

L'ÉTAT MEMBRE : L'« HYDRE » DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPEEN

Béligh NABLI,
*Maître de conférences en droit public à l'université de Paris XII,
membre du CERCO*

La création de l'Union européenne est le produit de la volonté d'États. La condition « étatique » de ses membres évoque les fondements interétatiques de l'Union¹. Penser l'Union, c'est donc penser aussi les États de l'Union, ses États membres.

Depuis le début du processus d'intégration européenne, l'édifice en construction est basé sur un principe politique qui n'a jamais été remis en cause fondamentalement, celui selon lequel l'intégration ne peut se réaliser ou progresser sans impulsion des États. La théorie constitutionnelle et la théorie de l'État - traditionnellement centrées sur le modèle de l'État-nation - sont saisies par la notion d'État membre de l'Union européenne. Le principe d'appartenance de l'État à l'Union échappe au rapport de type hiérarchique (ou de subordination) et ne peut non plus se résumer à des configurations conflictuelles et simplistes, telles que l'« *Europe contre l'État (...), l'État contre l'Europe* »². C'est plutôt une logique utilitaire et instrumentale qui prévaut. D'un côté, les États membres sont perçus par les institutions européennes comme des « *instruments d'intégration* »³ ; de l'autre, l'Union européenne fait figure, pour les États membres, d'instrument au service de leurs intérêts nationaux. Derrière la participation à l'Union européenne se profile une ambition nationale, une vision de la France dans le monde⁴. Les indices ne manquent pas : l'attention portée sur la présence française au sein des institutions de l'Union (à l'échelon administratif et politique), à la place de la langue française dans le régime linguistique de l'Union ou encore à l'influence des catégories juridiques tirées du droit français sur le droit communautaire⁵.

L'analyse juridique de cette figure étatique n'en demeure pas moins difficile et complexe. D'abord, cette question est étroitement liée à la nature de l'Union européenne, cet ensemble plus vaste auquel l'État appartient, dont la qualification juridique est elle-même confrontée à des difficultés voire à des apories. Ensuite, les règles qui régissent le statut d'État membre⁶ sont

¹ L'Union européenne reste caractérisée par une « *dualité déséquilibrée* » inhérente à sa double source de légitimité. Entre l'Union des États et l'union de citoyens européens, la balance incline encore vers la première. O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, pp. 257-266, spéc. p. 265.

² J. RIDEAU, « Quinze États membres en quête d'union », in *Les États membres de l'Union européenne. Adaptations, Mutations, Résistances*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 2-12.

³ M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *R.T.D.E.*, n° 4, oct.-déc. 1990, pp. 693-711, spéc. p. 698.

⁴ Jean-Louis QUERMONNE, « La France et la constitution européenne », *Allemagne d'aujourd'hui*, avril-juin 2003, n° 164, p. 9.

⁵ Sur l'ensemble de ces points, cf. récemment Jacques FLOCH, *Présence et influence de la France en Europe : le vrai et le faux*, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, Rapport d'information n° 1594, mai 2004, 144 p.

⁶ F. CHALTIEL, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », in Colloque de la C.E.D.E.C.E. à l'Université de Poitiers, La Documentation française, 2002, Vol. 1, pp. 163-178, spéc. p. 176 ; M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *op. cit.* ; A. VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER et V. MICHEL (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, P.U.S., 2005, pp. 239-278 ; I. PINGEL, « L'appartenance à la Communauté : conditions et limites », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, t. I, 2004, pp. 69-81 ; E. DAVID, « L'État-communautaire », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR et D. RITLING, *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, P.U.S., 2007, pp. 13-37. Pour une approche exhaustive voir les études sur « l'État membre de l'Union européenne », in *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, pp. 1-256.

éparses : regroupées ni dans un *corpus* juridique spécifique, ni dans un texte unique national ou communautaire. Les dispositions pertinentes obligent à un va-et-vient incessant entre le droit interne et le droit communautaire. Cette donnée assied l'idée d'un « droit mixte » de l'État membre de l'Union européenne, fait pour une part de règles internes, pour l'autre, de règles communautaires. Du reste, le droit communautaire, comme les droits constitutionnels nationaux, négligent-ils de produire une définition générale de l'État membre de l'Union européenne. Le recours ponctuel à la notion d'État membre ne prétend pas la définir *in abstracto*. Les principaux attributs de l'État membre sont évoqués de manière indirecte et incidente dans les traités⁷, dans certaines constitutions nationales ou encore dans les jurisprudences communautaire et nationales. Enfin, l'analyse de cette notion d'État membre est confrontée à un problème de plus en plus aigu. Elle n'échappe pas à la dialectique unité/diversité. D'aucuns tentent de forger la notion d'« État communautaire »⁸. L'expression postule l'existence d'une catégorie homogène d'État membre de l'Union européenne. L'unité de cette catégorie juridique peut se fonder sur le plus petit dénominateur juridique commun : l'appartenance de l'État aux Communautés et à l'Union européennes. Cette qualité de membre résulte d'un acte de souveraineté, source de droits et obligations auxquels ils ont librement consenti. Mais par-delà cette base commune, la multiplication des protocoles et déclarations annexés aux traités et la boîte de pandore que représente le mécanisme de « coopération renforcée » - introduit par le traité d'Amsterdam - alimentent la diversification des situations conventionnelles des États membres. Or, en créant plusieurs catégories de membres, au risque de la fragmentation, le phénomène de la « différenciation » interroge la substance même de l'idée d'« État communautaire ». De manière pragmatique, le traité CEE signé à Rome en 1957 permettait déjà aux États membres de prendre des mesures dérogatoires temporaires, afin de les aider à résorber leurs difficultés. Le phénomène de différenciation prend une dimension nouvelle avec le traité sur l'Union européenne (1992), avec la non-participation de certains États membres à la zone euro, aux progrès en matière de défense ou de libre circulation des personnes. Ainsi, l'Union européenne connaît de nombreuses formes d'intégration différenciée, à la fois dans les traités⁹ et hors des traités¹⁰. La politique spatiale, la coopération intergouvernementale en matière industrielle, l'euro, l'espace Schengen en sont des exemples. La reconnaissance de cette différenciation « statutaire » et politique traduit une réalité : l'intégration européenne est une intégration différenciée¹¹. Aussi, si la possibilité pour des États membres de créer des « coopérations renforcées » n'a jusqu'à présent pas été utilisée¹²,

⁷ L'article 299 du traité CE renvoie à la dimension territoriale de l'entité étatique ; les articles 17 et 39 § 3 et § 4 recouvrent les concepts de population étatique et de nationalité. Les articles 39 § 4, 203, 234 identifient un certain nombre d'organes constitutionnels, auxquels s'ajoutent d'autres collectivités et structures publiques reconnues par exemple par l'article 154 du traité CE. Un second ensemble de dispositions permet l'identification des missions d'autorité et de souveraineté inhérentes au concept d'État. Il réunit les articles 30 et 39 § 3 du traité CE, sans oublier les articles 87 et 88 qui cerne les limites des aides accordées par les États membres.

