



HAL
open science

A PROPOS DE LA NOTION DE COMPÉTENCE PARTAGÉE

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. A PROPOS DE LA NOTION DE COMPÉTENCE PARTAGÉE. *Revue générale de droit international public*, 2006, 2, pp.373-390. hal-01744177

HAL Id: hal-01744177

<https://hal.science/hal-01744177v1>

Submitted on 27 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

À PROPOS DE LA NOTION DE COMPÉTENCE PARTAGÉE
Du particularisme de l'analyse en droit communautaire

PAR

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Entre le 25 mars 1957, date de la signature du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (T.CEE) et le 29 octobre 2004, qui marqua l'avènement à Rome du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE), le système communautaire des compétences est passé de l'âge ingrat à l'âge mûr. Est-il ici nécessaire de rappeler le silence de traités constitutifs – et notamment, le T.CEE dont la destinée a été la plus aboutie¹ – à l'endroit du mode de répartition et d'exercice des compétences communautaires ? Celui qui, piqué par une curiosité soudaine, s'aventurerait à feuilleter les traités fondateurs serait bien désappointé en découvrant que n'y figurent point l'expression de « compétence d'attribution »², encore moins celle de « compétence partagée ». Rien de tel avec le Traité établissant une Constitution pour l'Europe envisagé, dans le cadre de cette étude, comme une référence majeure d'ordre analytique³. Plus de cinquante ans après la création de la première

¹ Il fut rebaptisé, à l'occasion de la création du Traité sur l'Union européenne (TUE) en 1992, Traité instituant la Communauté européenne (T.CE). Sur les trois traités constitutifs, on sait que le T.CE a été celui sur la base duquel le marché commun, puis le marché intérieur ont vu le jour. Il sera donc ici, de façon tout à fait classique, le traité « référent ».

² L'article 4 T.CEE était le seul à faire une référence lointaine aux compétences d'attribution des institutions communes en disposant à son §1 *in fine* que « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité. »

³ L'avenir pour le moins incertain du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE) signé à Rome le 29 octobre 2004 et dont le processus de ratification a été mis à mal par les *referenda* négatifs français (29 mai 2004) et néerlandais (1^o juin 2004), n'empêche pas de le considérer comme un point de référence pour l'analyse ici entreprise. Plus généralement, on considère qu'il restera (ratifié ou pas) un texte charnière, tant du point de vue politique et social que doctrinal. La littérature juridique à son sujet étant déjà très importante, la présentation qui suit, qui ne prend en considération que les études relatives au texte définitif, n'est pas exhaustive : F. Aldecoa Luzárraga, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Instituto Elcano, 2004, 316p. ; R. Alonso García, D. Sarmiento, *La Constitución europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, 1038p. ; L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod, *La Constitution européenne expliquée au citoyen*, Paris, Hachette Littératures, 2005, 439p. (Col. Pluriel) ; L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837p. ; C. Closa Montero, N. Fernández Sola (dir.), *La Constitución de la Unión europea*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2005, 325p. ; V. Constantinesco, Y. Gautier, V. Michel (dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Paris, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, 462p. ; M. Dony, E. Bribosia (dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Institut d'Études européennes, 2005, 451p. ; F-X. Priollaud, D. Sirizky, *La Constitution européenne. Texte et commentaires*, Paris, La Documentation française, 2005, 510p. ; CRUCE, *Les mots de la Constitution*

Communauté sectorielle, après l'absence originelle de tout type de notion référentielle en matière de compétence, la 'nouvelle Union' joue la carte de l'affichage, gage apparent de clarté et de précision. De l'âge ingrat où le non-dit est maître – source tout à la fois de confusion comme de souplesse et d'adaptation – le système d'intégration accède à l'âge mur où les choses sont dites et du même coup fixées.

Serait-ce à dire que pendant plus de cinquante ans, le système d'intégration – dont les objectifs ont été et continuent d'être les plus ambitieux de toutes les organisations internationales créées après guerre – a fonctionné de façon chaotique ? Comment une entité dont l'objectif cardinal induisait une synergie forte entre les instances supranationales et les instances étatiques a-t-elle pu fonctionner sans que la question du « partage » des compétences ne soit à aucun moment posée par les textes ? En réalité, si la notion de « compétence partagée » a fini par être identifiée (articles I-12), par ceux qui demeurent encore les « Maîtres des Traités », comme octroyant à l'Union et aux Etats un titre légitime pour « légiférer » et plus globalement pour « adopter des actes contraignants » (article I-12§1)⁴, sur la base d'un critère organico-temporel qui permet aux Etats d'intervenir aussi longtemps que l'Union n'a pas exercé sa compétence « ou a décidé de cesser de l'exercer » (article I-12§2) ; de même, si son champ d'application a été délimité (article I-14)⁵, c'est le résultat de plus de cinquante ans d'interactions en tout genre entre le juge, les institutions communautaires étroitement reliées aux Etats membres et la doctrine. On est alors en droit de

européenne, Paris, PUF, 2005, 272p. ; J-L Sauron, *La Constitution européenne expliquée*, Paris, Gualino, 2004, 320p. J. Ziller, *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, La découverte, 2004 (col. Repères). On se référera également avec profit au numéro spécial du *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, vol.3, Numbers 2 & 3, May 2005 (*Special issue on the European Constitution*), 515p. afin notamment de découvrir une vision anglo-saxonne du TECE.

⁴ Article I-12 TECE – Catégorie de compétences « §2. Lorsque la Constitution attribue à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiques contraignants dans ce domaine. Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer. »

⁵ Article I-14 TECE – Les domaines de compétence partagée : « §1. L'Union dispose d'une compétence partagée avec les Etats membres lorsque la Constitution lui attribue une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles I-13 et I-17. §2. Les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : a) le marché intérieur ; b) la politique sociale, pour les aspects définis dans la partie III ; c) la cohésion économique, sociale et territoriale ; d) l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ; e) l'environnement ; f) la protection des consommateurs ; g) les transports ; h) les réseaux transeuropéens ; i) l'énergie ; j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans la partie III. §3. Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membre d'accéder à la leur. §4. Dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membre d'exercer la leur. »

se demander si les caractéristiques du système d'intégration n'induisent pas un mode *particulier* d'analyse.

Point n'est besoin ici de revenir – 'une fois de plus' serait-on tenté de dire – sur la querelle opposant les tenants de la spécificité et de la banalité du système d'intégration. L'affaire est connue, elle relève du « pont aux ânes » du droit communautaire, et ne semble guère faire l'objet d'une quelconque évolution qui prendrait l'allure d'un rapprochement épistémologique⁶. Prenant ici délibérément parti pour le développement progressif d'une irréductible originalité⁷ du droit et du *système*⁸ de l'Union, la question que l'on s'aventure à se poser consiste à savoir si ce jeune système juridique empreint de spécificité n'induit pas, à son tour, un mode d'analyse particulier, à tout le moins la prise en compte automatique d'un certain nombre de paramètres, afin d'être en mesure non seulement de le connaître, mais surtout de le comprendre de façon pertinente.

