.

(130) *Cf. supra*, n° 34.

«comitologie» précitée et aux conditions fixées par celle-ci, de la possibilité de s'opposer au projet de mesures présenté par la Commission. En revanche, lorsque les mesures envisagées par la Commission ne sont pas conformes à l'avis du Comité ou en l'absence d'avis, les deux branches du pouvoir législatif ne sont pas appelées à intervenir de manière simultanée. Ce n'est que si le Conseil ne s'est pas opposé aux mesures proposées par la Commission – dans l'hypothèse inverse, celles-ci ne sont pas adoptées – que le Parlement peut à son tour s'opposer à ces mesures, mais uniquement pour une des trois raisons explicitées à l'article 5*bis*, §4, de la décision comitologie. Le propos de M. Dony, reproduit ci-dessus, se comprend également par contraste avec l'article 291 TFUE, dans la mesure où le Parlement dispose potentiellement, dans le cadre des actes délégués, d'un pouvoir de veto qu'il ne possède pas à l'égard des actes d'exécution régis par l'article 291 TFUE (131).

Les conditions fixées par l'article 290, §2, TFUE n'étant pas exhaustives (132), l'acte législatif pourrait le cas échéant énumérer d'autres conditions de validité à l'intention de l'acte délégué, comme, par exemple, «une clause de suspension (sunset clause) selon laquelle les dispositions de l'acte délégué auraient une durée limitée, l'habilitation devant être renouvelée par le législateur une fois un certain délai passé» (133).

Commentant les garanties contenues à l'actuel article 290 TFUE, A. Masson constate qu'elles «s'inscri(vent) fort logiquement dans le développement du droit communautaire, qui tend à encadrer fortement chacune des politiques prévues par le traité». L'auteur ajoute que «cette solution a (...) le mérite de clarifier et donc de simplifier, les conditions de validité d'une délégation. Cependant, elle n'en pose pas moins des conditions d'application de la délégation plus rigoureuses, qui risquent d'en réduire la portée» (134).

(131) Enfin, à supposer qu'ils soient prévus par l'acte législatif, les deux instruments de contrôle évoqués offriraient au Parlement, dans le cadre d'une procédure législative spéciale l'autorisant uniquement à donner son avis au Conseil, la possibilité de bloquer, au niveau de l'acte délégué, ce que le Conseil serait parvenu à faire par le biais d'un acte législatif. L'hypothèse évoquée apparaît cependant peu probable.

(132) En ce sens : A. MASSON, *op. cit.*, p. 169, note 39.

(133) F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 363 (hypothèse à ne pas confondre avec la durée de la délégation de pouvoir dont il est question à l'article 290, §1, TFUE). Voy. par ailleurs la résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur le pouvoir de délégation législative, spéc. §§1 à 9 (INI/2010/2021).

(134) A. MASSON, *op. cit.*, p. 8.

38. Droits nationaux. Plusieurs Etats membres connaissent un mécanisme similaire à celui des actes délégués. L'on songe notamment à l'article 105 de la Constitution belge, selon lequel «le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières prises en vertu de la Constitution même». On admet aujourd'hui que cette disposition permette au législateur d'habiliter le Roi à exercer un pouvoir réglementaire, dit d'attribution, qui excède celui qu'il détient en vertu de l'article 108 de la Constitution (135). Ainsi compris, l'article 105 de la Constitution sert notamment de base aux lois de pouvoirs spéciaux. Les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux adoptés, durant une période limitée, en vertu d'une loi d'habilitation ou de délégation présentent la particularité de pouvoir modifier, abroger ou compléter des normes de rang législatif. A la différence, cependant, des actes délégués de l'article 290 TFUE, la technique des pouvoirs spéciaux ne constitue pas un instrument de législation ordinaire (elle requiert des circonstances exceptionnelles ou des circonstances de crise), et les arrêtés de pouvoirs spéciaux doivent en principe être confirmés au terme de la période de pouvoirs spéciaux, étant entendu qu'ils ne se limitent pas à pouvoir modifier des éléments législatifs non essentiels (136).

On songe encore à l'article 38 de la Constitution française, qui permet au gouvernement de «demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi» (137). Contrairement aux ordonnances de l'article 38, les actes délégués de la Commission sont limités aux éléments non essentiels de la législation européenne (138), et ne doivent pas faire l'objet d'une ratification, qui – soulignons-le en passant – leur permettrait de basculer dans les actes législatifs (139). Par ailleurs, et à la différence de l'article 38 précité, l'habilitation revêt un caractère réversible (140).

(135) En ce sens : Cass., 3 mai 1974, arrêt *Le Compte, J.T.*, 1974, p. 504.

(136) Sur la portée des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, voy. notamment l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat des 31 mai et 4 juin 1996, *Doc. parl.*, Ch., 1995-1996, n° 607/1, pp. 54 à 59.

(137) Pour un commentaire de cette disposition, voy. notamment : C. BOYER-MERENTIER, «Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes. Propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la sécurité sociale», *R.F.D.A.*, n° 5, 1998, pp. 924-940.

(138) F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 363; E. BROSSET, *op. cit.*, pp. 130 et 131.

(139) L. GUILLOUD, *op. cit.*, p. 16.

(140) R. MEDHI, *op. cit.*, p. 452.

2.3. *Les actes d'exécution (art. 291 TFUE)*

Article 291

1. Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en oeuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union.

2. Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil.

3. Aux fins du paragraphe 2, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent au préalable les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

4. Le mot «d'exécution» est inséré dans l'intitulé des actes d'exécution.

39. Définition. Les actes d'exécution sont des actes à portée générale (règlement, directive ou décision) ou individuelle (décision) qui sont adoptés par les États ou, lorsqu'une exécution uniforme s'avère nécessaire, par la Commission (voire le Conseil), et qui sont destinés à mettre «en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union».

Pendant de l'article 290, §3, pour les actes délégués, l'article 291, §4, TFUE requiert la mention des termes «d'exécution» dans l'intitulé de ces actes.

40. Origine. L'article 291 TFUE s'inscrit dans le droit fil de la deuxième décision «comitologie» du 28 juin 1999, que l'on a été amené à évoquer dans le cadre des actes délégués (141). La décision précitée prévoit le recours «à la procédure de réglementation pour les mesures de portée générale ayant pour objet de mettre en application les éléments essentiels d'actes de base (...), ainsi que pour les mesures ayant pour objet d'adapter ou de mettre à jour certaines dispositions non essentielles d'un acte de base» (142).

Par rapport à la procédure de réglementation avec contrôle introduite par la décision du 17 juillet 2006 (143), le Conseil, et surtout le Parlement européen, disposent de pouvoirs plus limités dans le

(141) *Cf. supra*, n° 34.

(142) Décision précitée du Conseil du 28 juin 1999, cons. 7. Voy. également l'article 2, §1^{er}, b), de cette décision, et l'article 5.

(143) *Cf. supra*, n° 34.

cadre de la procédure de réglementation régie par l'article 5 de la décision du 28 juin 1999. Ce n'est que si les mesures proposées par la Commission ne sont pas conformes à l'avis du Comité, ou en l'absence d'avis, que le Conseil est saisi par la Commission d'une proposition relative aux mesures à prendre, à laquelle il peut, le cas échéant, s'opposer. Quant au Parlement européen, il est informé par la Commission de la proposition transmise au Conseil. Si les mesures projetées mettent en œuvre un acte de base adopté en codécision et que le Parlement estime qu'elles excèdent les compétences d'exécution prévues dans cet acte de base, le Parlement peut en informer le Conseil, qui, le cas échéant, tiendra compte de cette position pour s'opposer aux mesures projetées.

41. Compétence de principe. Conformément à l'article 291, §1^{er}, TFUE, «les *Etats membres* prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires (en ce compris des décisions individuelles) pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union».

En confiant cette compétence aux Etats, l'article 291, §1, TFUE entérine une jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle «conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les Etats membres, il appartient aux Etats membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires, l'exécution des réglementations communautaires» (144).

A défaut pour l'Union européenne de bénéficier de sa propre administration au sein des différents Etats membres, il revient en effet aux administrations nationales de mettre en œuvre le droit européen. Cette solution est conforme à l'article 1^{er}, alinéa 1, TUE qui requiert que les décisions soient «prises (...) le plus près possibles des citoyens», et qui reçoit sa concrétisation à l'article 5, §3, TUE, consacrant le principe de subsidiarité.

42. Compétence subsidiaire. En revanche, «lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la *Commission* ou, dans des cas spécifiques dûment

(144) C.J.C.E., 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, 205 à 215/82, point 17.

justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne au *Conseil*» (art. 291, §2, TFUE).

De telles mesures d'exécution uniformes sont par exemple requises pour «éviter (...) des distorsions de concurrence ou des discriminations entre les ressortissants européens. Les traités prévoient ainsi l'attribution de compétences d'exécution à la Commission ou au Conseil, dans des cas limités dûment justifiés, en particulier dans le domaine de la PESC» (145).

Dans la pratique, on observera que la Commission exerce un très grand nombre de compétences d'exécution. Les exemples qui suivent, bien qu'ils ne soient pas estampillés «règlement d'exécution» conformément à ce qu'exige désormais l'article 291, §4, TFUE, soulignent l'hétérogénéité des matières dans lesquelles la Commission intervient dans le cadre de son pouvoir d'exécution :

- Règlement n° 1122/2010 de la Commission du 2 décembre 2010 portant enregistrement d'une dénomination au registre des appellations d'origine protégées et des indications géographiques protégées;
- Règlement de la Commission de novembre et décembre 2010 interdisant la pêche de certaines espèces de poisson dans des zone déterminées par les navires battant pavillon d'un Etat membre;
- Règlement de la Commission de décembre 2010 portant modalités d'application du régime des certificats d'exportation dans certains secteurs agricoles;
- Règlement n° 1155/2010 de la Commission du 1^{er} décembre 2010 relatif au classement de certaines marchandises dans la nomenclature combinée;
- Règlement de la Commission de décembre 2010 concernant l'autorisation d'une substance en tant qu'additif dans l'alimentation.