⁸ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, P.U.F., 2004, 585 p., spéc. p. 281 ; E. DAVID, « L'État-communautaire », *op. cit.*

⁹ Les traités communautaires peuvent prévoir que certaines de leurs dispositions ne s'appliquent pas à tous les membres ou font l'objet d'une conditionnalité. Ceci suppose que les signataires, à la fois ceux qui se voient appliquer ces dispositions et ceux qui en sont exemptés, acceptent ce traitement différencié.

¹⁰ La différenciation hors traité est celle qui offre le plus de flexibilité sur le plan du droit. En effet, rien n'interdit aux États membres de conclure des accords ou conventions entre eux dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union.

¹¹ La différenciation permet aux États membres intéressés de progresser selon des rythmes et/ou des objectifs différents. Idée que traduit un certain nombre d'expressions : « Europe à géométrie variable », « Europe à plusieurs vitesses », « Europe à la carte », « Noyau dur », « Cercles concentriques », « traité dans le traité », « Avant-garde », « Groupe pionnier », « Centre de gravité ».

¹² Ce mécanisme permet une coopération plus étroite entre les États membres qui souhaitent poursuivre l'approfondissement de la construction européenne, dans le respect du cadre institutionnel unique. Le traité de Lisbonne prévoit de modifier certaines dispositions applicables aux coopérations renforcées. Les principales nouveautés introduites par le traité de Lisbonne concernent donc la facilitation de l'utilisation des coopérations

l'unicité de la catégorie juridique d'État membre est aussi mise à l'épreuve par les particularismes « internes ». En effet, le processus d'intégration européenne ne met pas fin à la diversité des traditions constitutionnelles, administratives, juridiques des États membres¹³. En dépit de traits communs dans l'organisation des pouvoirs publics¹⁴, chacun des États membres développe sa conception de la séparation des pouvoirs, tant horizontale que verticale¹⁵. En toute logique, cette autonomie constitutionnelle et institutionnelle se vérifie dans le rapport qu'entretient chaque État membre à sa participation à l'Union européenne : les différentes configurations ne convergent pas vers un modèle unique et accroît la différenciation des situations juridiques.

En dépit de ces diverses sources de fragmentation, l'État membre de l'Union européenne n'en forme pas moins une catégorie juridique propre et représente un « cercle étatique » restreint, dont il est possible de définir une « identité commune ». Il convient en tous les cas de s'en méfier¹⁶, car s'interroger sur la notion d'identité, c'est affronter des logiques contradictoires. D'un côté, elle répond à une logique de singularité, de l'autre à une logique d'appartenance. En d'autres termes, la notion d'identité permet à la fois de souligner la singularité d'une entité et son appartenance à un ensemble plus large. L'identité renvoie aussi bien au spécifique qu'à l'identique, au semblable qu'au dissemblable, à la différence qu'à la ressemblance. Evoquée traditionnellement à propos de la psychologie humaine, la notion d'« identité » s'est progressivement imposée parmi les outils d'analyse dans les sciences humaines, avant de s'immiscer dans les rapports entre l'Union européenne et ses États membres. Ainsi, la Constitution européenne a tenté d'apporter une réponse à la crise existentielle de l'Union européenne, en contribuant à définir une identité européenne, tout en affirmant le respect des identités nationales. Dans l'ordre juridique français, la question de la préservation de l'identité constitutionnelle nationale face à l'Union européenne¹⁷ a resurgit par la fenêtre du contentieux constitutionnel¹⁸. Or, à l'inverse de la logique qui motive la formulation du Conseil constitutionnel relative à « l'identité constitutionnelle de la France », la notion d'identité de l'État membre de l'Union européenne peut être comprise comme l'ensemble des caractères communs à ces entités étatiques faisant partie d'un ensemble plus vaste. Les différents visages constitutionnels de l'État membre renvoient à une même réalité globale et complexe. En ce sens, la figure constitutionnelle de l'État membre n'est pas sans rappeler la figure mythologique de l'Hydre de Lerne¹⁹, créature à multiples têtes.

renforcées dans les domaines de la justice, des affaires intérieures et de la défense. Le régime général reste néanmoins très encadré.

¹³ C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, 175 p., spéc. p. 117.

¹⁴ Cf. J. ZILLER, *Administrations comparées, Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, Montchrestien, 1993, 511 p.

¹⁵ La structure de la séparation verticale des pouvoirs est un point de clivage majeur parmi les États membres : la Communauté européenne comprend des États fédéraux, des États régionalisés ou autonomistes et des États unitaires.

¹⁶ Voir C. LEVI-STRAUSS (dir.), *L'identité*, Paris, PUF, 1977, p. 331 : « [t]oute utilisation de la notion d'identité commence par une critique de cette notion ».

¹⁷ A. LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », in *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, pp. 173-197.

¹⁸ Dans sa décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel précise « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Parallèlement à ce contrôle de constitutionnalité réduit aux fondamentaux de l'identité constitutionnelle nationale, le Conseil d'État affirme qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe à valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui garantit le respect du principe constitutionnel invoqué. Si c'est le cas, « il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire » (arrêt d'Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*).

¹⁹ L'anecdote qui met en scène cette créature est un des douze travaux d'Hercule. Lerne se trouve près d'Argos, contrée non seulement fertile mais aussi sacrée car c'est ici que Dionysos descendit au Tartare. C'est donc dans cette région, célèbre pour ses rites nocturnes, que doit se rendre Héraclès pour sa seconde épreuve ; cette dernière consiste

Basé sur une personnalité juridique unique, l'État membre de l'Union européenne connaît un certain nombre de caractères communs inscrits dans la lettre et l'esprit du traité CE et du traité UE, véritables « chartes constitutionnelles de base »²⁰ des Communautés et de l'Union européenne. Ces caractères sont autant d'éléments constitutifs de l'identité constitutionnelle de l'État membre (I). Mais au-delà de son essence, l'État membre est à la fois fondateur, acteur et sujets de l'Union européenne. Il contribue en effet à la création, à l'existence et à l'effectivité de l'ordre juridique communautaire. Ses actes sont l'expression de pouvoirs de type constitutionnel (II).