Avec l'analyse des « compétences partagées »⁹, qui postule nécessairement une confrontation plus large avec le système communautaire des compétences, on prend conscience du mode tout à fait particulier de construction d'une *notion* – entendue ici comme « l'idée d'une chose »¹⁰ – dans l'univers communautaire. Non pas que tout soit original. En effet, la présentation des « acteurs » qui ont participé à l'éclosion de la notion de compétences

⁶ Le « dialogue doctrinal » a pris l'allure d'une *disputatio* bien connue entre Alain Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, Vol. V, Book 2, pp.193-271 et Denys Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque SFDI de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000, pp.207-249. Rappelons que le premier à avoir théorisé la spécificité de l'intégration fut Pierre Pescatore : *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, (1^o édition 1972), Bruxelles, Bruylant, réed. 2005, 100p.

⁷ Car après le « donné : les fondements conventionnels du droit communautaire », il faut prendre en considération le « construit : un ordre juridique autonome », v. J-C. Gautron, L. Grard, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », *Droit international et droit communautaire...*, *op.cit.*, pp.9-152, spec. p.16-21.

⁸ On souscrit ici pleinement à la conception du « système » de M. Van de Kerchove et F. Ost, in *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 10. Les auteurs considèrent en effet qu'il faut abandonner « la définition classique du système comme ensemble d'éléments qui traduit une vision analytique et classificatoire, pour adopter désormais une *conception résolument interactionniste*, insistant sur les échanges qui s'établissent entre ces éléments » (Souligné par nous).

⁹ Le jeu de la classification des compétences fait apparaître une kyrielle imposante de déclinaisons. En effet, à la « classification fonctionnelle » (qui opère une *summa divisio* entre les compétences internes et externes, qui elle-même débouche sur les variations de compétences « normatives » d'un côté et « opérationnelles » de l'autre, à tout le moins pour les compétences internes), s'ajoute une « classification organique » qui consiste à se demander « qui, de la Communauté ou des Etats membres, dispose du titre légitime pour régler une matière déterminée ». v. V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp.99 et s. C'est dans le sillage de la problématique induite par la seconde classification que l'on s'attardera exclusivement sur la capacité, pour la Communauté et les Etats, de pouvoir édicter des « normes juridiques générales » dans le champ interne (compétence législative), comme dans le champ externe (compétence conventionnelle). Sur le concept de *compétence normative*, on se reportera à la thèse de K. Boskovits, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, 876p.

¹⁰ *Nouveau Littré*, Paris, Editions Garnier, 2004, p.910.

partagées sont des acteurs connus de n'importe quel système juridique. Il y a tout d'abord *ceux qui font le droit* – les Etats et les institutions communautaires parmi lesquelles le rôle d'aiguillon attribué à la Commission européenne, garante de l'intérêt général communautaire, est cardinal. Ainsi, il est normal qu'au sein d'une entité – qui, à l'origine, a toutes les caractéristiques d'une organisation internationale – les créateurs (les Etats) et la créature (l'Union) soient aux prises, d'une manière ou d'une autre, avec une notion qui doit régir leur relation. Il y a ensuite *ceux qui interprètent le droit*. La figure du juge surgit alors, toute-puissante, toujours à même de combler les lacunes des textes en développant une interprétation constructive – aidé en cela par la « 'texture ouverte' des normes communautaires »¹¹ – et qui confère à la jurisprudence communautaire une valeur normative¹². Il y a enfin *ceux qui se penchent sur le droit*. La doctrine – qui a été définie comme « l'ensemble des productions dues à la science juridique [...] en tant que ces travaux ont pour objet d'exposer le droit ou de l'interpréter¹³ » – fait ici une entrée remarquée, à l'instar de n'importe quelle discipline scientifique. Partant, l'originalité ici ne réside pas dans la présence de ces acteurs, mais plutôt dans l'influence récurrente qu'ils exercent les uns sur les autres. Ce sont les interactions qui se sont nouées entre ces différents protagonistes qui rendent l'analyse des concepts en droit communautaire toujours complexe et évolutive, jamais simple et statique. Dit autrement, l'*intelligibilité* du système ne peut faire fi d'un recours systématique, dans l'analyse, à l'action (ou l'omission), à tout le moins à l'*attitude* des différents protagonistes qui le composent.

¹¹ Il ne s'agit pas ici de trancher des questions d'ordre théorique concernant l'interprétation juridique. On sait que les thèses « réalistes » et « mixtes » – pour ne mentionner que les plus importantes – achoppent sur le sens à donner au pouvoir interprétatif du juge. Tandis que la « thèse réaliste » défend le fait que le processus interprétatif implique nécessairement une opération de construction de sens de la norme considérée, la « thèse dite mixte » n'admet le caractère créateur de l'interprétation qu'en cas de doute sérieux sur la signification à attribuer à un texte normatif. Le fait est que le juge communautaire, dans l'interprétation du droit communautaire (article 220 T.CE), dispose d'une amplitude d'action considérable aidé notamment par les caractéristiques du droit communautaire. Kosmas Boskovits l'a très bien démontré dans sa thèse, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulase/Bruylant, 1999, p.56. Ainsi, la nature de « traité-cadre » du T.CEE – qui utilise des notions juridiques et économiques non suffisamment déterminées et qui se bornent à fixer des objectifs – le caractère incomplet et par essence dynamique des dispositions des traités, l'absence de travaux préparatoires, la présence de plusieurs versions linguistiques faisant foi ainsi que l'influence variable des traditions juridiques des différents Etats membres, sont autant d'éléments qui octroient au juge communautaire une marge de manœuvre particulièrement étendue eu égard aux options interprétatives des traités.

¹² K. Boskovits, *op.cit.*, p.63 : « Les interprétations du traité dégagées par la Cour de justice s'imposent à toutes les autorités, communautaires ou nationales, chargées de l'application du droit communautaire et se présentent en réalité, comme le résultat des choix interprétatifs effectués par le juge en vue d'assurer le développement des potentialités incluses dans les dispositions du traité à la mesure des exigences mouvantes de la construction communautaire. »

¹³ Arnaud J-A. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, « Doctrine », p.186.

C'est ce jeu des interactions qui sera tenté d'être mis en évidence à travers la notion de « compétences partagées ». On recense très souvent de franches oppositions qui peuvent prendre l'allure de « luttes institutionnelles » entre les différents protagonistes pour arriver à imposer leur point de vue afin *in fine* d'arriver à s'arroger le pouvoir de création du droit. Les querelles de légitimité sont donc présentes, exacerbées par le fait que le thème des compétences est, par essence, politique et qu'il sous-tend des enjeux d'une importance cruciale tant pour les Etats que pour l'Union¹⁴. Surtout, l'analyse démontrera, qu'en tout état de cause, l'influence des trois acteurs identifiés plus haut sur celui qui détient le pouvoir du dernier mot – *i.e.* les Etats au moyen de leur pouvoir final de révision – est à ce point prégnante qu'il n'est guère possible dans faire l'impasse dans l'analyse du *droit tel qu'il est*, sauf à passer à côté de son intelligibilité. Sans doute, plus que tout autre branche du droit, le droit de l'Union appelle-t-il à (*re*) considérer avec attention la théorie objectiviste du droit.