Il arrive que le Conseil adopte des règlements d'exécution, notamment sur la base du règlement (CE) 1225/2009 qu'il a adopté le 30 novembre 2009 et qui a trait à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne.

Derniers exemples en date issus respectivement du J.O.U.E. du 1^{er} décembre 2010 et de celui du 5 février 2011 : règlement d'exécution (UE) (cette fois-ci le terme "exécution" est expressément mentionné) n° 1105/2010 du Conseil du 29 novembre 2010 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire sur les importations de fils de polyesters à haute ténacité originaires de la République populaire de Chine et clôturant la procédure concernant les importations de fils de polyesters à haute ténacité en provenance de la République de Corée et de Taïwan; décision d'exécution 2011/79/PESC du Conseil du 4 février 2011 mettant en œuvre la décision 2011/72/PESC concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités au regard de la situation en Tunisie.

En désignant la Commission comme principale détentrice du pouvoir d'exécution pour les cas où le droit européen exige des mesures

(145) F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 364.

uniformes, le traité de Lisbonne rompt avec le droit primaire antérieur, en vertu duquel le titulaire des compétences d'exécution demeurait le Conseil, et ce, quand bien même ce dernier était largement tenu de déléguer sa compétence à la Commission. L'article 202 TCE, évoqué plus haut (146), disposait en effet que «le Conseil (...) confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit» et «peut se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution».

Il s'aligne, ce faisant, sur l'interprétation jurisprudentielle de cette disposition : «Ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 24 octobre 1989, *Commission/Conseil* (16/88, *Rec.* p. 3457, point 10), depuis les modifications apportées par l'Acte unique européen à l'article 145 du traité CE (devenu article 202 CE), le Conseil ne peut se réserver d'exercer directement des compétences d'exécution que dans des cas spécifiques, décision qu'il doit motiver de façon circonstanciée. Cela signifie que le Conseil est tenu de dûment justifier, en fonction de la nature et du contenu de l'acte de base à mettre en œuvre ou à modifier, une exception à la règle selon laquelle, dans le système du traité, lorsqu'il y a lieu de prendre, au niveau communautaire, des mesures d'exécution d'un acte de base, c'est à la Commission qu'il incombe normalement d'exercer cette compétence» (147).

43. Comitologie (148). Dans le prolongement immédiat de l'article 291, §2, l'article 291, §3, TFUE confie au Parlement européen et au Conseil le soin d'établir «au préalable les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission».

Cette disposition renvoie à la «comitologie» et s'inspire de l'article 202 TCE précité (149), tout en lui apportant les modifications suivantes : le soin de fixer les principes et règles de la comitologie revient désormais au Conseil *et au Parlement européen* appelés à statuer conformément à la procédure législative ordinaire; l'éta-

(146) *Cf. supra*, n° 34.

(147) C.J.C.E., 18 janvier 2005, *Commission c. Conseil*, C-257/01, points 50 et 51.

(148) *Cf. supra*, nos 34 et 40.

(149) «Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences (d'exécution par la Commission) à certaines modalités (...) répond(ant) aux principes et règles que le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après avis du Parlement européen, aura préalablement établis». *Cf. supra*, nos 34 et 42.

blissement de ces règles et principes devient une obligation, et non plus une simple faculté; le but de la comitologie est dorénavant explicité dans le traité : permettre le contrôle, par les États membres, de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (150).

Comme le rappelait encore récemment la Commission, l'idée sous-jacente à cette procédure est la suivante : «les États membres sont naturellement responsables de l'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union européenne. Toutefois, si ces actes de base exigent des conditions d'exécution uniformes, il incombe à la Commission d'exercer les compétences d'exécution. Il revient donc aux États membres de contrôler l'exercice de ces compétences d'exécution par la Commission» (151), et ce, par l'intermédiaire de Comités composés de représentants desdits États membres.

Telle qu'elle était configurée avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (152), la procédure de comitologie était amenée à disparaître au profit du règlement visé à l'article 291, §3, TFUE (153). Le dossier s'annonçait éminemment délicat, dans la mesure où la Commission interprétait l'article 291, §3, TFUE – et plus précisément la fin de cette disposition – comme excluant de cette procédure le Conseil et *a fortiori* le Parlement européen. La proposition de règlement rédigée par la Commission revenait donc, en quelque sorte, à demander aux Parlement et au Conseil de se faire «Hara-Kiri» (154).

En date du 16 décembre 2010, après neuf mois de négociations, le Parlement européen a cependant confirmé au Conseil son accord, moyennant plusieurs amendements, sur le nouveau règlement

(150) M. DONY, *op. cit.*, p. 202. E. Brosset souligne pour sa part «l'ambiguïté de la formule retenue qui évoque un contrôle par les États membres alors même que les comités, s'ils représentent les États membres, se sont depuis longtemps imposés comme organes communautaires» (*op. cit.*, pp. 121 et 122, note 328).

(151) Proposition de la Commission du 9 mars 2010 de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (COM(2010) 83 final).

(152) *Cf. supra*, n° 34.

(153) Ce règlement doit notamment tenir compte de l'article 290 TFUE, qui ne soumet pas à une procédure de comitologie les actes délégués *Cf. infra*, n° 34.

(154) Voy. la proposition du 9 mars 2010 de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, COM 2010/0083 final. Pour un commentaire de cette proposition, voy. : J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, pp. 465 et 466, n°s 760 à 762.

«comitologie» (155). Adopté par le Parlement européen et le Conseil le 16 janvier 2011, il est entré en vigueur le 11 mars (156).

Le nouveau régime de comitologie ne prévoit plus que deux procédures : une procédure consultative et une procédure d'examen. Cette dernière s'applique seulement en cas d'adoption d'actes d'exécution de portée générale, ainsi qu'aux actes d'exécution adoptés par la Commission dans le cadre, notamment, de la PAC et de la politique de la pêche, l'environnement, et les mesures de protection des plantes et des animaux, les mesures de protection commerciale. Toujours dans le cadre de la procédure d'examen, seul un vote à majorité qualifiée à l'encontre du projet de la Commission peut mettre en échec ce dernier; on a vu dans le passé toute la difficulté rencontrée par les comités de réglementation pour réunir un tel quorum. Par ailleurs, l'absence d'avis de la part des comités n'est en principe plus susceptible de mettre en échec les projets de mesures de la Commission (157). Enfin, à la différence du précédent régime de comitologie, le Conseil n'intervient plus dans le contrôle des procédures de réglementation (rebaptisées «procédures d'examen» par le règlement) (158). Ce changement à tout le moins radical revient assurément à affaiblir le contrôle exercé par les Etats membres par l'entremise du Conseil. Compte tenu de ce qui précède, on ne peut exclure, à l'avenir, de voir la catégorie des actes d'exécution se réduire au profit des actes délégués, qui, pour leur part, permettent aux deux branches du pouvoir législatif de se réserver d'importants instruments de contrôle.

(155) Voy. la position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 décembre 2010 en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, COD 2010/0051.

(156) Règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *J.O.U.E.*, L55, 28 février 2011, pp. 13 et s.

(157) Voy. cependant la possibilité consacrée par l'article 5, §4, al. 2, du Parlement précité, de saisir dans certains cas un comité d'appel, conformément à la procédure décrite à l'article 6 de cette même position.

(158) Le Conseil, tout comme le Parlement européen, disposent cependant d'un «droit de regard» «lorsqu'un acte de base est adopté selon la procédure législative ordinaire». Dans cette hypothèse, «le Parlement européen ou le Conseil peut» en effet «à tout moment indiquer à la Commission que, selon lui, un projet d'acte d'exécution excède les compétences d'exécution prévues dans l'acte de base. En pareil cas, la Commission réexamine le projet d'acte d'exécution, en tenant compte des positions exprimées, et informe le Parlement européen et le Conseil de son intention de maintenir, modifier ou retirer le projet d'acte d'exécution» (art. 11 du règlement précité).

D'un point de vue hiérarchique, le règlement prévu à l'article 291, §3, occupe un rang «supra-législatif», à l'instar des précédentes décisions «comitologie». A l'occasion d'un recours en annulation introduit à l'encontre de la deuxième décision «comitologie» du 17 juillet 1999, la Cour a en effet reconnu le caractère «supra-législatif» accordé par le traité aux décisions adoptées en vertu de l'ex-article 202 TCE (159). Jugé, dans un arrêt du 21 janvier 2003, qu'«il résulte de l'article 202, troisième tiret, CE, sur le fondement duquel a été adoptée la seconde décision comitologie, que le Conseil est habilité à établir des principes et des règles auxquelles doivent répondre les modalités d'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission. Ces principes et ces règles doivent donc être respectés lors de l'adoption des actes conférant des compétences d'exécution à la Commission et il y a lieu de considérer que l'article 202 CE se réfère à cet égard aussi bien aux actes adoptés par le Conseil seul qu'aux actes adoptés par ce dernier en codécision avec le Parlement (voir, en ce sens, arrêt du 2 octobre 1997, Parlement/Conseil, C259/95, *Rec.* p. I-5303, point 26)» (160). Comme le précise J.-P. Jacqué, «cette interprétation résulte de l'emploi des termes 'préalablement établis' par l'article 202. Une telle rédaction implique que toute procédure comitologique insérée dans un acte doit avoir été établie préalablement à l'adoption de cet acte» (161).