I – L' « identité constitutionnelle » de l'État membre

A défaut de définition juridique d'origine communautaire ou nationale, l'identité constitutionnelle de l'État membre résulte ici d'une définition stipulative. Au-delà du corpus des droits et obligations communs aux États membres de l'Union européenne, il est possible de fonder l'unité de la catégorie des « États membres de l'Union européenne » sur la base de caractères communs de nature juridique et/ou métajuridique. L'identité constitutionnelle de l'État membre de l'Union européenne repose sur ses caractères d'État souverain (A), d'État-nation européen (B) et d'État libéral (C).

A – Un État souverain

L'Union européenne demeure strictement composée d'États au sens du droit international. L'appartenance et la participation d'un État membre à l'Union européenne reposent sur un acte de souveraineté, un acte volontaire.

L'exigence d'un statut d'État est une condition préalable à la qualité de membre de l'Union. Cette exigence n'a pas encore posé de problème prégnant. Il faut seulement que le candidat soit reconnu comme État par tous les États membres. Cependant, face au démantèlement de la Yougoslavie, les États membres ont fait montre de divergences de vues devant la proclamation d'un nouvel État (la Croatie par exemple). D'où des reconnaissances plus ou moins empressees. Cette condition pourrait donc avoir à jouer dans des hypothèses semblables de bouleversements historiques.

Ensuite, l'adhésion à l'Union européenne et *a fortiori* la qualité de membre ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère souverain de l'entité étatique. L'appartenance à l'Union européenne et aux Communautés européennes ne signe pas la disparition de la souveraineté de l'État, mais conduit à l'aménager en qualifiant la souveraineté de l'État en qualité de membre²¹. Le principe de souveraineté de l'État forme le substrat sur lequel se fonde la participation de la France à la Communauté européenne. Encore faut-il s'entendre sur le sens juridique de ce principe. Le concept de souveraineté reçoit en effet plusieurs acceptions qui peuvent mener à des conclusions opposées. Dans ce débat, il convient d'évoquer les distinctions auxquelles Carré de Malberg a procédé au sein du concept de souveraineté²². Partant de la typologie élaborée par le Maître de

à débarrasser la population d'une bête terrifiante qui répand un venin si toxique que son haleine ou son odeur seuls suffisent à empoisonner les mortels.

²⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Parti Les Verts*, aff. 294/83, Rec., p. 1339.

²¹ Cf. notamment F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français, recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, L.G.D.J., 2000, 606 p.

²² CARRE de MALBERG avait déjà dégagé trois significations principales et distinctes du concept de souveraineté : « Dans son sens originnaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par site synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe » ; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome I, rééd., C.N.R.S., 1962, p. 79. Le professeur Michel Troper ajoute une quatrième signification au concept de souveraineté : « c'est la qualité de l'être au

Strasbourg, on peut d'abord estimer que les États membres de la Communauté européenne n'ont pas perdu leur souveraineté internationale, car ils détiennent encore la faculté de manifester leur souveraineté en dénonçant les traités ou en violant sciemment le droit communautaire au risque d'être condamné par la Cour de justice²³.

Si l'on conçoit la souveraineté au sens de « puissance d'État », il faut savoir si la qualité d'État membre est susceptible de mettre en cause le caractère illimité et indivisible de la souveraineté de l'État. Sur le premier point, comme le souligne Michel Troper, il s'agit en réalité « *d'une limitation de l'exercice de certaines compétences, (...) cette limitation est consentie par l'État et (...) le pouvoir d'y consentir est précisément la manifestation de la souveraineté* »²⁴. En d'autres termes, si le Conseil constitutionnel peut effectivement relever une « *atteinte aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale* », la souveraineté demeure, dans son principe, sauvegardée. Sur le second point, d'aucuns affirment que la souveraineté est désormais partagée et/ou divisible. La division renvoie à l'hypothèse selon laquelle la Communauté européenne bénéficie du transfert de certaines compétences qu'elle exerce exclusivement, alors que les États membres continuent d'exercer les autres. L'idée de partage a trait en revanche aux compétences exercées concurremment par les États membres et la Communauté.

Enfin, du point de vue de la souveraineté au sens d'« organe souverain », il importe de savoir si l'organe constituant de l'État est limité par l'appartenance de l'État aux Communautés et à l'Union européennes. Autrement dit, les normes communautaires priment-elles sur les normes constitutionnelles nationales ? Quelles que soient les hésitations jurisprudentielles à ce sujet, il est clair que le principe de la primauté du droit communautaire reposerait sur la Constitution nationale elle-même²⁵. Mais pour Olivier Beaud, au regard des transferts de compétences dans les domaines touchant au noyau dur de la *Staatlichkeit*, il est indéniable que « *le processus à l'œuvre dans la construction européenne conduit à une perte de souveraineté et à une modification substantielle de la constitution de chaque État* »²⁶. Partant d'une distinction de la souveraineté de l'État et de la souveraineté du constituant, Olivier Beaud estime que la première a été gravement affectée et ce, à double titre : par la mise en œuvre de l'Union économique et monétaire d'une part, par la politique des visas d'autre part. Or un État, précise-t-il, « *ne peut renoncer à sa souveraineté monétaire ou à sa souveraineté territoriale, sans cesser d'être un État digne de ce nom* »²⁷. En définitive, une telle remise en cause selon Olivier Beaud affecte la nature étatique de la France (ou le « fait d'être un État » - *Staatlichkeit*). Les transferts de compétences auxquels procède le traité sur l'Union européenne sont pour l'auteur autant de véritables abandons de souveraineté étatique. Ils le conduisent à conclure que « *l'État jadis souverain devient un État membre* »²⁸. Dès lors, « *le changement de statut que constitue ce passage de l'État (...) à l'État membre de l'Union européenne (...) requiert un acte solennel, un acte fondamental au sens plein du terme, et non pas n'importe quelle révision constitutionnelle dont le peuple pourrait être exclu au bon gré des gouvernants* »²⁹. On assisterait ainsi à un phénomène de « désétatisation » de la puissance publique des États membres. Si ce dernier élément n'est pas contestable, l'argumentation générale est moins convaincante.

Dans le cas de la France, lorsque la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a brisé le silence constitutionnel de 1958, la qualité d'État membre s'est enracinée dans (le Titre XV de) la norme

nom duquel est exercée la souveraineté dans les trois premiers sens » ; M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 117-140, spéc. p. 122.

²³ Cf. en ce sens M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », *op. cit.*, pp. 123-127.

²⁴ M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », *op. cit.*, p. 128.

²⁵ L'article 55 pour la primauté du droit communautaire sur la loi, l'article 88-1 pour la primauté du droit communautaire sur la Constitution.

²⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, 512 p., spéc. p. 488.

²⁷ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *R.F.D.A.*, n° 6, 1993, p. 1053.

²⁸ *Ibid.*, p. 1051.