Le mutisme conventionnel originel à l'endroit de la répartition des compétences¹⁵ a induit un activisme judiciaire important, mais qui est resté toutefois éminemment pragmatique et réfractaire à tout exercice de théorisation. Ordonner la complexité est revenu à la doctrine qui se lança dans un travail de construction dogmatique sans précédent qui témoigne de la nécessité de dresser un cadre théorique à l'activité pragmatique et désordonnée des Etats et des institutions communautaires. C'est sur ce double terreau qu'un activisme politique cette fois-ci, longtemps déployé au coup par coup – au gré de la révision partielle des traités institutifs – a fini par se manifester à l'occasion de l'opération de « refondation » des traités, initiée sur la base de la Déclaration de Laeken¹⁶. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe a ainsi fourni, pour la première fois dans l'histoire de la construction communautaire, un support écrit à la notion de « compétence partagée » dont on verra qu'elle

¹⁴ J-P. Jacqué, « Cours général de droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol.1, Book I, pp.237-367, spec. p.301 : « La question de la répartition des compétences est naturellement un domaine d'une grande sensibilité politique puisque l'enjeu en est la souveraineté des Etats. »

¹⁵ V. Constantinesco a ainsi pu écrire : « Voici des organisations internationales, reposant sur la volonté d'Etats souverains exprimées par les traités internationaux, qui n'ont pas été pensées ni explicitement ni directement en termes de partage des compétences », *in* « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Vol.1, 2004, pp.155-164, spec., p.157. De même, pour C. Blumann et L. Dubouis, « c'est à l'usage que l'idée de compétence s'est imposée », *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2005 (2° ed.), p.296.

¹⁶ Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne annexée au conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001.

est la consécration conventionnelle (III) du pragmatisme judiciaire (I) et la théorisation doctrinale (II).

I. Le pragmatisme judiciaire

L'activisme judiciaire n'est pas sorti du néant car le mutisme conventionnel sur les principes structurant la répartition des compétences n'a jamais voulu dire absence de répartition en tant que telle : elle était « simplement sous-jacente au lieu d'être apparente, implicite au lieu d'être explicite¹⁷. » La méthode fonctionnelle en est à l'origine elle qui, à l'inverse de la méthode constitutionnelle¹⁸, détermine les *objectifs* à atteindre en déterminant à cet effet des procédures spécifiques afin d'opérer un subtil équilibre politique entre chaque institution. Ainsi, sous l'empire des traités initiaux, il fut plus question de *déduction*¹⁹ que de présentation expresse et organisée des compétences. C'est de la lecture combinée des articles 2 T.CE (missions de la Communauté)²⁰, 3 T.CE (objectifs communautaires)²¹ – et des

¹⁷ V. Constantinesco, « Brève note... », *op.cit.*, p.157.

¹⁸ On sait que la répartition des compétences dans un ordre juridique « composé », à l'instar de celui d'un Etat fédéral ou encore d'un Etat « autonome » (comme c'est le cas de l'Espagne), est au cœur du pacte entre le centre et la périphérie, *i.e.* entre les institutions fédérales ou centrales et les entités fédérées ou « autonomes ». C'est pourquoi la présentation de la répartition des compétences par *matières* est toujours inscrite au cœur des Constitutions des Etats composés comme reflétant l'équilibre politique auquel les constituants sont parvenus. Pour une analyse comparée des systèmes constitutionnels (fédéraux) des compétences et le système communautaire, v. M. Fromont, « Les compétences respectives de l'Union et des Etats membres », *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2003, n°1-2, L'Europa, pp.149-161.

¹⁹ « Le principe des compétences d'attribution, applicable dès 1957 bien que non expressément formulé, imposait une *déduction* des compétences communautaires des termes du traité. Et, compte tenu de sa rédaction, c'est bien de *déduction* dont il s'agit puisque ces compétences ne peuvent être déterminées qu'après analyse de dispositions multiples. » (C'est nous qui soulignons), V. Michel, J-P. De La Rica, « Les compétences dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, V. Constantinesco, Y. Gautier, V. Michel (dir.), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, p.285.

²⁰ La version initiale de l'article 2 T.CEE se lisait ainsi « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats. » v. P. Reuter, « Articles 1 et 2 », *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, V. Constantinesco, J-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (dir.), Paris, Economica, 1992, pp.3-36.

La version actuelle de l'article 2 T.CE, telle qu'elle résulte du droit positif posé par le Traité de Nice est libellé de la sorte « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres. »

²¹ La reproduction de l'article 3 T.CE s'avère trop longue dans le cadre de cette note infra-paginale. On relèvera simplement qu'à l'instar des « missions », les « objectifs » de la Communauté européenne connurent un net accroissement passant de onze dans le traité CEE originel à vingt et un dans le traité CE tel qu'il résulte de la

dispositions spécifiques à chaque champ d'action communautaire que l'on pouvait avoir une *idée* du système communautaire des compétences²². Tout restait cependant à forger car, au-delà, de ce canevas très général, les imprécisions étaient nombreuses. Partant, le juge – sur la base de l'ossature fonctionnelle tissée par les traités – a, au gré des affaires, tenté de dégager des principes structurants aptes à faire fonctionner le système d'intégration. Bien que foisonnante, pour ne pas dire proliférante, la jurisprudence communautaire témoigna très tôt d'un « remarquable pragmatisme »²³. Aire d'influence après aire d'influence²⁴, matières après matières, le juge esquaissa peu à peu des règles qui, mises bout à bout, ont permis de sauvegarder « l'idéal régulateur de la cohérence globale de l'ordre juridique »²⁵. C'est dans ce contexte que le juge commença au fil des affaires à identifier le *champ d'application*²⁶ des « compétences exclusives ». La Cour parla pour la première fois et de manière expresse de la compétence exclusive de la Communauté dans le domaine de la politique commerciale commune et ce, indépendamment du fait que la Communauté ait ou non exercé ses pouvoirs en la matière²⁷. Elle fit de même, au fil des espèces, avec la conservation des ressources biologiques de la mer²⁸. C'est ultérieurement, sur la base d'une synergie entre « la pratique, la doctrine et la jurisprudence »²⁹ que s'est peu à peu imposé le *distinguo* entre compétences exclusives par nature et par exercice³⁰, révélant la formidable complexité d'une *notion* dont a

version signée à Nice le 26 février 2001, v. J. Rideau (dir.), *Union européenne. Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, 511p.

²² Il est patent que cette 'lecture combinée' n'est guère une opération simple dans la mesure où si l'on veut « reconstruire » les compétences matérielles du T.CEE, il faut partir « de chacune des différentes règles du traité, en déterminant non seulement les matières qui en font l'objet, mais nécessairement aussi la nature et la portée des pouvoirs qui sont, dans chaque cas, attribués à la Communauté dans ces matières. », A. Tizzano, « Les compétences de la Communauté », *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982, pp.45-72, spec., p.46.

²³ *Ibid.*, p.71. « On se trouve donc face à une série de situations qui ne facilitent pas l'élaboration de critères généraux et unitaires et qui se prêtent encore moins à des solutions aprioristes. Du reste, même la jurisprudence de la Cour témoigne à cet égard d'un *grand pragmatisme*, puisqu'elle est obligée d'adapter les principes à la spécificité des situations qui, tour à tour, se présentent. » (Souligné par nous).

²⁴ On fait référence ici aux compétences *internes* d'un côté et aux compétences *externes* de l'autre.

²⁵ K. Boskovits, *op.cit.*, p.67.

²⁶ Sur les perspectives qu'offre une analyse du champ d'application matériel et personnel du droit communautaire, on se reportera au numéro spécial de la *Revue des Affaires européennes* dont la coordination est revenue à H. Gaudin avec les contributions de J-L Dewost, M. Gautier, F. Melleray, F. Fines, F. Picod, J. Andriantsimbazovina, C. Blumann, O. Dubos, C. Picheral et J-C Gautron (*RAE-LEA*, 2004).