44. Etendue de la compétence. Les actes d'exécution sont destinés à mettre en œuvre «des actes juridiquement contraignants de l'Union».

Les «*actes juridiques contraignants*» s'identifient, à notre estime, aux actes législatifs, mais également aux actes délégués (162), voire aux actes non législatifs adoptés directement sur la base du traité (163). On signale que, dans l'hypothèse où un acte d'exécution serait adopté en vertu d'un acte délégué ou d'un acte adopté directement en vertu du traité, la distinction entre actes législatif et non législatif se révélerait inopérante sous l'angle de la hiérarchie

(159) Voy. en ce sens : J.-V. LOUIS et Th. RONSE, *op. cit.*, p. 197 ; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 463, n° 755.

(160) C.J.C.E., 21 janvier 2003, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-378/00, point 41.

(161) J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 463, n° 754.

(162) J.-Cl. GAUTRON, *op. cit.*, p. 169.

(163) Sur ces deux dernières catégories, *cf. supra*.

des normes, les deux actes en présence étant tous deux des actes non législatifs.

Par «*mise en œuvre*», il faut comprendre l'explicitation ou le détail des mesures consignées dans un acte juridique contraignant. A cet égard, on peut utilement effectuer un parallèle avec l'article 108 de la Constitution belge, en vertu duquel «le Roi fait les règlements et les arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution». Il s'agit du pouvoir réglementaire d'exécution, également qualifié de pouvoir réglementaire dérivé. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il appartient au Roi «de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit» (164). Autrement dit, le Roi peut seulement expliciter la loi en question, et non la compléter ou la modifier; «il doit s'abstenir d'étendre ou de restreindre la portée de la loi» (165); «il n'a pas (...) le pouvoir de limiter la portée (des) dispositions (législatives exhaustives), de les compléter, de les préciser ou de les corriger» (166).

Enfin, et comme le précise B. Dubey, «la notion d'exécution comprend tout à la fois l'élaboration de règles d'application (exécution normative) et l'application de règles à des cas particuliers, par le biais d'actes ayant une portée individuelle (exécution administrative au sens étroit)» (167).

3. *La portée du principe hiérarchique induit de la distinction entre actes législatifs et non législatifs*

45. En inscrivant dans le marbre du droit primaire la distinction entre actes législatifs et non législatifs, le traité de Lisbonne a-t-il contribué à clarifier la hiérarchie des actes de droit dérivé? Plus fondamentalement, cette distinction est-elle amenée à remplacer celle entre actes de base et actes d'exécution, entérinée par l'arrêt

(164) Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, pp. 25 à 27.

(165) P. NIHOUL, «Commentaire de l'article 108 de la Constitution», *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, sous la direction de M. Verdussen, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 256.

(166) P. NIHOUL, *ibidem*, p. 257.

(167) B. DUBEY, «Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe», *C.D.E.*, 2003, pp. 104 et 105.

Köster rendu par la Cour de justice au début des années septante (168)?

La doctrine semble répondre à cette question par l'affirmative (169). On souscrit à ce point de vue (170), sous réserve, cependant, des nuances suivantes.

Premièrement, si la distinction entre actes législatifs et non législatifs rend compte, d'un point de vue hiérarchique, de la plupart des cas de figure susceptibles de se présenter, elle ne les couvre pas tous. Ainsi, les actes d'exécution sont en principe soumis au respect des actes législatifs qu'ils mettent en œuvre, mais rien n'empêche *a priori* qu'un acte d'exécution soit pris en vertu d'un acte délégué ou d'un acte non législatif appliquant directement le traité, c'est-à-dire en vertu d'actes non législatifs. Dans cette hypothèse, la distinction entre actes législatifs et non législatifs ne permet pas d'exprimer le lien hiérarchique à observer entre ces deux types d'actes. Il faut se tourner vers la distinction de la jurisprudence *Köster* entre actes de base et actes d'exécution (sens large) (171).

Deuxièmement, il n'est pas certain que la distinction entre actes législatifs et non législatifs soit nécessairement appelée, dans chaque cas de figure, à être traduite en termes hiérarchiques.

Ainsi, les vingt-sept Etats parties au traité de Lisbonne ont-ils réellement souhaité établir un rapport de subordination entre les actes législatifs et les actes non législatifs adoptés directement en

(168) Cf. *supra*, n° 24.

(169) Voy. en tout cas en ce sens : E. BROSSET, *op. cit.*, not. p. 117 (« Au vu de la prégnance de l'indistinction entre les actes, le traité de Lisbonne permet certainement de franchir un cap dans le sens de la hiérarchie des actes de droit dérivé »); J.-C. GAUTRON, *op. cit.*, p. 176 (après avoir rappelé la hiérarchie existante entre actes généraux et actes individuels, et entre règlements de base et règlements d'exécution, l'auteur écrit que « le traité de Lisbonne introduit une distinction, et donc une hiérarchie, entre actes législatifs et actes non législatifs »); L. GULLAUD, *op. cit.*, p. 13 (« L'apport du traité de Lisbonne concerne essentiellement la hiérarchie au sein des sources dérivées. Il distingue en effet les actes législatifs des actes non législatifs »); F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITSKY, *op. cit.*, p. 362, « article 289 » (« Cette distinction entre un domaine législatif et un domaine non législatif est inédit au niveau de l'Union, et aboutit à créer une hiérarchie des normes au sein des actes de droit dérivé »).

(170) La reconnaissance, par la jurisprudence, d'actes de base traduisait, en effet, l'existence d'une fonction législative dans le chef des institutions de l'Union (en ce sens : B. NABLI, « La figure du 'législateur' de l'Union européenne », *R.F.D.C.*, 2007, p. 698), ce qui peut, à première vue, conduire à considérer que les actes législatifs consacrés par le Traité de Lisbonne ont pris le relais des actes de base.

(171) Sur cette jurisprudence, cf. *supra*, n° 24. Précisons, pour éviter toutes confusions, que sous le label « actes d'exécution (sens large) », on vise les actes qui, dans le prolongement de la jurisprudence *Köster*, recouvrent à la fois les actes délégués de l'actuel article 290 TFUE et les actes d'exécution (sens strict) de l'actuel article 291 TFUE.

vertu du traité? Comme on l'a déjà souligné (172), la question d'une hiérarchie entre ces deux catégories d'actes ne devrait, en tout état de cause, pas se poser, les compétences étant réparties de manière telle qu'elles ne sont en principe pas destinées à se recouvrir. Il en va de même, en Belgique, du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire autonome.

Par ailleurs, les actes délégués puisent leur fondement immédiat dans des actes législatifs, conformément au prescrit de l'article 290, §1^{er}, TFUE. Mais peut-on pour autant parler de hiérarchie dans l'hypothèse où un acte délégué est conduit à modifier ou compléter les éléments non essentiels d'un acte législatif? Certes l'acte délégué doit-il se conformer à l'acte législatif qui en constitue le fondement. Il reste que, sous réserve de cette conformité, il se hisse, quant à son contenu, au niveau de l'acte législatif dont il modifie ou complète les éléments non essentiels (173).

Enfin, rien n'interdit de penser que la catégorie des actes non législatifs embrasse les actes atypiques qui, comme on le verra dans un instant, se caractérisent par l'absence de caractère contraignant. Cette caractéristique exclut en principe tout raisonnement, à leur égard, en termes hiérarchiques.

On notera du reste que s'il établit incontestablement une distinction entre actes législatifs et non législatifs, le traité de Lisbonne ne consacre pas expressément l'existence d'un rapport de hiérarchie entre ces actes.

46. Toujours d'un point de vue hiérarchique, on rappelle le caractère «supra-législatif» de certains actes adoptés en vertu d'une procédure législative ordinaire. On songe en particulier au nouveau règlement «comitologie» adopté sur base de l'article 291, §3, TFUE. La jurisprudence de la Cour rendue au sujet de la décision «comitologie» du 17 juillet 1999 est transposable à ce dernier (174).

47. Enfin, il reste probablement une hiérarchie matérielle à observer entre les actes généraux et les actes individuels (175). Une mesure d'exécution peut en effet se matérialiser dans une règle de droit générale et abstraite ou dans un acte juridique unilatéral de

(172) Cf. *supra*, n° 32.

(173) Cf. *supra*, n° 36.

(174) Cf. *supra*, n° 43.

(175) En ce sens : J.-Cl. GAUTRON, *op. cit.*, p. 176.

portée individuelle. Si, dans cette perspective, les mesures d'exécution individuelles doivent logiquement observer les mesures d'exécution générales (176), la Cour de justice a en revanche refusé d'établir une hiérarchie entre des mesures d'exécution de même nature. Jugé par la Cour, dans un arrêt du 8 mars 1979, qu'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre deux décisions (par définition individuelles, à l'époque où l'affaire fut tranchée) adoptées de manière concomitante en vertu de deux dispositions différentes d'un même règlement et se distinguant quant à leur nature et à leur étendue (177).

Tableau de synthèse

Si l'on fait abstraction des actes non législatifs adoptés directement en vertu des traités, on peut désormais distinguer neuf catégories d'actes de droit dérivé en fonction, d'une part, des trois catégories d'actes contraignants visés à l'article 288 TFUE, et, d'autre part, des trois catégories de compétences figurant aux articles 289 à 291 TFUE.