²⁹ *Ibid.*, p. 1063.

suprême. Une Constitution duale ne signifie pas un « État dual ». Les bases constitutionnelles nationales spécifiques relatives à la qualité d'État membre ne font pas de l'État, un « État dual », sujet à un « dédoublement de la personnalité juridique ». Le titre XV de la Constitution tente de concilier les qualités d'État souverain et d'État membre, le principe de sa liberté souveraine et les obligations afférentes à son appartenance. Le pouvoir constituant évite de délivrer le moindre « blanc-seing » à la Communauté européenne. Le titre XV se garde d'énoncer une clause générale de compétence en sa faveur. Le pouvoir constituant procède juste à des adjonctions ponctuelles. L'accent est mis sur « l'exercice en commun de leurs compétences » et place substantiellement la question de la souveraineté de l'État au cœur de la qualité d'État membre. La liberté souveraine de l'État continue de former la base de sa participation. Tant que les transferts de compétence sont le produit de sa libre volonté, l'État membre n'abandonne pas sa souveraineté. Le pouvoir de consentir librement à ces transferts de compétence manifeste précisément sa souveraineté³⁰. En décidant librement de faire acte d'appartenance aux Communautés et à l'Union européennes, l'État consent à ce que sa souveraineté soit « librement encadrée »³¹. Le Conseil constitutionnel insiste particulièrement sur cette idée de participation de la République française « à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences [qui ont été] consentis par les États membres »³². En ce sens, la qualité d'État membre vient confirmer la pleine et entière souveraineté des États membres. Il suffit pour cela de distinguer définitivement souveraineté et compétence, c'est-à-dire souveraineté et exercice de la souveraineté. L'État membre, parce qu'il est souverain, reste libre de transférer des compétences. On rejoint la notion de « compétence de la compétence »³³ : est souverain celui qui dispose de la maîtrise du pouvoir de répartition des compétences. Chaque État membre conserve le pouvoir de juger lui-même ce qui relève ou non de sa compétence³⁴. Les États membres de la Communauté européenne demeurent souverains : chacun d'entre eux reste « maître des traités », puisqu'il peut - en théorie du moins - aussi bien s'opposer seul à une révision que revenir sur son adhésion initiale par un acte contraire³⁵. En dépit de la succession des transferts de compétences, chaque État membre conserve la « compétence de la compétence », le pouvoir de juger lui-même de ce qui relève ou non de sa compétence. Le système de répartition de compétence entre la Communauté européenne et les États membres repose sur le principe de la compétence d'attribution (au cas par cas) de la première. De même que les États membres ont choisi librement de transférer des compétences aux Communautés et à l'Union européennes, les États membres demeurent, selon la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, des États souverains qui participent à une « association d'États » (*Staatenverbund*) pour laquelle « il n'est pas créé une compétence de la compétence »³⁶. Comme en témoigne la déclaration de Laeken, les États membres ne cachent

³⁰ M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD (et al.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., spéc. p. 128.

³¹ Cf. J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47-58.

³² Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, J.O.R.F. du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 6.

³³ Elaborée dans le cadre du partage de compétence entre niveaux fédéral et fédéré, cette notion est due à Hugo Heinrich Albin Böhlau, auteur de *kompetenz-kompetenz*, Leipzig, Veit, 1869, 79 p.

³⁴ Selon la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, les États membres demeurent des États souverains qui participent à une « association d'États » (*Staatenverbund*) pour laquelle « il n'est pas créé une compétence de la compétence ». Voir BverfGE 89/155, § 90 ; traduction in *C.C.C.*, n° 15, 2003.

³⁵ Certes, le droit de retrait de l'Union européenne et des Communautés européennes n'est pas mentionné dans le traité CE. Cela ne signifie pas qu'il soit exclu. Comme l'écrit Joe Verhoeven, « en application des règles générales du droit des gens, ce droit ne saurait [toutefois] être refusé aux États membres » ; in *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, ??? p., spéc. p. 92. Du reste, ce droit de retrait figure à l'article I-60 du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

³⁶ Voir BverfGE 89/155, § 90 ; traduction in *Les C.C.C.*, n° 15, 2003.

pas leur volonté de contrôler les compétences de l'Union, et de se prémunir ainsi de tout empiètement sur leurs propres compétences³⁷.

Autrement dit, les transferts de compétences réalisés au profit de l'Union ne sont pas irréversibles. Par conséquent, ils ne sauraient être confondus avec un transfert de la souveraineté des États. Une partie de la doctrine soutient que si le statut souverain de la France n'a pas été modifié, c'est précisément parce que les compétences en question n'ont pas été véritablement transférées du cadre étatique vers des institutions supranationales, mais appartiennent encore à chaque État membre. Ainsi, l'exercice en commun des compétences rend mieux compte du processus de répartition des compétences que le terme de transfert. Alors que la notion de transfert implique une identité de la perte et de l'acquis, c'est plutôt une mutation dans le mode d'exercice des compétences qui s'opère³⁸. Pour les États, il s'agit moins d'un véritable dessaisissement que « *d'une mise et d'un exercice en commun de la compétence dans le cadre d'une structure institutionnelle qui leur fait une large place* »³⁹.

Si la Cour de justice a rapidement indiqué que les transferts de compétences des États ont un caractère irrévocable, le scénario d'un retrait volontaire de l'Union européenne peut théoriquement et juridiquement s'envisager, même si la question reste sujette à controverse. Pour une partie de la doctrine la portée de cette cause de retrait est à relativiser : elle ne ferait que codifier le droit existant ; elle ne rompt ni avec le régime en vigueur, ni avec le statut d'État membre d'une organisation internationale classique. Cette option n'est pas prévue explicitement par les traités en vigueur. Aucune clause de retrait ne figure dans le traité CE ou le traité UE. Le traité CE (articles 312 et 240) ainsi que le traité UE (article 51) contiennent une clause de non limitation de leur durée, mais on ne peut pas déduire de ce type de clause l'absence de droit de retrait pour les États membres. Les deux questions sont distinctes comme l'a montré la Cour constitutionnelle de Karlsruhe : « *[I]'Allemagne est l'un des 'maîtres des traités' qui ont proclamé leur engagement vis-à-vis du traité d'Union conclu 'à durée illimitée' (art. 9 du traité) avec la volonté d'une adhésion à long terme mais qui pourraient en définitive également révoquer cette appartenance par un acte contraire* »⁴⁰. L'éventualité d'un retrait de la France nécessiterait l'accord politique des parties concernées, en application de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ce dernier dispose que lorsqu'un traité ne contient aucune disposition concernant le retrait, celui-ci n'est possible que si toutes les parties y consentent. Dans la lignée du traité constitutionnel, l'article 50 du traité UE tel que modifié par le traité de Lisbonne permet à tout État membre de se retirer volontairement de l'Union européenne⁴¹. La clause de retrait porte en elle, un message métajuridique destiné aux États membres et aux citoyens européens : l'appartenance à l'Union est le produit de leur libre décision et ils demeurent maîtres de leur avenir. Il s'agit autrement

³⁷ Sur les nouveaux modes de contrôle des compétences et les éléments de clarification prévus par le traité constitutionnel, cf. en particulier J. DUTHEIL de la ROCHERE, « Fédéralisation de l'Europe ? Le problème de la clarification des compétences entre l'Union et les États », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., pp. 317-332.