²⁷ CJCE, 13 décembre 1973, *S. Diamantarbeiders*, aff. 37 et 38/73, *rec.*, p.1609 ; CJCE, avis n°1/75, 11 novembre 1975 ; CJCE, 15 décembre 1976, *S. Donckerwolcke*, aff. 41/76, *rec.*, p.1932.

²⁸ La Cour a affirmé que la Communauté avait une compétence exclusive pour prendre des mesures de conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique de la pêche, tant de manière autonome que sous la forme d'engagements contractuels avec des pays tiers et ce, à l'expiration du délai fixé par l'article 102 de l'Acte d'Adhésion de 1972, c'est-à-dire à compter du 1^o janvier 1979, v. CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff.3, 4 et 6/76, *rec.*, p. 1279.

²⁹ C. Blumann et L. Dubouis, *op.cit.*, p.298.

³⁰ Pour une étude pionnière qui systématise ce *distinguo*, K. Lenaerts, P. Van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, pp.3-85. Pour une analyse plus

priori on pouvait penser qu'elle était « la plus simple à appréhender » en considérant que si « la compétence est exclusive, c'est que, corrélativement, les Etats membres sont dans une situation d'incompétence³¹. » Or la jurisprudence communautaire démontre à l'envi que la compétence exclusive de la Communauté n'emporte pas *ipso facto* l'inaction des Etats. Dit autrement, la compétence exclusive normative de la Communauté, n'emporte pas automatiquement l'incompétence normative des Etats membres. Ainsi, selon le langage courant, un « partage » des compétences entre la Communauté et les Etats peut exister y compris dans la sphère d'exclusivité par le biais par exemple de l'habilitation spécifique, soit en cas d'inachèvement d'une politique³², soit en cas de carence du législateur (*i.e.* le Conseil)³³. Ainsi, dans un premier temps, c'est essentiellement dans le sillage de la notion d'exclusivité que le juge communautaire mis en lumière la manière dont les Etats pouvaient intervenir – induisant alors un « partage » de compétences selon le sens commun des termes – dans un champ de compétence dont la Communauté était le *titulaire* exclusif.

Dans ce contexte, le juge se garda d'élaborer une « véritable *théorie* des compétences communautaires »³⁴ qui aurait pu avoir le mérite d'ordonner la complexité, mais aurait surtout eu l'inconvénient de trop figer – et donc de rigidifier – le système. Or, celui-ci, par essence *processus*, toujours en proie à l'évolutionnisme, voire au « transformisme »³⁵, avait besoin de souplesse³⁶. À cet égard, un des traits caractéristiques de la jurisprudence communautaire est son extrême malléabilité. Les infléchissements³⁷, certains prenant les allures de revirements

récente intégrant les évolutions jurisprudentielles depuis 1992 v. Y. Gautier, « La compétence communautaire exclusive », *Mélanges en hommage à Guy Isaac, op.cit.*, pp.165-189.

³¹ *Ibid.*, p.165.

³² C'est le cas de l'affaire *Donckerwolcke* déjà citée qui concerne l'hypothèse de l'inachèvement de la politique commerciale commune. Dans ce contexte, la Cour a dégagé une solution « qui a le mérite de concilier deux impératifs : le caractère exclusif de la compétence communautaire et la nécessité de prendre un certain nombre de mesures de politique commerciale. », Y. Gautier, *op.cit.*, p.169.

³³ Ce fut le cas dans le cadre de la politique commune de la pêche : CJCE, 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni*, 804/79, *rec.*, p.1045.

³⁴ G. De Búrca, B. De Witte, « The delimitation of powers between the EU and its Member States », *Accountability and the legitimacy in the European Union*, A. Arnulf, D. Wincott (eds), Oxford University Press, 2002, pp. 201-222, spec. p.201 : « *The Court of Justice has conspicuously never attempted to delineate a complete doctrine of powers between the EC and the Member States.* »

³⁵ C. Blumann et L. Dubouis, *op.cit. passim*.

³⁶ Surtout, le juge dû faire face pendant une période assez longue à l'inertie du Conseil – paralysé par les effets dévastateurs du Compromis de Luxembourg – et développa plus une jurisprudence axée sur l'*extension* des compétences communautaires soit par le biais de la théorie des compétences implicites, soit par le contrôle de l'utilisation de la « disposition soupape » (article 308 T.CE, ex-article 235).

³⁷ On connaît l'utilisation, dans une première phase de l'intégration, de la théorie des compétences implicites qui constitua une extension des compétences de la Communauté en matière externe. En l'absence de toute disposition expresse en matière externe – mais sur la base de la théorie du parallélisme entre les compétences internes et externes – la Cour de justice reconnut à la Communauté le pouvoir de « négocier et de conclure » des accords internationaux : CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil, affaire AETR*, aff.22/70, *rec.*, p.263, point 30. En 1994, la Cour apporta un premier coup d'arrêt à cette appréhension extensive des compétences. Dans l'avis 1/94 du 15 novembre 1994 relatif aux accords conclus dans le cadre de l'Uruguay Round, elle affirme que

de jurisprudence³⁸, ne se comptent plus, parfois spectaculaires, le juge s'adaptant en permanence aux réalités économiques et sociales³⁹, et jouant également les arbitres entre les positions antagonistes de la Commission et ses desiderata intégrationnistes et celles des Etats et de leurs revendications stato-centrées⁴⁰. Peut-on affirmer ce faisant, que dans la phase acquisitive de l'intégration, le juge élaborait – tel un véritable contrepoint à la notion des compétences exclusives, dont on a vu qu'il eut rapidement à en échafauder les contours – une 'doctrine' plus ou moins maîtrisée concernant la notion de « compétence partagée » ? Qu'il soit ici permis de manifester quelques doutes à ce propos. En réalité, ce n'est qu'en 1992, avec l'adoption du Traité sur l'Union européenne (TUE) et la consécration textuelle du principe d'attribution des compétences (ancien article 3B§1 T.CE) comme la mise en exergue de la subsidiarité comme principe régulateur de l'exercice des compétences « non exclusives » (ancien article 3B§2 T.CE), que la notion de « compétences partagées » fit une entrée remarquée... non pas, en tant que telle, c'est-à-dire *dénommée et présentée comme telle*, sur la scène judiciaire, mais plutôt au sein de la doctrine.

II. La théorisation doctrinale

C'est la doctrine qui se pencha sur ce qui apparut comme l'anti-thèse des compétences exclusives pour en proposer un décryptage. Il faut dire qu'elle fut encouragée en cela par un

« la compétence externe exclusive de la Communauté ne découle pas ipso facto de son pouvoir d'édicter des règles sur le plan interne. » (Avis n°1/94, OMC, rec., p.I-5267). Partant, sauf exceptions, la compétence externe ne devient exclusive qu'après l'édiction de règles communes sur le plan interne, c'est-à-dire l'exercice effectif de la compétence. Un nouvel « infléchissement » a été fourni par la Cour dans le cadre d'accords de transports aériens (*Open sky*) conclus par plusieurs Etats membres avec les Etats-Unis : CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c. Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche*, C-467 à 475/98, rec., I-9519, v. J. Raux, « Le droit des relations extérieures : la dynamique des compétences implicites en question », *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp.793-814.

³⁸ R. Mehdi, «Le revirement jurisprudentiel en droit communautaire», *L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp.113-136.