	<i>Compétence législative (art. 289)</i>	<i>Compétence déléguée (art. 290)</i>	<i>Compétence d'exécution (art. 291)</i>
Directive	Adoptée par le Conseil et le PE	Adoptée par la Commission	Adoptée par la Commission (ou le Conseil)
Règlement	Adopté par le Conseil et le PE	Adopté par la Commission	Adopté par la Commission (ou le Conseil)
Décision	Adoptée par le Conseil et le PE	Adoptée par la Commission	Adoptée par la Commission (ou le Conseil)

(176) T.P.I., 8 juin 1995, *Schöller Lebensmittel*, T-9/93. Comme le précise J.-C. Gautron, la distinction entre règles générales et individuelles « a été forgée non directement pour instaurer une échelle hiérarchique mais pour fixer les conditions de recevabilité des recours en annulation ou en carence des personnes physiques ou morales (...) la distinction demeure une *summa divisio* du contentieux de l'annulation (...). Un requérant peut invoquer à l'appui d'un recours contre un acte individuel la violation de l'acte général qui lui sert de fondement, de même qu'il peut devant le juge communautaire soulever l'exception d'illégalité d'un règlement » (*op. cit.*, p. 54).

(177) C.J.C.E., 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda c. Administration des finances de l'Etat*, aff. 130/78, point 31.

IV. – LE *SOFT LAW* EUROPÉEN

48. Après avoir examiné le droit primaire et le droit dérivé, il nous reste à nous pencher sur le *soft law* européen. 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 un instrument juridiquement contraignants, produisent néanmoins des effets juridiques indirects (178). En effet, le propre des actes de *soft law* est en principe de ne pas revêtir un caractère juridique contraignant, soit parce que le droit primaire rejette expressément ce caractère (avis, recommandations), soit parce que les actes en question sont inconnus du droit primaire (actes innomés). Cela dit, l'absence de caractère contraignant ne signifie pas pour autant que ces actes soient dépourvus de tout effet juridique. Ces actes produisent indéniablement une série d'effets, en raison des engagements qui y sont souscrits. A la différence des règles contraignantes, la juridicité des actes de *soft law* est atténuée (A).

En raison 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 : les actes programmatoires ou préparatoires, reprenant les instruments pouvant servir de banc d'essai pour le développement du droit de l'UE (B); 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 (C); les actes promouvant la coopération ou l'harmonisation des politiques étatiques (D); enfin, les actes qui ne déploient leurs effets qu'entre les institutions (E).

A. – *Le succès et les fonctions
poursuivies par les actes atypiques*

49. Par contraste avec les actes typiques de l'article 288 TFUE, les traités consacrent un certain nombre d'actes atypiques, tout

(178) Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants, *J.O.* C 187, 24 juillet 2008, k.

comme la pratique des institutions conduit à reconnaître divers actes qui sont dépourvus de tout fondement dans le droit primaire.

En effet, les actes énumérés à l'article 288 TFUE 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'UE. On trouve, ainsi, 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, de codes de bonne conduite et de contrats. Autant dire que le nombre d'actes au statut juridique ambigu dépasse de loin le nombre limité d'actes contraignants (179). Au demeurant, la «multiplication anarchique de ces actes atypiques, innomés, informels» (180) entretient la complexité du système normatif de l'UE.

S'il ne sont pas parvenus à juguler le développement des actes atypiques, les auteurs du traité de Lisbonne ont néanmoins tenté de les encadrer. Reprenant à son compte le contenu de l'article I-33 du projet de Constitution européenne, l'article 296, alinéa 3, TFUE 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» (181). La portée de cette disposition est par ailleurs limitée, dans la mesure où elle ne concerne que la fonction législative.

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

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

(181) R. MEDHI et F. PICOD, *Art I-33, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, t. I, sous la direction de A. LEVADE et al., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 455.

50. Deux facteurs expliquent la diversification des approches réglementaires et la substitution d'une approche contraignante par une démarche plus ambiguë.

Le premier facteur est d'ordre *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 étant 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 l'essor d'un droit mou. Les documents programmatiques suivants attestent de l'ampleur de ce changement :

- 2001 : Livre blanc sur la gouvernance européenne (182),
- 2002 : Plan d'action sur la simplification et l'amélioration de l'environnement réglementaire,
- 2003 : Accord interinstitutionnel « mieux légiférer »,
- 2007 : Programme d'action sur la réduction des contraintes administratives dans l'UE (183),
- 2010 : Communication sur la réglementation intelligente (184).

A 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 à ses propositions. A cet égard, la Commission s'est dotée d'un organe d'évaluation des impacts qui a rendu, depuis 2006, 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 Etats membres se limitent généralement à évaluer les coûts administratifs résultant de leurs nouvelles réglementations nationales (185). La mise en place de ce régime d'évaluation a 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 a pour objectif d'ici 2012 de diminuer à concurrence de 25 % les lourdeurs administratives découlant du droit

(182) COM (2001) 428, *J.O.* 2003, C 321/1.

(183) COM (2007) 23.

(184) COM (2010) 543 final.

(185) Communication du 8 octobre 2010, p. 6.

de l'Union pour les entreprises. La Commission européenne estime que cette réduction devrait permettre aux entreprises d'épargner la somme de 38 milliards d'euro sur un montant total de 124 milliards, soit une réduction de 31 % (186). Du reste, la Commission n'est pas seule à avoir plaidé en faveur d'une déréglementation. Parallèlement, plusieurs Etats membres ont entrepris des réformes conséquentes en vue de diminuer la pression réglementaire et, partant, la pression fiscale sur les entreprises. Au demeurant, cette évolution politique s'aligne sur les développements réglementaires qu'ont connu les Etats 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 légifèrent que lorsque le bilan de leur intervention est positif. Aussi les autorités sont-elles constamment appelées à rendre des comptes auprès du public (187). 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 favorise l'éclosion d'actes de nature non réglementaire (co-régulation, auto-régulation, accords sectoriels, codes de conduite, méthode ouverte de coordination, campagnes d'information, ...).

Le second facteur est de nature *institutionnelle*. Force est de souligner que l'innovation en termes de techniques quasi réglementaires a principalement lieu là où l'harmonisation n'a pas droit de cité, telle la PESC et les politiques sujettes à des compétences de coordination et d'appui (188).

51. Ces instruments extrêmement divers sont appelés à poursuivre plusieurs *fonctions*. Ainsi est-il possible de distinguer des fonctions pré-législatives, post-législatives et para-législatives (189).

(186) Communication du 8 octobre 2010, p. 4.

(187) J. SCOTT et TRUBEK, «Mind the Gap : Law and New Approaches to Governance in the EU», *ELJ*, 2002 n° 8, p. 8.

(188) Le TFUE précise les domaines pour lesquels l'UE dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres (art. 6 TFUE). Il s'agit de la protection et l'amélioration de la santé humaine (art. 168 TFUE), de l'industrie (art. 173 TFUE), de la culture (art. 167 TFUE), du tourisme (art. 195 TFUE), de l'éducation, de la formation professionnelle, la jeunesse et le sport (art. 165 et 166 TFUE). Ces compétences recouvrent des domaines dans lesquels l'UE a pour seule mission de coordonner et d'encourager l'action des Etats membres. Les détenteurs de ces compétences étant les Etats membres, l'UE ne peut donc se substituer à ceux-ci.

(189) L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 119-120.

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 qui dispose du monopole de l'initiative législative (art. 17, §§1 et 2, TUE) parvient à faciliter un consensus à la fois entre les destinataires de la future norme mais également entre les institutions appelées à l'adopter.

La fonction *post-législative* est fondamentalement distincte dans la mesure où l'auteur de l'instrument cherche à faciliter, voire à accélérer la mise en œuvre d'une réglementation contraignante soit au niveau de l'Union européenne, soit au niveau des Etats membres. Aussi les instruments qui se rattachent à cette seconde fonction viennent-ils s'arc-bouter sur le droit primaire et secondaire. Garantissant une interprétation uniforme du droit de l'Union, de tels instruments contribuent inévitablement à renforcer la primauté de ce droit sur les droits nationaux.

Enfin, la fonction *para-législative* est plus complexe. Elle recouvre, comme on le verra plus loin, différents modes d'action concertés allant de la co-régulation à l'auto-régulation. L'ambiguïté de cette dernière fonction tient au fait que si les pouvoirs publics cèdent du terrain à d'autres «acteurs», ils ne renoncent pas pour autant à la totalité de leurs prérogatives.

Il se fait qu'une communication, une recommandation, voire un code de conduite peuvent simultanément revêtir deux, voire trois de ces fonctions. On en veut pour preuve l'accord cadre de 1996 sur le congé parental (190) conclu par les partenaires sociaux en vertu de l'ancien article 138 CE (article 154 TFUE). Cet accord a relevé à la fois d'une démarche para-législative 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. A cela, on peut ajouter que les auteurs de cet accord-cadre furent inspirés par une philosophie pré-législative,

(190) Accord-cadre sur le congé parental, *J.O.* L 145, 19 juin 1995.

dans la mesure où cet acte a permis l'adoption par le Conseil de la directive du 3 juin 1996 sur le congé parental (191).

B. – *Actes programmatoires et préparatoires*

52. 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 (art. 17, §§1 et 2, TUE), d'autres institutions arrêtent également la programmation de certaines politiques de l'Union.

1. *Conseil européen*

53. 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» (art. 25, a, et 26, §2, TUE) (192). 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» (art. 68 TFUE).

2. *Conseil*

54. Le Conseil dispose de pouvoirs spécifiques en matière de coordination des politiques économiques des Etats membres et de leur politique de l'emploi, compétences dans lesquelles ni le Parlement européen ni la Commission européenne ne sont appelés à s'immiscer (art. 5 TFUE). 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» (art. 5, §2, TFUE).