³⁸ Le développement des compétences communautaires résultait également de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes et de son interprétation téléologique de traité CEE. L'article 235 du traité CEE assied la théorie des pouvoirs subsidiaires. Aussi, son interprétation extensive des compétences explicites des Communautés européennes lui a permis de développer très tôt des pouvoirs implicites. Cf. en particulier H. LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation: le traité instituant la Communauté européenne*, Paris, L.G.D.J., 1968, 319 p., spéc. pp. 144-145.

³⁹ C. GREWE, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », op. cit., p. 432.

⁴⁰ Voir BVverfGE 89/155, § 112, traduction in R.U.D.H., n° 7-8, 1993, p. 280. Sur la préexistence d'un droit de retrait, cf. A. VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », op. cit., p. 266.

⁴¹ L'État souhaitant se retirer devra notifier sa décision au Conseil européen et des négociations s'engageront pour fixer les modalités de ce retrait. Un « accord [sera] conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. » Cette procédure de retrait n'entraînera pas une révision de la Constitution. L'État qui s'est retiré pourra ultérieurement demander à adhérer de nouveau à l'UE.

dit d'une réaffirmation de la souveraineté de chacun des États membres, et de la prégnance du caractère interétatique de l'Union européenne⁴².

Le phénomène est plus problématique encore s'il se réalise exclusivement par des transferts de compétences qui, pris individuellement, s'analysent comme de simples limitations de souveraineté (elles sont constitutionnellement autorisées). Si de fait aucune de ces limitations ne dépasse à elle seule le seuil au-delà duquel il y a atteinte à la souveraineté de l'État, leur accumulation aboutit insidieusement à vider la souveraineté étatique de sa substance⁴³. En définitive, ces transferts « irréversibles », portant sur des domaines de compétences régaliens et prévus pour un nombre non négligeable de matières, définissent un équilibre délicat entre le principe de la souveraineté de l'État et le statut d'État membre de l'Union européenne.

Si la souveraineté de l'État membre de l'Union est formellement préservée, cette qualité intéresse l'essence nationale et européenne de l'entité étatique.

B – Un État national européen

L'État membre est un État-nation. Cette essence historique, culturelle et politique est heurtée par les implications de l'appartenance à l'Union européenne. La tension demeure prégnante entre le caractère national de l'État et sa qualité juridique de membre de l'Union. Le modèle apparu après le Traité de Westphalie et dans lequel l'État personnifie juridiquement la nation, ne semble plus être une fin en soi⁴⁴. La question qui se pose notamment en France consiste dans « le principe même de l'existence française, [en qualité d'] Etat national »⁴⁵. L'histoire politique et la culture juridique françaises sont centrées sur le modèle de l'État-nation. Le concept d'État se conjugue avec celui de nation, défini en 1789 par l'Abbé Sieyès comme « un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par la même législature »⁴⁶. Toutes les traditions d'histoire et d'esprit du peuple français le portent à voir dans l'État unitaire et souverain le type idéal de l'État. La qualité d'État membre affecte non seulement le modèle de l'État unitaire français hérité de la tradition jacobine et napoléonienne. Le poids de l'histoire politique et de la culture juridique françaises centrées sur le modèle de l'État-nation⁴⁷ explique en partie ses accès d'« eurofrilosité ». Prise dans une dialectique impulsion/inhibition, la politique européenne de la France - à la fois « État-nation souverain » et « État-nation membre » de l'Union - oscille entre intergouvernementalisme et stratégie d'intégration. État « pionnier » ou co-fondateur des Communautés et de l'Union européennes, la France est aussi en partie responsable de ses principales crises politico-institutionnelles, comme l'attestent l'épisode de la « chaise vide » - qui l'a opposée à ses cinq partenaires européens et à la Commission européenne - et le rejet populaire du traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui semble faire écho au rejet par l'Assemblée nationale en 1954 du traité de Paris instituant la Communauté Européenne de

⁴² Pour une critique de cette clause de retrait, voir par exemple J.-V. LOUIS, « Le droit de retrait de l'Union européenne », *CDE*, 2006, n° 3-4, pp. 293-314.

⁴³ En ce sens, cf. J. COMBACAU, « L'artichaut sénatorial », in *Pas une puissance, une liberté, la souveraineté internationale de l'État*, *op. cit.*, p. 57-58. P. SEGUIN, *J.O.A.N.*, 6 mai 1992, p. 869. Et plus largement, voir l'ensemble des séances du 5 au 13 mai : « en présentant chaque abandon parcellaire comme n'étant pas en soi décisif, on peut se permettre d'abandonner un à un les attributs de la souveraineté sans jamais convenir qu'on vise à la détruire dans son ensemble ».

⁴⁴ Cf. en particulier S. PIERRE-CAPS, « L'Union européenne, *Demos* et légitimité : de l'État-nation à la Multination », *Civitas europa*, n° 1, sept. 1998, pp. 35-42 ; L. VANDELLI, « La fin de l'État-nation ? », *R.F.A.P.*, n° 105/106, 2003, pp. 183-187 ; J. HABERMAS, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.

⁴⁵ Raymond ARON, à propos de l'enjeu du débat sur le traité CED, « Esquisse historique d'une grande querelle idéologique », in *La querelle de la CED. Essais d'analyse sociologique*, Cahiers de la F.N.S.P., n° 80, Armand Colin, 1956, p. 7.

⁴⁶ Emmanuel SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, éd. R. Zapperi, 1970, p. 126.

⁴⁷ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, réimp. C.N.R.S., 1962, t. I, p. 91.

Défense⁴⁸. Au lieu de consacrer le projet politique porté par la « Constitution européenne », le processus laborieux de ratification du traité constitutionnel a manifesté au contraire la crise démocratique de ce projet. Le 29 mai 2005, les Français ont rejeté le projet de Constitution européenne soumis à leur approbation à la faveur du référendum, décidé par le Président de la République. Le résultat a été sans appel : 54,87% d'entre eux se sont prononcés contre le texte, avec une forte participation atteignant près de 70 %.