³⁹ Déjà, en 1958, la Cour n'affirmait-elle pas que, dans la poursuite des objectifs de l'article 3 T.CECA, la Haute Autorité devait « assurer la conciliation permanente que peuvent impliquer d'éventuelles contradictions entre les objectifs considérés séparément et, le cas échéant, accorder à tel ou tel des objectifs de l'article 3 T.CECA la prééminence que peuvent lui paraître imposer *les faits et circonstances économiques* au vu desquels elle arrête sa décision ». Et d'affirmer qu'elle dispose pour ce faire « d'un véritable pouvoir discrétionnaire comportant des choix difficiles fondés sur des considérations des faits et des circonstances économiques. », CJCE, 13 juin 1958, *Méroni*, 9 et 10/56, rec., 1958, IV, 18. (C'est nous qui soulignons).

⁴⁰ La jurisprudence relative aux compétences externes dans le cadre de la *politique commerciale commune* (article 133 T.CE) en est un des meilleurs exemples. La jurisprudence fut longtemps marquée par l'opposition de deux thèses. L'une dite *finaliste* retenue par le Conseil des ministres selon laquelle un acte relève de l'article 133 T.CE s'il est adopté dans le but d'influencer les échanges ; l'autre, dite *instrumentaliste* défendue par la Commission qui se fonde sur la nature de l'instrument mis en œuvre. Un acte relève de l'article 133 T.CE s'il met en œuvre un instrument spécifique qui régit le commerce international.

des « interlocuteurs institutionnels »⁴¹ privilégiés du juge communautaire, *i.e.* la Commission. Celle-ci s'empara en effet le pouvoir de dire le droit, elle en eut à tout le moins la velléité, car l'acte qu'elle utilisa pour faire connaître sa position ne revêtait que les atours de la *soft law*. C'est à travers la célèbre communication du 27 octobre 1992⁴² que la « gardienne des traités » se posa en concurrent direct de la Cour en déterminant les domaines relevant des compétences exclusives, dressant une liste qui débordait largement celle établie par la jurisprudence communautaire⁴³. En agissant de la sorte, la Commission rappela en creux que la Cour ne détenait pas « le monopole d'interprétation du droit communautaire »⁴⁴ (qui peut être créatrice de droit) et qu'elle devait à cet égard compter tant avec les Etats, qu'avec les institutions, en l'occurrence avec la Commission, au point de malmener la sécurité juridique. Surtout, cette démarche pointa d'autant plus l'importance, notamment quantitative, des compétences « non-exclusives », nommées *globalement* dans la littérature juridique sous le terme générique de « compétences partagées »⁴⁵. L'élément amplificateur qui déclencha en doctrine un intérêt majeur pour les « compétences non exclusives » fut l'apparition du principe de subsidiarité comme principe régulateur de l'exercice desdites compétences à la grande satisfaction des *Länder* allemands qui, depuis 1988, avaient inscrit sur leur agenda politique sa promotion à l'échelle européenne. Si les travaux et les études furent prolifiques sur la question de savoir comment les deux tests cumulatifs dits de l'« efficacité comparative » et de la « valeur

⁴¹ K. Boskovits, *op.cit.*, p.70.

⁴² Commission des Communautés européennes, *Le principe de subsidiarité – Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen*, 27 octobre 1992, SEC (92) 1990 final, pp.6-7.

⁴³ Il s'agit, selon la Commission, de la suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ; de la politique commerciale commune qui garantit l'unité du marché intérieur ; des règles générales de la concurrence assurant l'égalité des opérateurs dans le cadre du marché intérieur ; de l'organisation commune des marchés agricoles ; de la conservation des ressources de la pêche et, par analogie avec la politique agricole commune, l'organisation commune du marché des produits de la pêche ; des éléments essentiels de la politique des transports pour lesquels le traité a prévu, dès l'origine, des obligations d'agir précises. Cette nomenclature prenait en compte tout à la fois un élément fonctionnel, à savoir l'obligation d'agir pour la Communauté qui est considérée comme seule responsable de l'accomplissement de certaines missions, et d'un élément matériel, le dessaisissement des Etats membres de leur droit d'agir unilatéralement.

⁴⁴ K. Boskovits, *op.cit.*, p.70 : « Investie de la mission d'interprétation en dernier ressort du traité et bénéficiant d'une réelle marge de manœuvre dans le choix des significations à attribuer aux dispositions du traité, la Cour de justice ne détient pas pour autant le monopole d'interprétation du droit communautaire. En effet, les Etats membres, dans l'exercice de leurs compétences résiduelles et dans l'exécution des mesures communautaires, et les institutions qui participent aux différentes étapes du processus normatif communautaire, exercent, eux aussi, un pouvoir d'interprétation du traité fondateur de la Communauté. »

⁴⁵ L-V. Fernandez-Maublanc, « L'évolution contrastée des compétences retenues par les Etats membres », *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp.321-332 : « La Commission s'est efforcée d'établir une répartition des compétences en distinguant celles qui sont exclusives à la Communauté, celles qui ont été conservées par les Etats (et que l'on pourrait qualifier de nationales ou de compétences retenues ou réservées), et enfin, relativement aux compétences non exclusives des Etats ou de la Communauté, celles qui sont partagées ou concurrentes et qui sont régies par le principe de subsidiarité (Communication du 27 octobre 1992) ».

ajoutée » inscrits à l'article 3B§2 (nouvel article 5§2 T.CE) pouvaient être mis en œuvre⁴⁶ – l'article opérant une nette dissociation entre la question de l'existence de la compétence communautaire de celle de son exercice⁴⁷ – ils induisirent concomitamment et logiquement une réflexion majeure sur la définition des « compétences partagées ».

Il faut toutefois préciser que le travail doctrinal, imposant, n'en a pas moins révélé la polysémie de la notion. On peut distinguer deux grands types d'analyses du système *communautaire* des compétences⁴⁸. Celles qui s'en tiennent à une présentation tripartite des compétences et celles qui raffinant afin d'être au plus proche de la réalité – dont on sait qu'elle est éminemment complexe – présentent des déclinaisons des plus fouillées et subtiles, préférant sacrifier la simplicité sur l'autel du réalisme. Ainsi, pour toute une série d'auteurs, il y aurait un consensus pour considérer que les compétences « exclusives », « partagées » et « complémentaires » sont les trois grandes catégories de compétences que connaît aujourd'hui le système d'intégration, ce qui aurait en outre été confirmé par les travaux de la Convention pour l'avenir de l'Europe⁴⁹ et la mouture finale du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il reste que les auteurs, à travers le mode de présentation de ces trois types de compétences, ne leur attribuent pas la même importance. Ainsi, Claude Blumann et Louis

⁴⁶ Parmi une littérature abondante, v. Areilza Carvajal, « El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión europea », *Revista española de derecho constitucional*, 1995, pp. 53-93 ; A. Barav, « Le principe de subsidiarité et sa mise en œuvre », *L'Union européenne de l'an 2000 : défis et perspectives*, C. Philip, P. Soldatos (dir.), Montréal, Université de Montréal, 1997, pp.113-133 ; H. Bribosia, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Commentaire sur l'article 3B du traité de Maastricht », *RMUE*, 1992, pp.165-188 ; V. Constantinesco, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de L.Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp.39-45 ; du même auteur, « Article 3B », *Commentaire article par article du TUE, op.cit.*, pp. 107-118 ; K. Lenaerts, P. Van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, pp.3-85 ; A.Toth, « The principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty », *CMLR*, 1992, pp.1079-1105 ; J. Verhoeven, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *Le principe de subsidiarité*, F. Delpérée (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.375-385.