Le cas de la coordination des politiques économiques nationales présente des spécificités sur un plan institutionnel. Dans un premier

(191) Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES. Cette directive a rendu obligatoire l'accord-cadre sur le congé parental conclu le 14 décembre 1995 entre les organisations interprofessionnelles UNICE, CEEP et CES, JO L 145 du 19 juin 1996, p. 4.

(192) Voy. la stratégie européenne de sécurité (SES) 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».

temps, le Conseil, 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 adopte une recommandation fixant les grandes orientations (art. 121, §2, TFUE).

Par ailleurs, le Conseil va élaborer chaque année des «lignes directrices dont les États tiennent compte dans leur politique de l'emploi» (art. 148, §2) (193), lignes qui doivent être compatibles avec les «grandes orientations de politique économique» (art. 121, §2, TFUE).

3. *Parlement européen et Conseil*

55. Par ailleurs, les co-législateurs sont également en vertu du TFUE expressément appelés à adopter, dans le cas d'une procédure législative ordinaire (art. 294 TFUE), différents instruments non contraignants, parmi lesquels on retrouve :

- les orientations dans le domaine des réseaux trans-européens (art. 171, §1^{er}, et art. 172 TFUE);
- le programme pluriannuel de recherche (art. 182 TFUE);
- le programme d'action à caractère général fixant les objectifs prioritaires à atteindre en matière d'environnement (art. 192, §3, TFUE) (194).

Etant 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. A la différence des autres politiques, la Commission n'aura pas le dernier mot quant au contenu de ces actes programmatiques. On pourrait reprocher aux protagonistes institutionnels de ne pas avoir de vue d'ensemble de la programmation politique, si ce n'est par l'entremise de la programmation générale de la Commission. Pour quelles raisons la procédure législative

(193) Décision 2008/618/CE du Conseil du 15 juillet 2008 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, *JO L* 198 du 26 juillet 2008, p. 47. Voy. aussi les conclusions du Conseil du 6 décembre 2010 relatives aux Politiques de l'emploi pour une économie verte, compétitive, à faibles émissions de CO2 et économe en ressources.

(194) N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, pp. 163-165.

ordinaire s'applique à l'adoption d'un nombre limité de programmes, lorsque l'on connaît l'importance de la programmation législative? Le fait que le Parlement européen et le Conseil n'arrêtent pas la programmation de ces politiques renforce indéniablement les pouvoirs de la Commission.

4. *Commission européenne*

56. Si le TFUE comporte pas moins de sept dispositions ayant trait aux attributions revenant à la Commission européenne (art. 244 à 250 TFUE), il n'en demeure pas moins que ce traité passe sous silence les nombreux instruments de nature non contraignante adoptés par cette institution. En effet, pour ne pas les vouer aux aléas de l'incohérence ou au hasard de l'improvisation, la Commission veille à ce que ses propositions soient enchassées dans une démarche planifiée. On distinguera ici la kyrielle d'actes qui égrène l'adoption d'une proposition d'acte contraignant, à savoir les livres verts (a), les livres blancs (b), les programmes d'action (c) et les communications informatives (d).

a) *Livres verts*

57. 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. A 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 Commission (195). Des livres verts ont été adoptés en matière sociale, économique et environnementale, en rapport avec le marché intérieur (196), le droit de la concurrence (197), le droit social (198), le droit de la sécurité alimentaire (199), les télécommunications (200), le droit des brevets (201), les retraites (202), les marchés électroniques (203), le droit de l'environnement (204), le développement durable (205), l'agriculture (206), les forêts (207), la politique maritime (208), la transparence (209), la présomption d'innocence (210), l'énergie durable (211) et renouvelable (212), le commerce (213), ...

(195) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 124.

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

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

(198) Voy. par exemple le Livre vert «Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle», Bruxelles, le 22 novembre 2006, COM(2006) 708 final.

(199) Livre vert intitulé «Obligations Alimentaires». COM(2004) 254.

(200) 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.

(201) 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.

(202) Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique. COM/97/0283 final.

(203) Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE. COM(2010) 571 final.

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

(205) Livre vert sur la politique de développement de l'UE 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.

(206) Livre vert intitulé «Perspectives pour la Politique Agricole Commune». COM(85) 333 final.

(207) 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.

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

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

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

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

(212) 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.

(213) Livre vert sur le commerce. COM(96) 530.

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

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

b) *Livres blancs*

58. 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. A 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 an (214).

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 forces 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 de la politique sociale (215), du marché intérieur (216), dans le domaine énergétique (217), de l'environnement (218), du réchauffement climatique (219), de la santé (220), du sport (221), de la sécurité alimen-

(214) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 126.

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

(216) 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 Etats associés de l'Europe centrale et orientale à leur intégration dans le marché intérieur de l'Union». COM(95) 163.

(217) 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.

(218) Livre blanc sur la Responsabilité Environnementale. COM(2000) 66.

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

(220) Livre blanc intitulé «Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour l'UE 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.

(221) Livre blanc sur le sport. COM(2007) 391.

taire (222), de la politique sociale européenne (223), de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi (224), de l'éducation (225), de l'espace aérien (226), des chemins de fer (227), du transport (228), du commerce (229), de la gouvernance européenne (230), de la politique spatiale (231), des services d'intérêt général (232), des échanges d'informations sur les condamnations pénales (233), ... Le recours plus frileux aux livres blancs s'explique en raison de leur portée matérielle plus limitée (234).

Ces livres sont également publiés en tant que document COM.

c) *Programmes d'action*

59. 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 sectoriels (235).

En vue de lancer ou de structurer des politiques dans des matières qui revenaient expressément ou implicitement à la CEE, la Commission européenne s'est sentie obligée, à partir de la fin des années soixante, d'adopter des programmes généraux de nature

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

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

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

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

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

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

(228) 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'UE». COM(98) 466.

(229) Livre blanc sur le commerce. COM(1999) 6.

(230) Livre blanc sur la Gouvernance européenne. COM(2001) 428.

(231) 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.

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

(233) 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.

(234) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 127.

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

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 CEE. Au demeurant, la seule politique encadrée de manière continue par des programmes d'action depuis 1973 est celle de l'environnement. Par la suite l'adoption des programmes d'action s'est généralisée à de nombreuses politiques. Depuis le début des années 1990, une moyenne de quatre programmes d'action ont été adoptés chaque année (236). On retrouve des programmes d'action en matière de démocratie et de droits de l'homme (237), de mobilité de l'emploi (238), en faveur des personnes handicapées (239), sur la mobilité urbaine (240), les finances (241), la connectivité internet (242) et les transports (243).

Eu égard à leur importance, certains programmes, comme nous l'avons vu ci-dessus, tels les programmes en matière de recherche et d'environnement (art. 182 et 192, §3, TFUE) 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. A 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 blancs (244).

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 serait disposée à adopter pendant la durée dudit programme.

(236) Plan d'action pour une consommation et une production durables et pour une politique industrielle durable.

(237) 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).

(238) Plan d'action européen pour la mobilité de l'emploi (2007-2010), COM/2007/0773 final.

(239) Plan d'action de l'UE en faveur des personnes handicapées, COM(2007) 738 final.

(240) Action plan on urban mobility, COM(2009) 450.

(241) Plan d'action pour les services financiers (PASF), COM(1999) 232 final.

(242) Europe 2005 Action plan : an information society for everyone, COM (2002) 263 final.

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

(244) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 131.

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.

d) *Communication informative*

60. Les communications adoptées par la Commission européenne ont principalement une valeur de nature informative (245). Il convient de distinguer ces communications informatives des communications de nature interprétative ainsi que des communications dites décisives (246). Dans la pratique, il n'est guère aisé de distinguer ces différentes fonctions. Certaines communications peuvent revêtir tout à la fois une nature informative et interprétative (247). Il est certain que les communications interprétatives n'ont à priori pas pour objet d'établir des règles de conduite de nature contraignante.

C. – *Actes interprétatifs et décisionnels*

61. Dans la mesure où la Commission est chargée de tâches d'exécution importantes en matière économique, la Commission adopte régulièrement des actes intitulés «encadrements», «lignes directrices», «orientations», voire «guides». S'incriminant dans la mise en œuvre des pouvoirs d'exécution, ces actes exercent une fonction post-législative (248).

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'auto-limiter, 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

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

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

(247) TPICE, *Allemagne c Commission*, 20 mai 2010, aff. T 258/06.

(248) Voir *supra* les actes d'exécution de la Commission, n^{os} 39 à 44.

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. A 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 suffisant pour conclure qu'elle ne produit pas d'effets juridiques 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.

1. Faculté pour la Commission de se fixer des orientations dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation

62. 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 du 30 avril 1998, *Vlaams Gewest*, 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 TFUE). A 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 déli-

mité et sont motivées par le souci de suivre une politique qu'elle a déterminée» (249).

Les arrêts suivants en matière d'aides d'Etat confirment ces enseignements.

Dans un arrêt récent *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 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 ...» (250).

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

«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, CE et qui s'imposent à elles ..., que «[l]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), CE, ainsi qu'il découle des paragraphes 19 et 20 desdites lignes directrices» (251).

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 ...» (252).

(249) TPICE, 30 avril 1998, *Vlaams Gewest/Commission*, T-214/95, *Rec.* p. II-717, point 89.

(250) Tribunal, 7 décembre 2010, *Frucona Košice c. Commission*, T-11/07, points 228 et 229.

(251) Tribunal, 3 mars 2010, *Freistaat Sachsen e.a. c. Commission*, T-102/07 et T-120/07, non encore publié au *Rec.*, point 74.

(252) Tribunal, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c. Commission*, C-280/08 P, non encore publié au *Rec.*, point 271.