Certaines constructions juridiques traduisent également cette tension entre les qualités d'État-nation et d'État membre. La notion d'« identité constitutionnelle de la France » consacrée par le Conseil constitutionnel manifeste la volonté de garantir la protection de principes ou valeurs considérées comme propre à l'État-nation. Dans sa décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006, il affirme qu'il censurerait une loi de transposition d'une directive si elle allait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Cette notion « clair-obscur » fait écho à d'autres formules : l'article 6, § 3 du traité UE stipule que « *l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* ». Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 4, § 2 du traité UE stipulera que « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». Placé au cœur des relations entre l'Union et les États membres, ce principe constitue une reconnaissance et une garantie de la diversité des traditions politiques, juridiques et culturelles nationales des États membres.

L'identité nationale de l'État membre s'articule avec sa propre identité européenne. L'État-nation, membre de l'Union est également un État européen. En 1992, le traité UE comptait un article O disposant, sur le modèle des articles 98 CECA, 205 CEEA et 237 CEE que « *tout État européen peut demander à devenir membre de l'Union* », ce qui revenait à n'imposer que deux conditions de fond, une condition statutaire : être un État, et une condition géographique : être un État européen. Au début de la construction européenne, cette assertion sonne déjà comme une condition nécessaire mais insuffisante. La division de l'Europe lui ôtait toute portée réelle et effective. Les Communautés européennes créées en 1951 et 1957 ne pouvaient pas concerner les pays dits de l'« ex-bloc de l'Est », alors membres du COMECON et du pacte de Varsovie. De même, l'adhésion aux Communautés était exclue pour les États européens du Sud gouvernés par des régimes dictatoriaux (Portugal, Espagne et Grèce). Le basculement de ces États autoritaires ou totalitaires dans un processus de démocratisation a ouvert la voie à leur adhésion progressive à l'Union européenne.

L'article 49 du traité UE précise que « *tout État européen qui respecte les principaux énoncés à l'article 6 paragraphe 1 peut demander à devenir membre de l'Union* ». Si la qualité d'« État européen » est une condition posée explicitement pour être éligible à la qualité de membre de l'Union européenne, l'article 6 § 1 ne permet pas de déterminer ce qu'est un État européen du point de vue géographique, historique ou culturel. L'« européanité » des États membres repose sur une aire géographique et un héritage culturel, dont les contours sont parfois difficiles à tracer. En témoigne l'âpreté de deux débats intimement liés, l'un sur l'adhésion de la Turquie, l'autre sur l'opportunité d'inscrire dans les traités une référence explicite aux racines chrétiennes de l'Union. Au demeurant, la logique territoriale est inhérente à la catégorie des organisations internationales régionales. Elle n'en pose pas moins la question problématique des frontières de l'Union européenne.

De même, l'identité européenne des États membres repose sur un héritage culturel commun, dont les contours restent à tracer. La Convention sur l'avenir de l'Europe puis la Conférence

⁴⁸ Le 30 août 1954, le projet de Communauté européenne de Défense (C.E.D.) ne voit pas le jour à cause de la France qui décide de ne pas ratifier le traité signé en mai 1952. En fait, c'est l'opposition des gaullistes et des communistes qui fait échouer la ratification : le 30 août 1954, l'Assemblée nationale, par le truchement de la question préalable, décide de ne pas voter l'ouverture du débat.

intergouvernementale de 2003 ont été le théâtre d'un débat sur l'opportunité d'inscrire, dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe, une référence aux valeurs ou aux racines chrétiennes de l'Union. L'âpreté de la controverse illustre l'ampleur de la diversité culturelle qui caractérise l'Union. En dépit de l'activisme remarqué de la plupart des nouveaux adhérents, la présidence irlandaise a dû constater l'absence de consensus sur un point situé au cœur de la définition d'un système de valeurs apte à définir une identité européenne. Cet épisode est topique.

L'identité nationale/européenne de l'État membre est prolongée par une adhésion aux valeurs libérales.

C – Un État libéral

Le caractère libéral de l'État membre de l'Union européenne se vérifie dans sa double dimension économique et politico-juridique.

Parmi les conditions d'adhésion à l'Union européenne telles qu'elles résultent des conclusions du Conseil européen de Copenhague (1993), le critère économique est particulièrement prégnant. Tout État candidat doit faire la preuve de l'existence d'une économie de marché viable et de la capacité à faire face aux forces du marché et à la pression concurrentielle à l'intérieur de l'Union. Cette condition s'inscrit dans la logique des traités institutifs, à l'origine d'une intégration à nette prédominance économique et commerciale. Le principe de libre de concurrence et les quatre libertés de circulation - ou « libertés fondamentales » - des marchandises, des personnes, des services et des capitaux sont les moyens privilégiés pour atteindre l'objectif d'un marché unique sur le territoire communautaire. Si le traité CE pose le principe de neutralité quant au régime de propriété dans les États membres⁴⁹, il n'en oblige pas moins ces États membres à agir dans le respect du « *principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »⁵⁰. L'interventionnisme économique de l'État s'inscrit dans un ordre concurrentiel, au sein duquel l'État membre est soumis à un système concurrentiel, dont il est l'un des acteurs parmi d'autres. L'État gestionnaire n'agit pas souverainement : il est soumis au principe d'égalité dans le marché.

L'affirmation de la logique libérale ne va pas de soi au sein des États membres. Elle constitue encore une source de tension politique. Il suffit ici de rappeler le souvenir douloureux des débats qui ont animé la campagne référendaire française sur la ratification du traité constitutionnel européen. Plus récemment, durant la CIG de 2007, le Président de la République avait clairement affiché sa volonté d'exclure toute référence à la libre concurrence au titre des objectifs de l'Union. Du reste, l'ambition politique de l'Union européenne tend à compléter ce discours économique par celui de la cohésion sociale. L'objectif d'une Europe « sociale » était présent dès l'origine de la construction communautaire, à travers l'article 2 al.1 du traité CECA, qui indique qu'une de ses missions est de contribuer « *au développement de l'emploi et au relèvement du niveau de vie dans les États membres* ». Cette même disposition sera reprise ensuite par l'article 2 du traité CE, mais en étant accompagnée cette fois-ci d'un certain nombre de moyens comme la libre circulation des travailleurs, facilitée elle-même par des droits « sociaux » telle « *l'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe* »⁵¹. L'Acte unique européen franchira un pas supplémentaire, en se référant directement aux droits fondamentaux mentionnés par la Charte sociale européenne de 1961, et précédera de peu la signature, en 1989, d'une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs par onze des douze membres du Conseil européen. Parallèlement à ces avancées institutionnelles, la jurisprudence de la Cour de justice jouera aussi un rôle

⁴⁹ L'article 295 du traité CE implique que le droit communautaire n'impose aucune privatisation d'entreprise publique.