⁴⁷ Sur cette distinction, v. K. Lenaerts, P. Van Ypersele, *op.cit.*, p.12 et s.

⁴⁸ Il n'est pas question, ici, de procéder à une analyse qui se voudrait exhaustive du discours doctrinal sur le système des compétences. L'entreprise, en plus d'être difficilement réalisable du point de vue méthodologique, ne pourrait guère, quoi qu'il en soit, être menée à terme dans le cadre limité de cette étude. Il suffit toutefois de présenter un florilège des recherches doctrinales pour se rendre compte que la notion s'avère difficilement saisissable et qu'en définitive, le seul élément de consensus réside dans le fait que le système communautaire des compétences est basé, à l'origine, sur la méthode fonctionnelle et qu'il repose sur des principes régulateurs clairement identifiés. Hormis ces deux faits incontestés, qui réunissent tous les commentateurs, les oppositions ne manquent pas.

⁴⁹ E. Alberti Rovira, « La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros », *Revista de Estudios políticos*, Enero-Marzo 2003, n°119, pp.81-110, spec., pp.102-103. La doctrine anglo-saxonne arrive au même résultat au prix toutefois d'un flou terminologique regrettable. Et de considérer comme équivalentes les notions de compétence et de pouvoir, v. G. De Búrca, B. De Witte, « The delimitation of powers between the EU and its Member Status », *Accountability and the legitimacy in the European Union*, A. Arnall, D. Wincott (eds), Oxford University Press, 2002, pp.201-222, spec. pp.208-213. La langue anglaise connaît pourtant le terme de « *competence* ». Ainsi, il est notable de constater que K. Lenaerts et P. Van Nuffel dans leur somme – *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 716p. – utilisent indistinctement « *powers* » et « *competences* » pour nommer ce que la doctrine française considère être des « compétences » (spec. pp. 88-111.)

Dubouis, en érigeant « le binôme » compétences exclusive et partagée en « compétences principales », entendent rappeler leur importance originelle, même si leur consécration formelle fut tardive⁵⁰. La situation doctrinale – à l’intérieur de cette première catégorie – est encore plus nuancée, surtout si on prend en considération la question terminologique et l’ambivalence récurrente dans l’utilisation des termes. Certains arrivent à une présentation en trois temps, mais n’y incluent pas les mêmes référents. C’est le cas de Ricardo Alonso García⁵¹ pour qui ce sont les compétences « exclusives », « partagées » (*compartidas*) et « non prévues » (*imprevistas*) (celles de l’ancien article 235 T.CE, actuel article 308 T.CE) qui constituent l’armature du système communautaire des compétences. Et d’englober, sous le chapeau des compétences « partagées », tout à la fois, les compétences « concurrentes »⁵² et les compétences « complémentaires »⁵³. D’autres arrivent au même résultat en suivant toutefois une division binaire et en utilisant d’autres mots. Pour Joël Rideau, il y aurait d’un côté les compétences « exclusives » et de l’autre les compétences « concurrentes » qui intègrent en réalité, les compétences complémentaires⁵⁴.

Pour d’autres auteurs, bien que cette classification – dont le pivot s’articule autour du binôme compétence exclusive – partagée/concurrente ait des vertus explicatives, elle n’en est pas moins insatisfaisante « compte tenu de la nature spécifique de l’intégration

⁵⁰ C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Paris, Litec, 2005 (2^o ed.), p.296 : « §471. La dichotomie compétence exclusive et partagée ne figure pas initialement dans les traités. Pur produit de la jurisprudence, il faudra attendre le traité de Maastricht et l’article 5 (ex-3 B) du traité de Rome pour la voir consacrée, mais avec une relative prudence puisqu’on y apprend au détour d’une phrase, que le principe de subsidiarité ne joue pas dans les domaines de compétence exclusive. » Si ce tandem notionnel est fondamental pour certains auteurs et si les « compétences complémentaires » n’apparaissent pas dans leur ouvrage, la date de publication, antérieure au TUE adopté à Maastricht, en est la cause. V. en ce sens G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 2001 (8^o ed.), pp.41-44.

⁵¹ Ricardo Alonso García, *Derecho comunitario. Sistema constitucional y Administrativo de la Comunidad europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Acero, 1994, pp.568-571 (Col. Ceura »).

⁵² *Ibid.*, p.565 : « A diferencia de las exclusivas, las competencias concurrentes implican un apoderamiento paralelo de la Comunidad y de los Estados miembros para intervenir en una materia, apoderamiento que tiene una naturaleza potencial y provisional por cuanto una vez que la Comunidad lo hace efectivo ejercitando la acción correspondiente, desplaza la competencia estatal. »

⁵³ *Ibid.*, p.567 : « Finalmente, por lo que se refiere a las competencias complementarias, el apoderamiento en favor de la Comunidad, como señalamos con anterioridad, sería a los solos efectos de completar las intervenciones de los Estados miembros, cuya competencia al respecto en ningún caso podría verse desplazada por las acciones comunitarias, llegando el Tratado incluso a prohibir expresamente en algunas materias « toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. »

⁵⁴ Joël Rideau, *Droit institutionnel de l’Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2002 (4^o éd.), p.487 : « L’essentiel des compétences de l’Union et des Communautés européennes est constitué par des compétences concurrentes de celles des Etats membres. Cette notion doit être comprise en ce sens que les autorités étatiques sont habilitées à intervenir tant que et dans la mesure où les institutions n’ont pas exercé leurs compétences pour remplir les objectifs qui leur sont assignés par les traités. Il faut cependant nuancer cette définition des compétences concurrentes. Dans certains domaines, les compétences attribuées n’appellent pas une substitution de l’Union européenne ou des Communautés européennes aux Etats, mais un complément apporté aux interventions de ces derniers qui peuvent agir parallèlement à l’action des institutions ou conjointement avec elles. » (Italiques ajoutées).

communautaire»⁵⁵. Ainsi, pour Denys Simon, «les critères fondés sur ‘l’exclusivité’ ou la ‘concurrence’ des compétences respectives ont en effet l’inconvénient de postuler l’existence d’un mode unique de distribution ainsi que la nature homogène de la compétence réservée, partagée ou transférée. Or, la structure du système de compétences établi par les traités révèle la coexistence de plusieurs techniques de répartition et l’hétérogénéité de la notion même de compétence»⁵⁶. En considérant que la logique de la répartition des compétences externes et internes n’est pas identique⁵⁷, c’est sur la base de cette *summa divisio* que l’auteur entend fournir une signification réaliste du système des compétences. Une telle démarche qui consiste à dépasser les classifications pédagogiques pour s’immerger dans la complexité communautaire a été suivie par ceux qui, de façon téméraire, consacrèrent leur recherche doctorale à la question des compétences. Les typologies qui en ont été conçues, bien qu’ayant pour base les notions d’« exclusivité » et de « coexistence des compétences » raffinent au point de présenter une série imposante de déclinaisons plus subtiles, mais aussi, complexes les unes que les autres⁵⁸.

Autant d’exemples qui démontrent à l’envi que le flou terminologique est patent dès qu’il est question de compétence partagée. En effet, ce très bref tour d’horizon permet de relever que pour certains auteurs, les compétences partagées et concurrentes sont des notions équivalentes⁵⁹ – en ajoutant même parfois à ce duo terminologique soit le terme de « compétence mixte » soit celui de « compétences parallèles » en les considérant comme des synonymes⁶⁰. « Pour d’autres, la notion de compétence partagée serait en réalité englobante

⁵⁵ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001 (3^e ed.), p.131.