Dans un arrêt du 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, le Tribunal a également conforté le pouvoir de la Commission d'expliquer les critères techniques d'une annexe de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (253), 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 CE (nouvel article 288 TFUE) (...). 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» (254).

2. *Respect du droit primaire et dérivé par la Commission*

63. Ces actes ne peuvent pas s'écarter des dispositions contraignantes (255). 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 communication interprétative de

(253) Directive 2003/87/CE 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/CE du Conseil, *J.O.*, n° L 275, 25 octobre 2003, p. 2. Cette directive fait l'objet de plusieurs lignes directrices et communications.

(254) TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, aff. T-374/04, *Rec.* II-4431, point 110.

(255) Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 avril 2004, *Grèce/Commission*, C-278/00, *Rec.* p. I-3997, point 98, et la jurisprudence citée ainsi que les arrêts du Tribunal du 17 décembre 1991, *Hercules Chemicals/Commission*, T-7/89, *Rec.* p. II-1711, point 53, du 5 novembre 1997, *Ducros/Commission*, T-149/95, *Rec.* p. II-2031, point 61, et du 30 avril 1998, *Vlaams Gewest/Commission*, T-214/95, *Rec.* p. II-717, points 79 et 89.

la jurisprudence de la Cour de justice devra-t-elle apprécier si cette dernière vise à produire des effets juridiques nouveaux par rapport à ceux que comporte l'application des principes fondamentaux du traité (256).

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

64. Même si elles ne sont pas contraignantes, 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 Etats membres. Ces derniers sont en effet tenus d'appliquer des règles énoncées dans des lignes directrices dès qu'ils les ont acceptées (257).

65. Comme le montre les deux arrêts qui suivent, s'agissant de lignes directrices adoptées par la Commission en matière d'aides d'État (258), le Tribunal et la Cour considèrent que les lignes directrices ont pour effet de lier la Commission. Cela dit, la Commission pourra s'en écarter, dans un cas particulier, en exposant ses raisons, lesquelles doivent être compatibles avec le principe d'égalité de traitement.

Dans son arrêt du 13 février 2003, *Espagne c. Commission «Véhicules utilitaires»*, 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

(256) CJCE, 9 octobre 1990, *France/Commission*, C-366/88, *Rec.* p. I-3571, point 11; 13 novembre 1991, *France/Commission*, C-303/90, *Rec.* p. I-5315, point 10, et du 20 mars 1997, *France/Commission*, C-57/95, *Rec.* p. I-1627, point 25. Pour un exemple récent, voy. Tribunal, 20 mai 2010, *Allemagne/Commission*, T-258/06.

(257) CJCE, 15 octobre 1996, *Ijssel-Vliet combinatie BVC Minister van economische zaken*, aff. C-311/94, *Rec.* I-5023, point 44. Voy. aussi CJCE, 24 mars 1993, *CIRFS c/ Commission*, aff. C-313/90, *Rec.* 1125.

(258) En ce qui concerne les lignes directrices en matière d'aides d'Etat, voy. TPICE, 30 avril 1998, *Cityflyer Express/Commission*, T-16/96, *Rec.* p. II-757, point 57 et 15 juin 2005, *Regione autonoma della Sardegna/Commission*, T-171/02, *Rec.* p. II-2123, points 94 et 95, et la jurisprudence citée.

traité (articles 107 et 108 TFUE). 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 pas des normes du traité et où ils sont acceptés par les États membres (...)» (259).

Dans son arrêt du 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, le Tribunal a jugé :

«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'autolimité 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 (...)» (260).

La doctrine dégage trois conséquences de cette jurisprudence (261) :

(1) en appréciant une aide à l'aune des critères repris dans l'encadrement sur les aides d'État, la Commission ne dépasse pas son pouvoir d'appréciation en y renonçant (262) ;

(2) au cas où la décision de la Commission sur l'acceptabilité de l'aide n'apprécierait pas correctement la compatibilité du projet d'aide au regard des critères prédéfinis dans l'encadrement, la Commission violerait l'obligation de motivation ;

(3) si un critère n'a pas été explicité, la Commission recouvre son pouvoir d'appréciation.

66. 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 repro-

(259) CJCE, 13 février 2003, *Espagne c. Commission* «Véhicules utilitaires», aff. C-409/00, points 69 et 95.

(260) TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, aff. T-374/04, point 111.

(261) M. DONY, *Commentaire Mégret. Contrôle des aides d'État*, Bruxelles, ULB, 2008, p. 219.

(262) TPICE, *Vlaamse Gewest, précité*, point 89.

duisons ici certains extraits de l'arrêt de la Cour du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri* (263).

«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 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» (264). Si c'est le cas, la Commission ne viole pas le principe de non-rétroactivité.

67. Dans les domaines de l'agriculture, de la santé et de l'environnement, le Tribunal a reconnu que les institutions de l'Union pouvaient s'imposer des orientations pour l'exercice de leurs pouvoirs d'appréciation par des actes non prévus à l'ancien article 249 CE (article 288 TFUE), 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'écartent pas des normes du traité. La Commission pourrait

(263) C.J.C.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./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.

(264) C.J.C.E., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, aff. jntes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.* p. I-5425, pt. 222-225; 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, C-397/03 P, pt. 22 et 25.

donc voir une de ses décisions annulées pour violation d'un document intitulé «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 2000 (265).

«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 CE (devenu article 288 TFUE), 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'écartent 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» (266).

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

68. En ce qui concerne des orientations présentées par la Commission dans le cadre d'une procédure visant à constater un double manquement d'Etat (article 228 CE, devenu article 260 TFUE) en ce qui concerne l'inexécution des directives 75/442/CEE et 78/319/CEE en matière de déchets, la Cour de justice a reconnu qu'elle n'était pas liée par l'approche retenue par cette institution (267).

«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'Etat 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».

(265) COM(2000)1.

(266) TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99. *Rec.* II-3305.

(267) C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Commission c. France*, aff. C-387/97.

A propos de la *condamnation de l'absence de transposition d'une directive sur les OGM*, la Cour de justice a à nouveau affirmé son pouvoir d'appréciation (268).

«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 CE (article 260 TFUE) 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 (...).

D. – Actes nommés et innommés favorisant la coordination et l'harmonisation

69. Nous reprenons ici deux catégories d'actes figurant à l'article 288, alinéa 5, TFUE, à savoir les recommandations (1) et les avis (2). Conformément à cette disposition, – identique à l'ex-article 249 TCE –, «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 leur statut juridique est particulièrement ambigu.

1. Recommandations

70. Visées expressément à l'article 288, al. 5, TFUE, les recommandations sont susceptibles d'être adoptées soit par la Commission, soit par le Conseil. Quoique non obligatoires, les recomman-

(268) C.J.C.E., 9 décembre 2008, *Commission c France*, aff. C-121/07, points 61-64.

dations ne sont pas immunisées du processus juridictionnel. Elles sont en effet 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 déclaré 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» (269). 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'ils sont susceptibles d'éclairer des dispositions à caractère contraignant.

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

Le recours à la recommandation par la *Commission* remonte aux années 1960, notamment dans le domaine du droit douanier. Cet instrument a été généralisé par la suite aux domaines sociaux, de protection des travailleurs (270), des transports, de la libre circulation, de l'énergie (271), des consommateurs (272), de la numérisation (273), de l'Euro (274), de la santé (275), de la propriété intellec-

(269) C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff. 322/88, C-382/88, points 16 et 18.

(270) 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/CEE).

(271) 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.

(272) 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/UE).

(273) 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/CE).

(274) 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/UE).

(275) 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/UE).

tuelle (276), du patrimoine culturel (277), de l'agriculture (278), de la protection de la vie privée (279), ...

Désormais, le TFUE prévoit expressément l'adoption de recommandations par la Commission, notamment dans le cadre de la procédure pour déficit excessif (art. 126, §7, TFUE). Parfois le TFUE requiert l'adoption de recommandations simultanément par la Commission et le Conseil. Tel est le cas en matière de politique de l'emploi (art. 148, §4, TFUE). 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 Etats concernés (art. 117, §1, TFUE).

Instrument indirect visant au rapprochement des législations, la recommandation se distingue de la directive par l'absence de portée obligatoire (280). Les recommandations de la Commission s'apparentent à de véritables instruments d'harmonisation fort proches des directives (281). Il arrive également que la Commission recoure à la recommandation en tant qu'instrument de coordination ou de coopération.

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 Etats membres à une harmonisation de type législatif, la nécessité de mieux adapter l'intervention aux développements technologiques en recourant à un instrument souple (282), ... Aussi la recommandation peut-elle jouer simultanément une fonction pré-législative et para-législative.

(276) 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.

(277) 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/UE).

(278) 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/UE).

(279) 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/CE).

(280) S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'UE*, 4^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, p. 374.

(281) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 167.

(282) Recommandation 87/598/CEE.

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 pas soumise à une procédure décisionnelle spécifique. La Commission dispose dès lors d'une marge de manœuvre considérable.

A 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 Etats membres (283). A 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 nationales (284).

2. *Avis*

72. 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 contraignant (285). La fonction remplie par les avis est davantage infra ou post-législative. En effet, ces avis permettent à la Commission de se prononcer sur la conformité de pratiques ou de réglementations nationales par rapport au droit de l'UE. Tel est le cas de la procédure d'avis pour déficit excessif dans le chef d'un Etat membre (art. 126, §5, TFUE).

Dans le cadre de la coopération inter-étatique, les avis de la Commission peuvent également favoriser les échanges de bonnes pratiques entre les Etats membres (art. 156, al. 2, TFUE). Dans le cadre de la procédure législative ordinaire, la Commission rend également un avis sur les amendements du Parlement européen en seconde lecture (art. 294, §7, c).