⁵⁰ Art. 4 du traité CE. Dans le traité de Lisbonne, l'article qui succède à l'article 4 maintient la référence à « une économie de marché ouverte où la concurrence est libre » : seulement, ce nouvel article ne figure plus au début du traité, comme un article de principe ; il constitue désormais l'article 97ter du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

⁵¹ Art. 141 CE, ex-art. 119.

important. Dès 1975, elle va veiller à ce que personne ne perde, du fait de l'application du droit communautaire, des droits sociaux acquis en droit national⁵². Puis, l'année suivante avec l'arrêt « Defrenne II »⁵³, elle va progressivement commencer à procéder à un rééquilibrage entre les priorités sociales et économiques au niveau communautaire. Les contours sociaux de l'identité européenne commençant à apparaître, le bloc formé par les droits sociaux fondamentaux aura l'occasion, avec la naissance de l'Union européenne au début des années quatre-vingt dix, de se distinguer au niveau international pour progressivement s'y affirmer. D'autant que, onze des douze signataires du traité de Maastricht vont adopter un protocole social qui sera ensuite intégré dans le traité d'Amsterdam. Dorénavant, tant dans le traité sur l'Union européenne que dans le traité instituant la Communauté européenne, les Etats membres se déclarent « conscients » et « attachés » aux droits sociaux fondamentaux. Cette évolution épouse le modèle européen de société qui transparaît dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, bien que ne contenant qu'un nombre limité de droits sociaux, sa consécration au sommet de l'ordre juridique communautaire par le traité de Lisbonne devrait susciter « *la tentation évidente d'affirmer l'identité européenne sur le terrain social, spécificité permettant de se démarquer des modèles nord-américains, asiatique ou tiers-mondiste* »⁵⁴.

D'ailleurs, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « reconnaît et respecte » l'accès aux services d'intérêt économique général. Ce droit est consacré à l'article 36, dans le cadre du chapitre IV sur la « Solidarité ». Ainsi, l'article 36 de la Charte noue-t-il un lien tacite entre l'accès aux services d'intérêt économique général et la valeur « solidarité ». De même, l'inscription du « respect » de l'accès aux services d'intérêt économique général dans la Charte s'inscrit dans la lignée de la reconnaissance des droits sociaux et de l'accès aux services sociaux prévu à l'article 34 de la Charte. Cette disposition se fonde sur l'interdiction de toute discrimination basée sur le statut social ou personnel de chaque citoyen. À l'article 16 du traité CE⁵⁵, les services d'intérêt économique général sont décrits comme des éléments constitutifs des « valeurs communes de l'Union », jouant un rôle remarquable dans la promotion de la « cohésion sociale et territoriale ». Partant, l'Union européenne a pris acte de la mixité des valeurs économiques et sociales des sociétés nationales européennes⁵⁶. Sur ce plan, le traité de Lisbonne apporte deux évolutions non négligeables. La première consiste dans un renvoi à la Charte des droits fondamentaux qui permettrait à ce texte d'accéder au rang d'acte primaire. La seconde réside dans la consécration des services d'intérêt général (SIG) sous la forme d'un protocole spécifique. Dès lors, ils ne sont plus seulement le support ou l'expression de « valeurs communes », mais constituent une catégorie juridique à part entière, intégrée dans le droit primaire. Le protocole évoque également pour la première fois les services non économiques d'intérêt général (SNEIG). En outre, l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE) reprend l'article 16 du traité CE avec quelques modifications de forme, et, surtout, un nouvel alinéa⁵⁷ qui précise les principes et conditions qui régissent les SIEG.

⁵² CJCE, 10 juillet 1970, *Bonaffini*, Aff. 27/75, Rec., p. 971.

⁵³ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, Aff. 43/76, Rec., p. 455.

⁵⁴ H. LABAYLE, « Europe sociale : espace ou modèle social européen », in *Mélanges Appolis*, Paris, Pedone, 1992, sp. p. 240.

⁵⁵. Voir notamment S. RODRIGUES, « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée juridique du projet de nouvel article 16 du traité CE », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 414, janvier 1998, p. 37-46.

⁵⁶. Le traité d'Amsterdam a inséré un nouvel alinéa dans le préambule du traité instituant la Communauté européenne (traité CE), qui consacre l'engagement des États membres vis-à-vis de l'éducation de leurs populations : chaque État membre s'engage à fournir le niveau de connaissance le plus élevé possible par un large accès à l'éducation et par la mise à jour permanente des connaissances.

⁵⁷ Article 14 du TFUE (ex-article 16 du TCE) - 3ème alinéa : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements, conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

Au-delà de l'équilibre économique et social qui anime l'identité de l'État membre, son caractère libéral se manifeste sur le plan politique et juridique.

L'autonomie constitutionnelle de l'État membre est bornée par le respect du principe démocratique et des droits fondamentaux⁵⁸. L'adhésion aux Communautés et à l'Union européennes est soumise à une logique de conditionnalité politique. L'émergence de la conditionnalité politique s'est construite à travers les différentes révisions des traités et certains éléments de *soft law*. En 1957 l'adhésion indiscutable de tous les États fondateurs au modèle de la démocratie libérale ne justifiait aucune précision particulière. La plupart des élargissements ultérieurs à l'exception sans doute de ceux de la Grèce, de l'Espagne et du Portugal ont été traités à l'aune des seuls critères économiques de la capacité du candidat à assumer les obligations inhérentes à l'Union économique, ce que l'on appelle aujourd'hui l'acquis communautaire. Depuis le traité de Maastricht, l'adhésion d'un nouvel État membre est soumise au respect des conditions posées à l'article 49 du traité UE et aux principes communs aux États membres et sur lesquels l'Union est fondée (article 6 § 1 du traité UE) : la liberté, la démocratie, le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'État de droit. Ces conditions d'adhésion ont été précisées par les chefs d'État et de gouvernement, à l'occasion du Conseil européen de Copenhague (1993). La Déclaration de Copenhague doit être remplacée dans son contexte : il s'agit pour l'Union de répondre à la demande d'adhésion des PECO au lendemain de l'effondrement du bloc communiste. L'inscription de la problématique de la démocratie et de l'État de droit dans l'article 6 du traité UE traduit un tournant politique et un saut juridique dans le caractère conditionnel à la qualité d'État membre. Elle exprime le souci d'assumer une identité commune aux États membres à un moment décisif du processus de l'élargissement de l'Union européenne. La référence communautaire aux traditions constitutionnelles nationales des États membres et à la Convention européenne des droits de l'homme constituent des facteurs d'homogénéisation des droits nationaux en matière de droits fondamentaux. Au-delà des critères qui seront ultérieurement repris par le traité d'Amsterdam, la déclaration de Copenhague innove sur deux points en présentant un bloc de conditionnalité plus large : est ainsi posée, comme condition supplémentaire et préalable, la stabilité des institutions. Sans cette stabilité tout l'édifice en effet s'écroule : seules des institutions stables peuvent garantir le respect de la démocratie et empêcher que ne soient compromis l'État de droit et le respect des droits de l'homme. Les États candidats doivent avoir mis en place des institutions stables garantissant la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et le respect et la protection des minorités. Les critères de Copenhague font une mention expresse à la protection des minorités, mention que l'on ne retrouve pas dans le traité d'Amsterdam. Cette modification du contenu du bloc de conditionnalité n'est certes pas innocente.