⁵⁶ *Ibid.*, p.131.

⁵⁷ *Ibid.*, p.140 : « La répartition des compétences internationales entre la Communauté et ses Etats membres est sans doute encore plus complexe que la distribution des compétences ‘internes’ : cette dernière ne concerne que les rapports des Etats avec l’entité qu’ils ont créée et ne déploie finalement ses effets que dans l’ordre juridique communautaire, et indirectement dans les ordres juridiques nationaux, tandis que la première projette le partage des compétences opéré par les traités sur la scène internationale, dans les rapports de la Communauté et de ses Etats membres avec les Etats tiers ou les autres organisations internationales. En outre, l’attribution à la Communauté d’une compétence exclusive pour négocier et conclure certaines catégories d’accords internationaux qu’ils considèrent comme une part essentielle du ‘noyau dur’ de leur souveraineté. C’est la raison pour laquelle les questions soulevées par la distribution des compétences externes figurent parmi les plus ‘sensibles’ de l’analyse du système constitutionnel communautaire. ».

⁵⁸ On renvoie ici à la thèse de V. Michel, *op.cit.*, et plus spécialement les pp.97-194 qui concernent la « typologie des compétences ». On renvoie au tableau présenté en annexe (p. 569) qui fournit une photographie utile des déclinaisons créées. Dans la même lignée, V. Constantinesco, V. Michel, « Compétences communautaires », *Dalloz*, 2002.

⁵⁹ J-C. Masclet, « La répartition des compétences dans l’Union européenne », *L’Etat-nation au tournant du siècle : les enseignements de l’expérience canadienne et européenne*, P. Soldatos, J-C. Masclet (dir), Montréal, Université de Montréal, 1997, pp.179-203.

⁶⁰ C’est le cas pour C. Blumann et L. Dubouis, *op.cit.*, p.296 : « L’article 5 alinéa 2 ne mentionne donc pas expressément la notion de compétence concurrente ou partagée ou mixte, alors que pourtant cette catégorie s’avère matériellement la plus importante. » Pour K. Lenaerts et P. Van Nuffel, *op.cit.*, il faut y ajouter l’expression de « compétence parallèle » : « *Depending on their relationship to the powers of the Member States,*

— *i.e.* plus large que celle de compétence concurrente. Mais ici, des variations apparaissent. D'aucuns y adjoignent à leurs côtés les compétences complémentaires⁶¹ ; d'autres, sur la base de définitions particulièrement précises y ajoutent les « compétences parallèles » qui « supposent que la Communauté et les Etats aient un titre de compétence identique, leur conférant des pouvoirs similaires⁶² ». Il y a enfin ceux qui réfutent expressément toute concordance en s'élevant contre les amalgames en la matière⁶³. Devant une telle variété analytique, le point de référence constitué par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prend ici toute son importance. A quelle définition doctrinale les « compétences partagées » consacrées à articles I-12§2 font-elles référence ?

III. La consécration conventionnelle

Il apparaît que les auteurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe – bien qu'utilisant l'expression de 'compétence partagée' – se sont en réalité appropriés la notion stricte de « compétence concurrente ». On doit à la doctrine de l'avoir diffusée dans le système communautaire sur la base d'une comparaison récurrente avec le fédéralisme, notamment allemand (article 72 de la Loi Fondamentale de Bonn)⁶⁴. En effet, les « compétences partagées » dans le TECE se définissent de façon générale comme des domaines où aussi bien l'Union que les Etats membres peuvent agir, ces derniers pouvant toutefois exercer leur compétence uniquement « dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la

the Community's competences are subdivided into exclusive and non-exclusive (non exclusive competences being sometimes referred to as « shared », parallel » or « concurrent » competencies) », p.95.

⁶¹ *Ad. ex.* Ricardo Alonso García, *op.cit.*, p.565.

⁶² V. Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'harmattan, 2003, p.133.

⁶³ J-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p.118 : « Les compétences communautaires sont normalement concurrentes, c'est-à-dire que les Etats membres restent compétents aussi longtemps que la Communauté n'est pas intervenue. On emploie également les termes de compétences partagées ou parallèles, mais ces termes pourraient donner l'impression que la Communauté et les Etats membres sont simultanément compétents dans une même matière. Or, ce n'est bien entendu pas le cas puisque les Etats membres perdent la possibilité d'intervenir dès l'entrée en vigueur de la législation communautaire. »

⁶⁴ Pour l'étude pionnière en la matière, v. Vlad Constantinesco, *Compétences et pouvoir dans les communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, 492p. Voir également la thèse de V. Michel, *op.cit.*, p.140 et s. De même, il est des auteurs de manuels comme G. Isaac et Marc Blanquet qui, n'ayant pas mentionné l'expression de compétences partagées, ont préféré usé du terme très précis de « compétences concurrentes » pour affirmer ce qui suit. « D'une manière générale, les compétences attribuées aux Communautés sont des compétences concurrentes, au sens de l'article 72 de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande ; c'est-à-dire que les Etats conservent la compétence de légiférer ou de prendre des engagements conventionnels avec les pays tiers aussi longtemps et dans la mesure où les autorités communautaires ne sont pas encore intervenues dans le domaine en cause », *Droit communautaire général*, 2001, p.41. Pour des articles ayant expressément établi la corrélation entre le système communautaire et le système fédéral des compétences concurrentes, v. K. Lenaerts, P. Van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte... », *op.cit.*, p.13 et s ; H. Bribosia, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres. Commentaire de l'article 3B du traité de Maastricht », *RMUE*, 1992/4.

sienne ». L'écho avec l'article 72§1 de la Loi Fondamentale de Bonn est patent dans la mesure les *Länder* « ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps que et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative. » Alors qu'il est avéré que « la notion de compétences concurrentes n'apparaît pas en tant que telle dans le corps du traité, ni dans la jurisprudence »⁶⁵, la doctrine a été celle qui l'a érigée en catégorie de compétence à part entière en considérant que, sur un même domaine, deux titulaires disposent d'un titre légitime à intervenir mais de façon successive et non simultanée⁶⁶. Rapidement toutefois, on l'a vu, un relâchement terminologique général assimila – pour une très grande partie des auteurs tout du moins – les notions de compétences concurrentes à celles de compétences partagées, ce qui explique son utilisation par les Conventionnels dans un premier temps⁶⁷, puis les Etats dans un second temps au stade des négociations finales de la CIG. Les premiers commentateurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne s'y sont d'ailleurs pas trompés⁶⁸. Est-ce à dire que la jurisprudence communautaire ne sert point de référence en la matière ? La réponse est évidemment négative. Car si la doctrine usa du concept fédéral de compétence concurrente dans l'ordre communautaire ce fut pour mieux décrypter et éclairer sous un angle théorique le foisonnement jurisprudentiel. La Cour de justice, sans le dire, s'inspira du fédéralisme notamment de la doctrine de la préemption, qui désigne le processus de dépossession progressive des Etats fédérés du fait de l'exercice de la

⁶⁵ V. Michel, *op.cit.*, p.140.

⁶⁶ Dès 1974, V. Constantinesco soulignait l'inadaptation du terme de « compétence concurrente » pour souligner que le terme de « compétence successive » serait plus idoine, *op.cit.*, p. 279.