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.

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

(284) L. SENDEN, *op. cit.*, p. 178.

(285) S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 374.

Dans le cadre de la procédure en contestation de manquement visée à l'article 258 TFUE, l'avis motivé de la Commission revêt une importance capitale : il délimite l'objet de l'infraction commise par l'Etat défaillant et met ce dernier en demeure de se conformer au droit de l'UE. Il en résulte que la Commission ne peut saisir la Cour de Justice qu'en cas de méconnaissance par l'Etat 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 (art. 294, §9, TFUE).

Le droit dérivé prévoit également des procédures d'avis. A titre d'exemple, en ce qui concerne les plans et les projets justifiés par des raisons impératives d'intérêt public majeures 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 Commission (286).

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

73. 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 (art. 165, §4, TFUE), de la culture (art. 167, §5, TFUE) et de la santé publique (art. 168, §5, TFUE). En ce qui concerne la politique sociale, la Commission est chargée d'établir des «orientations et indicateurs» (art. 156, al. 2, TFUE).

4. *Auto-régulation et co-régulation*

74. En raison de l'effritement des missions de contrôle dévolues à l'Etat, ce dernier paraît progressivement renoncer à la contrainte en incitant, de manière plus douce, les administrés à modifier leurs comportements. A ce titre, l'auto-responsabilité des entreprises a été préconisée notamment comme un remède à la rigidité du modèle

(286) Article 6, §4, de la directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels et de la faune et de la flore sauvage, *JO*, L 206, 22 juillet 1992. Voy. A. GARCIA URETA, «Habitats and Environmental Assessment of Plans and Projects», *JEELP*, 2007/2, pp. 84-96; L. KRÄMER, «The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive», *Journal of Environmental Law*, 2009, vol. 21, n°1, p. 70.

administrativiste. Ainsi le processus réglementaire traditionnel décrié comme étant pesant et rigide est-il appelé à être remplacé par des nouvelles formes d'actions 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 quatre-vingt-dix d'un engouement sans précédent au sein de l'Union. Les appels réitérés des institutions et tout particulièrement de la Commission à une plus large ouverture du processus réglementaire à la société civile ont donc favorisé depuis une dizaine d'années l'écllosion de formes alternatives de régulation. Enfin, la conclusion d'accords a notamment été brandie par les industries comme un moyen d'écartier le risque d'une intervention étatique.

Il n'en demeure pas moins que 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 (287).

Au moyen de différentes illustrations, nous distinguerons ici la co-réglementation (a) de l'auto-réglementation (b).

a) *Co-réglementation*

75. Tout d'abord, les accords de *co-réglementation* sont ceux qui sont conclus entre les pouvoirs publics nationaux et les fédérations d'entreprises.

Selon l'accord interinstitutionnel «mieux légiférer», il s'agirait là d'un acte législatif qui définit des objectifs environnementaux et en confère la réalisation à des parties via l'adoption d'accords spécifiques. Ces accords sont ensuite reconnus par la Commission d'initiative ou à la demande des industriels (288). Alors même que le

(287) Pour une critique sans concessions, voy. L. KRÄMER, «Accords volontaires européens : une voie sans issue», in *Acteurs et outils du droit de l'environnement*, Bruxelles, Anthemis, 2010, pp. 69 à 79.

(288) '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 orga-

droit primaire n'habilite pas les institutions à conclure des accords avec des parties privées, la Commission européenne peut donc suggérer la conclusion par les fédérations d'entreprises de tels accords (289). En outre, elle s'engage tacitement à ne pas entamer d'initiative réglementaire, et adopte une recommandation à l'égard des Etats membres les enjoignant à ne pas entraver l'exécution de l'accord. Dans le cas où les résultats escomptés ne seraient pas atteints, la Commission pourra exercer son droit de présenter au législateur une proposition d'acte contraignant.

La protection de l'environnement est apparue comme une terre d'élection pour la conclusion de ce type d'accords (290).

Dès 1992, la Commission encourageait fermement les Etats membres à promouvoir la conclusion de ce type d'accords (291). Aux dires du Conseil, ceux-ci peuvent «contribuer, pour autant qu'ils soient compatibles avec les règles de concurrence, d'une manière plus efficace en termes de coûts à la réalisation des objectifs en matière d'environnement que ne le feraient des dispositions obligatoires» (292). Dans une recommandation 96/733/CE, la Commission soulignait que «des accords entre les pouvoirs publics et industries constituent un instrument d'action qui peut contribuer de façon rentable à la réalisation des objectifs environnementaux en amenant l'industrie à jouer un rôle plus actif» (293).

Par ailleurs, sous la menace de l'adoption de nouvelles réglementations qui se profilent à l'horizon, plusieurs fédérations d'entre-

nisations 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». Cf. accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission du 16 décembre 2003, «Mieux légiférer», *JO*, n° C 321, 31 décembre 2003, point 18.

(289) Point 4.2 de la 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. Sur cette problématique, voy. P. LEFEVRE, «Les accords entre la Commission et les entreprises dans le domaine de l'environnement», *JTDE*, n° 84, 2001, pp. 249-255.

(290) N. de SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, pp. 148-152.

(291) Commission européenne, *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, p. 32, COM (92) 23 final, 30 mars 1992.

(292) Résolution du Conseil du 3 décembre 1992 concernant le rapport entre la compétitivité industrielle et la protection de l'environnement, *JO*, C 331, 16 décembre 1992, p. 5.

(293) La recommandation 96/733/CE du 27 novembre 1996 concernant les accords environnementaux mettant en œuvre des directives communautaires, *JO*, n° L 333, 21 décembre 1996, p. 59, énumère les points clés devant être pris en considération lors de l'adoption de tels accords.

prises se sont engagées dans ce processus non pas à l'échelle nationale mais à un niveau européen. Elles ont ainsi conclu douze accords (CFC, détergents, efficacité énergétique, ...) liant de la sorte toutes les entreprises nationales (294). Les résultats de cette démarche sont mitigés. Quatre de ces accords ont été remplacés par des règlements parce que les fédérations signataires n'étaient pas parvenues à respecter leurs engagements. 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) (295), démarche qui n'a assurément pas porté ses fruits (296).

b) *Auto-réglementation*

76. Les accords d'*auto-réglementation* sont conclus par les entreprises ou les fédérations des entreprises, sans que les autorités publiques y soient parties. Au demeurant, la Commission encourage les Etats membres à promouvoir «*les accords libres et les autres formes d'autoréglementation*» (297). Nous donnons ici trois illustrations d'auto-régulation privée encouragée par le droit de l'Union : l'une en matière de politique sociale, l'autre en ce qui concerne la normalisation des produits, la dernière ayant trait aux services.

(294) Voy. la liste de ces accords : G. SCHNABL, «The Evolution of Environmental Agreements at the Level of the EU», in E. CROCI (éd.), *The Handbook of Environmental Voluntary Agreements*, Springer, 2005, pp. 104-106.

(295) 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 CE de réduction des émissions de CO₂ des voitures et véhicules commerciaux légers, COM (2007) 19 final). Voy. les critiques formulées par L. KRÄMER, «Les approches volontaires et le droit CE de l'environnement», in N. HERVE-FOURNEREAU (éd.), *Approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009, pp. 91-93.

(296) Les objectifs fixés dans ces accords n'ayant pu être atteints, la Commission dû 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 443/2009/CE 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, JO, n° L 140, 5 juin 2009, p. 1.

(297) 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, p. 32, COM (92) 23 final, 30 mars 1992.

77. La MOC. Le domaine social européen a constitué le terrain privilégié pour l'essor, dans le droit de l'UE, de l'auto-régulation privée (298). Le dialogue social européen abonde en effet d'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. Cette méthode se caractérise par un double mouvement de production normative « à la fois ascendant (par les actes privés) et descendant (par les institutions) » (299). L'intervention des partenaires sociaux dans la conduite de la politique sociale se justifie au titre d'une subsidiarité horizontale.

78. Les partenaires sociaux sont en droit d'interrompre le processus législatif engagé par la Commission (art. 154, §4, TFUE).

Deux voies sont possibles.

En premier lieu, le traité habilite les partenaires sociaux à conclure et à mettre en œuvre « conformément aux procédures et pratiques qui leur sont propres » des accords autonomes (art. 155, §2, TFUE) (300).

En second lieu, les partenaires sociaux peuvent inviter le Conseil, statuant soit à la majorité qualifiée soit à l'unanimité, à adopter une décision, sur proposition de la Commission, approuvant leur accord (301). La décision prise par le Conseil revêt la forme de directive (302), acte qui confère un caractère contraignant à l'accord. Cette procédure écorne la notion même de démocratie étant donné que le Parlement européen est seulement informé de ce type d'accord (art. 155, §2, TFUE). Le Tribunal de Première Instance a

(298) Accord institutionnel « Mieux légiférer », JO, 321, 31 décembre 2003, 1.

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

(300) Accord-cadre sur le télé-travail 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.

(301) Accord-cadre sur le congé parental, JO, L 145, 19 juin 1995, accord-cadre sur le travail à temps partiel, JO, L 14, 20 janvier 1998, accord-cadre sur le travail à durée déterminée, JO, L 175, 10 juillet 1999.

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

en effet jugé que l'intervention des partenaires sociaux, sur le fondement de l'ancien article 138 CE (nouvel article 154 TFUE) constituait une voie alternative au principe démocratique fondamental selon lequel «les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative» (303).