⁶⁷ Les Conventionnels se sont à cet égard largement inspirés d'un rapport d'A.Lamassoure adopté en mai 2002 par le Parlement européen, *La délimitation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres*, A5-0133/2002.

⁶⁸ Ainsi pour H. Bribosia, « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, M. Dony, E. Bribosia (dir.), Bruxelles, Ed. ULB, 2005, p.59 « sans être précise, cette définition [celle de l'article I-12§1] s'inspire du concept des compétences concurrentes dans certains systèmes fédéraux, et notamment dans le système fédéral allemand. » De même, M. Nettesheim, « The order of competence within the treaty », *La Constitución de la Unión europea*, C. Closa Montero, N. Fernandez Sola (dir.), Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 2005, p. 259 : « The treaty states that Member States may exercise their competence only to the extent that the Union has not exercised, or has decided to cease exercising, its competence. This wording makes it clear that the legislator has in mind a true bar such is also brought about article 72 of the German Grundgesetz. ». P. Manin, qui publia dès octobre 2004 une édition refondue de son manuel – *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, 555p.– en intégrant toutes les nouveautés issues du processus de négociation qui aboutit à la signature du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, considéra que l'article I-12 s'inspirait, dans sa formulation, du fédéralisme notamment allemand (p.120). De même, D. N. Triantafyllou, dans une analyse percutante sur les négociations qui aboutirent à l'adoption du projet de traité par la Convention qui, sur la question des compétences ne pâtirent point de corrections de la part des Etats au sein de la CIG – *Le projet constitutionnel de la Convention européenne. Présentation critique de ses choix clés*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 142p. – affirma que la définition des « compétences partagées » concerne « ce que d'autres systèmes fédéraux (notamment le système allemand) appellent 'compétences concurrentes', dont l'exercice de l'une (la fédérale) élimine l'autre, selon une règle de préemption. » (p.43). v. également, S. Garcia Couso, « Naturaleza y clasificación de las competencias en la Constitución europea », E. Avarez Conde et V. Garrido Mayol (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Banch, 2004, p.562.

compétence de l'Etat fédéral, ce qui aboutit à la reconnaissance d'une compétence exclusive par exercice au profit du centre, comme en témoigne le §3 de l'article 72 de la Loi Fondamentale de Bonn⁶⁹. Or, en passant au crible de l'analyse l'article I-12, la logique est identique. A partir du moment où l'Union exerce de façon exhaustive sa compétence dans une matière, elle empêche corrélativement et automatiquement les Etats d'intervenir. Ils deviennent donc incompetents car la compétence, de concurrente est devenue exclusive au moyen de *l'exercice* intégral de celle-ci par l'Union. Ainsi, l'importante jurisprudence de la Cour relative aux compétences exclusives permet, *mais sans le mentionner comme tel*, d'établir les principes régissant les compétences partagées, principes qui furent éclairés par la doctrine au moyen du prisme fédéral de la préemption⁷⁰.

Il est intéressant de constater que les négociateurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne voulurent point cependant appréhender les compétences partagées uniquement à travers la problématique du dessaisissement des Etats, ce qui, politiquement était sans aucun doute inacceptable. L'article I-12§2 ajoute ainsi une incise importante selon laquelle les Etats membres peuvent exercer leurs compétences dans la mesure où l'Union « a décidé de cesser de l'exercer. » Dit autrement, le dessaisissement n'est pas à sens unique ; l'Union également peut être dessaisie ce qui permet de reconnaître la « réversibilité » des compétences partagées et leur retour dans le « giron » étatique. L'élément, d'importance, fut déterminant « pour réunir un consensus au sein de la Convention »⁷¹.

L'œuvre des auteurs des traités ne s'est pas uniquement limitée à prendre acte de la synergie entre le pragmatisme judiciaire et la théorisation doctrinale qui se développa pendant près de cinquante ans. En créant des compétences partagées d'un second type, ils innovèrent mais ne simplifièrent guère. Manifestation de l'ambivalence structurelle du traité⁷², les paragraphes 3 et 4 de l'article I-14 mentionnent deux domaines matériels (la recherche, le développement technologique et l'espace d'un côté ; la coopération au développement et l'aide humanitaire de l'autre) où le principe fédéral de préemption ne joue pas, l'exercice par

⁶⁹ Il se lit ainsi : «Une loi fédérale peut décider qu'une réglementation législative fédérale (...) peut être remplacée par le droit d'un Land ».

⁷⁰ E.D. Cross, « Pre-emption of member State law in the European Economic Community : a framework for Analysis », *CMLR*, 1992, n°29, pp.447-472 ; M. Waelbroek, « The emergent doctrine of Community Pre-emption – consent and redelegation », T. Sandalow, E. Stein (dir.), *Court and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, vol.2, 1982, Clarendon Press, pp. 548-580.

⁷¹ H. Bribosia, « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », *op.cit.*, p.60.

⁷² L. Burgorgue-Larsen, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences », *L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp.39-71.

l'Union de sa compétence n'éradiquant point celle des Etats⁷³. Si une telle différence a pu être expliquée au regard de la nature de ces politiques⁷⁴, il n'empêche qu'elle vient brouiller une notion qui, bien qu'elle aurait mérité la dénomination plus exacte de 'compétence concurrente', avait fini par s'imposer conventionnellement avec, comme critère distinctif, celui de la succession dans le temps de l'exercice de la compétence par ses deux titulaires⁷⁵.

Le « moment constitutionnel » vécu par le système d'intégration s'est soldé, pour l'heure, par un échec. Celui-ci restera-t-il un « échec d'étape » – dont la construction communautaire est coutumière – ou marquera-t-il profondément le cours de l'intégration au point de mettre en péril le mouvement de refondation lancé par la Déclaration de Laeken ? Quel que soit le sens que les Etats voudront bien donner à l'intégration européenne, il n'en reste pas moins que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe avait réussi, sur de nombreux points, à clarifier et ordonner l'existant. Ce fut le cas pour la notion de compétence partagée, construite au fil des ans sur la base d'une synergie constructive entre l'activisme de la Cour de justice et les travaux doctrinaux. Sans cette osmose, l'œuvre conventionnelle n'aurait pu faire émerger la définition des compétences partagées telle que présentée à l'article I-12§1 du TECE.

⁷³ Article I-14 – Les domaines de compétence partagée : « §3. Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, *sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur*. §4. Dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, *sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les Etats membre d'exercer la leur*. » (Souligné par nous).

⁷⁴ Hervé Bribosia affirme en effet que « compte tenu de la nature de ces politiques, des politiques nationales peuvent être conduites parallèlement à celles de l'Union, de façon additionnelle, sans être nécessairement incompatibles. », *op.cit.*, p.63.

⁷⁵ L'ambivalence est également présente dans la délimitation matérielle des compétences partagées dans la mesure, notamment, où la nomenclature de l'article I-14§2 n'est pas exhaustive. Ceci signifie « qu'à défaut de disposition expresse en sens contraire, les nouvelles compétences de l'Union résultant par exemple de la clause de flexibilité, viendraient s'incorporer aux compétences partagées », C. Blumann, « Projet de constitution pour l'Europe », *Europe*, Fasc.120, 2005, p.20. Pour prendre connaissance d'autres ambiguïtés génératrices de complexité, v. H. Bribosia, « La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres », *op.cit.*, pp.62-64.