79. 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 la décision expresse du Conseil. L'intervention du Conseil permet 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 TFUE. Le *soft law* se transforme de la sorte en *hard law*. Au demeurant, les mesures nationales contraires aux accords-cadres confirmées par des directives du Conseil sont susceptibles d'être censurées par la juridiction de l'Union (304). Par ailleurs, force est de constater que certains accords inter-professionnels ont pu exercer une fonction para-législative, étant donné qu'ils furent conclus dans des domaines où le Conseil, statuant à l'époque à l'unanimité, n'avait pu parvenir à un accord (305).

80. La normalisation. La nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (306) 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 exi-

(303) TPICE, ordonnance du 17 juin 1998, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises c/ Conseil*, aff. T-135/96, *Rec. II-2335*.

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

(305) E. MAZUYER et S. de la ROSA, *op. cit.*, p. 322.

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

gences essentielles fixées par des directives». Même si les spécifications techniques conservent leur statut de norme volontaire (307), 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 qu'elles s'avèrent dans la pratique incontournables. A défaut de constituer des instruments contraignants au sens strict, les opérateurs y adhèrent sans difficultés (308).

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 Etat membre, de contester les normes élaborées par les instituts de normalisation (309). La «nouvelle approche» a été récemment confortée par la décision de la Commission 93/465/CE (310), laquelle constitue un «cadre général horizontal» non contraignant destiné à encadrer 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'harmonisation (311).

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

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

(309) Les projets de normes élaborés par le CEN furent contestés par certains Etats 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 94/62/CE du 20 décembre 1994 relative aux emballages et aux déchets d'emballages.

(310) Décision de la Commission 93/465/CE relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits, *JO*, n° L 218, 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, ils 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 ne sont pas harmonisés. Cet ensemble législatif renforce l'encadrement des Etats 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. R. KOVAR, «Le législateur communautaire encadre le régime de la mise des produits dans le marché intérieur», *RTDE*, avr.-juin 2008, vol. 44, n° 2, pp. 289-311.

(311) 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 européenne (considérant 8; article 3). Ce n'est que dans l'hypothèse

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

81. 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 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» (312). L'émergence de codes de conduite européens pourrait dès lors influencer l'appréciation de la proportionnalité de règles privées internes.

A cet égard, les auteurs de la directive 2006/123/CE 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'auto-régulation 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».

où il n'est pas possible de fixer des exigences essentielles que des spécifications détaillées peuvent être prévues dans la législation européenne concernée. La préférence est donc donnée au rapprochement, et non à l'harmonisation totale.

(312) CJCE, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-193/05, *Rec.* I-8673, point 44; 19 septembre 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, *Rec.* I-8613, point 74.

L'article 37 devrait donc conduire à l'adoption de codes de conduites européens destinés à faciliter la fourniture de services et l'établissement des prestataires sur le territoire d'autres Etats 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 services (313). 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 tant en ce qui concerne la forme que le contenu de ces futurs codes de conduite.

E. – *Actes internes*

82. Concernant tout spécifiquement la vie interne des institutions (314), les actes internes, en principe, n'ont d'effet juridique que dans le cadre des relations inter-institutionnelles. 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.

1. *Les actes préparatoires*

83. 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 Etats 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.

(313) P. DELIMATSIS, «Thou Shall Not (Dis)Trust»: Codes of Conduct and Harmonization of Professional Standards in the EU», *CMLR*, 2010, vol. 47, p. 1055.

(314) J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 198.

2. *Les accords interinstitutionnels*

84. L'on est confronté à une variété remarquable d'accords de nature interinstitutionnelle, tant en ce qui concerne leur dénomination que la procédure suivie, voire leur contenu (315). Ainsi, la pratique des accords interinstitutionnels s'est également développée sous d'autres appellations que celle d'accords interinstitutionnels, telles que celle de code de conduite ou d'accord-cadre.

Technique privilégiée de mise en oeuvre 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 (art. 13, §2, TUE). Il s'agit d'instrument 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 budget (316), la coordination entre les institutions (317), la rédaction de la législation (318), la codification (319), les enquêtes internes antifraude (320), ainsi que la comitologie (321).

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 oeuvre 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

(315) W. HUMMER, «From «Interinstitutional Agreements» to «Interinstitutional Agencies/Offices»?», *ELJ*, vol. 13, n° 1, 2007, pp. 47-74.

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

(317) Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission (2003). On notera l'adoption le 20 octobre 2010 d'un accord-cadre Parlement/ Commission qui régit les règles de travail en commun de ces deux institutions.

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

(319) 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).

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

(321) Accord entre le Parlement européen et la Commission sur les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, comitologie (applie. décision 1999/468/CE telle que modifiée par la décision 2006/512/CE).

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 membres (322).

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 295 TFUE consacre non seulement la pratique des accords interinstitutionnels, mais reconnaît qu'ils puissent avoir un effet contraignant.

3. *Portée juridique des actes internes*

85. 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 membres (323). 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» (324).
- 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 institution (325).
- 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 entre les dispositions du règlement intérieur ne concernant pas les particuliers, aux motifs qu'elles ne portent que sur des modalités de fonctionnement interne des institutions, et celles dont la violation peut être invoquée dans la mesure

(322) CJCE, 19 mars 1996, *Commission / Conseil*, aff. C-25/94, *Rec.* p. I-1469, points 48 et 49.

(323) CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263.

(324) *Ibidem*, point 53.

(325) CJCE, 23 février 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. 68/86, *Rec.* 855.

où elles sont créatrices de droits et facteurs de sécurité juridiques pour des personnes tierces (326).

CONCLUSION

86. Si le traité de Lisbonne a rationalisé les actes susceptibles d'être adoptés par les institutions de l'Union européenne, en procédant à leur unification au sein d'une nomenclature unique, il laisse en revanche largement subsister la multitude d'actes atypiques se développant en dehors et au-delà de l'article 288 TFUE.

Le traité de Lisbonne consacre par ailleurs une distinction entre actes législatifs et actes délégués ou d'exécution (sens strict). Ce faisant, il clarifie les pouvoirs que la Commission est susceptible de détenir. Quant à la question de savoir si cette distinction a vocation à remplacer, sous l'angle de la hiérarchie des normes, celle, plus large, établie par la jurisprudence entre actes de base et actes d'exécution (sens large), la réponse dépend, en définitive, de l'importance qu'on accorde aux exceptions et nuances qui accompagnent la traduction, en termes hiérarchiques, de la distinction entre actes législatifs et non législatifs.

En tout état de cause, l'avancée réalisée par le traité de Lisbonne, en distinguant les actes législatifs, délégués et d'exécution, n'est que partielle, dans la mesure où cette catégorisation se greffe sur une nomenclature des actes inchangée, quoi que rationalisée : le traité « permet que des mêmes actes juridiques (règlement, directive et même décision) puissent emprunter l'une ou l'autre qualification (législatif ou non) » (327).

Le traité de Lisbonne n'est pas davantage parvenu à unifier la procédure législative et à la concentrer entre les mains du Conseil et du Parlement européen intervenant sur pied d'égalité, ni à identifier une autorité unique pour les mesures d'exécution requérant une application uniforme : à côté de la Commission (seule compétente pour les actes délégués), le Conseil conserve, certes à titre d'exception, des compétences en la matière. Sur la base de certaines dispositions du traité, des institutions européennes, autres que le

(326) TPICE, 27 février 1992, aff. jtes. 79/89, T-84/89, *BASF, Rec.* II 315; CJCE, 15 juin 1994, aff. jtes. C-137/92, P, *BASF, Rec.* I-2555, points 77 et 78.

(327) E. BROSSET, *op. cit.*, p. 122.

pouvoir législatif incarné par le Conseil *et* le Parlement européen, demeurent par ailleurs compétentes, en vertu du traité, pour adopter des actes non législatifs.

C'est dire que, sous l'angle de la typologie des actes de droit dérivé et de leur hiérarchie, la simplification du droit européen poursuivie par le traité de Lisbonne, est relative. On peut ici reprendre le propos adressé par J.-P. Jacqué à la Convention sur l'avenir de l'Europe, ayant abouti au projet de Constitution européenne : «les principes généraux» posés par celle-ci, et repris pour l'essentiel par le traité de Lisbonne, «constitue en réalité un habile habillage de la situation existante et les exceptions qu'il (lire : le projet de la Convention) comporte, en conférant dans des cas importants le pouvoir législatif au seul Conseil, démontrent les limites de la réforme» (328). Il reste qu'il est sans doute difficile de simplifier une réalité complexe. Comme l'écrit H. Oberdorff, «on peut regretter la complexité juridique excessive. On peut souhaiter des simplifications opportunes, mais cet ordre normatif ne pourra pas retrouver la simplicité d'une autre période» (329).

Quant à l'enjeu qui se cache derrière la distinction réalisée par le traité de Lisbonne entre actes législatifs – ordinaires ou spéciaux –, actes délégués et actes d'exécution, il est très clair, et repose dans le tracé d'un «*hard core*» de l'exigence démocratique, incarnée par le Parlement européen. Il convient à cet égard de souligner que, depuis les années septante qui ont vu naître la jurisprudence *Köster*, le droit européen s'est caractérisé par une montée en puissance du Parlement européen, à telle enseigne que la répartition des tâches, notamment législatives et exécutives (au sens large) au sein de l'Union, se pose dans un tout autre contexte qu'au moment du prononcé de l'arrêt *Köster* (330).

(328) J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 487, n° 791.

(329) H. OBERDORFF, «Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne», *Rev. dr. pub.*, 2006, p. 114.

(330) Sans compter que cet arrêt a été rendu dans une matière particulièrement complexe (l'agriculture), qui appelait, presque par nature, la reconnaissance d'une marge de manœuvre importante au profit de la Commission.