Le traité d'Amsterdam insère le dispositif contraignant de l'article 7 du traité UE qui autorise la suspension des droits d'un État membre dans l'hypothèse d'une violation grave et persistante par ce dernier des principes démocratiques, de l'État de droit et des droits de l'homme (article 6 § 1 du traité UE). Cette suspension n'est pas sans rappeler l'esprit de celle prévue par le statut de Conseil de l'Europe à son article 8. Il est vrai que le droit de l'Union consacre de nombreuses précautions d'ordre procédural qui lui sont propres. Ces précautions s'inscrivent dans ce qu'il est convenu de qualifier de séparation horizontale et verticale des pouvoirs du système de l'Union. Ainsi le processus décisionnel de l'article 7 du traité UE est-il très précis : la saisine du Conseil

⁵⁸ Art. 6 § 1, 7 et 11 § 1 du traité UE. Si la protection des droits et libertés dans le cadre communautaire était considérée comme une question accessoire, celle-ci a fait l'objet d'une prise de conscience politique progressive, comme l'atteste l'évolution marquée par les dispositions des traités de Maastricht (articles F § 2, K 1 et K 2) et d'Amsterdam (article 6 du traité). En réalité il a fallu attendre le traité d'Amsterdam de 1997 pour que ce principe soit expressément inscrit dans le traité UE. Jusqu'à cette date, les traités antérieurs (traité de Rome instituant la CEE ou traité de Maastricht créant l'UE) posaient comme seule condition la qualité d'État européen. Par la suite, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a permis de codifier les droits fondamentaux « en vigueur au niveau de l'Union ». L'identité juridique européenne se caractérise par une adhésion à un ensemble de valeurs communes inscrites dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement est le fait soit de la commission soit d'un tiers des États membres ; le Conseil est compétent pour constater à l'unanimité l'existence d'une violation pour laquelle l'avis conforme du parlement est exigé ; l'Etat incriminé est appelé à présenter ses observations à la suite de quoi le Conseil peut décider à son encontre et cette fois-ci à la majorité qualifiée la suspension de certains de ses droits. Cette première procédure dite « de sanction » a été complétée en 2000 par le traité de Nice suite à ce que l'on a appelé l'épisode autrichien : à la suite d'élections législatives un parti d'extrême droite dirigé par M. G. HAIDER a été invité à participer à un gouvernement de coalition au regard de ses très bons résultats électoraux. La nouvelle procédure introduite par l'article 7 § 1 le traité de Nice vise cette fois-ci non plus l'existence mais un risque clair d'une violation grave. Dans cette seconde hypothèse les règles de saisine du Conseil réunis cette fois-ci au niveau des Ministres sont différentes : ainsi le Parlement lui-même dispose-t-il de ce droit de saisine en plus de la Commission et des Etats membres ; par ailleurs le Conseil se prononce non pas à l'unanimité mais à la majorité des 4/5. Enfin les effets attachés à la constatation du manquement se limitent à l'adoption de recommandations au profit de l'Etat concerné. La décision de créer une Agence européenne des droits fondamentaux souligne l'importance que l'Union accorde au respect des droits fondamentaux⁵⁹.

En sus de ces caractères de nature à définir une identité constitutionnelle commune aux États membres de l'Union européenne, l'unicité de cette catégorie repose également sur l'exercice de pouvoirs de type constitutionnel, constitutifs de l'ordre juridique communautaire.

II – Les « pouvoirs constitutionnels » de l'État membre

La volonté des États membres occupe une place fondamentale dans la structuration de l'ordre juridique communautaire. D'un côté, la volonté étatique est prégnante dans la logique intergouvernementale qui caractérise encore les principaux actes de la Communauté et de l'Union européennes. De l'autre, l'exécution des actes communautaires dépend largement de l'action des États membres. Ainsi, l'existence et l'effectivité de l'ordre juridique communautaire dépendent des actes pris par les États membres qui sont l'expression de pouvoirs de type constitutionnel. Au sein du système juridique et institutionnel des Communautés et de l'Union européennes, l'État membre participe à l'exercice des pouvoirs « constituant » (A), « législatif » (B), et d'« exécution » (C).

A - Un État « constituant »

Les Communautés et l'Union européennes ne sont pas nées de la volonté d'un improbable peuple européen. Ce sont les « créatures des États ». La construction européenne est fondée originellement sur une légitimité étatique. Les États membres disposent « *du pouvoir et de la légitimité propres à établir une norme juridique qui fonde et organise un ordre juridique* »⁶⁰.

Réputées spécifiques au regard des organisations internationales, les Communautés et l'Union européennes n'en sont pas moins fondées sur des instruments juridiques formellement identifiables à des traités internationaux⁶¹. Elles tirent l'ensemble de leurs compétences de traités

⁵⁹ Le 15 février 2007, le Conseil a adopté le règlement (CE) n° 168/2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁶⁰ B. MATHIEU, « Réflexions sur le rôle de l'Etat en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », in *Annuaire de droit européenne*, 2004, Vol. II, pp. 105-118, spéc. p. 105.

⁶¹ Cf. notamment C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, pp. 61-72 ; A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *R.C.D.A.E.*, 1994,

négociés, signés, ratifiés et révisés par les États membres. La révision solennelle des traités institutifs et l'adhésion d'un État candidat requièrent l'adoption d'instruments de droit occupant une place première dans l'ordre juridique communautaire et dans la dialectique approfondissement/élargissement. En ce sens, la volonté de l'État est au cœur de l'avenir politique de l'Union et de l'ordre juridique communautaire. Pour les actes juridiques les plus importants, la logique d'intégration cède le pas à l'interétatisme.

En qualité d'États souverains, les États membres détiennent le *treaty making power* propre aux sujets du droit international. Si l'on conçoit que les traités institutifs forment une Constitution matérielle, le *treaty making power* des États membres se confond avec une forme de « pouvoir constituant européen »⁶². Aussi, les procédures générales de révision et d'adhésion prévues dans les articles 48 et 49 du traité UE attestent la relation encore prégnante entre droit international et droit communautaire⁶³. Les procédures décrites aux articles 48 et 49 du traité UE sont mues par une logique intergouvernementale, qui autorise les États membres à se prévaloir de la « compétence de la compétence ». Ils sont les « maîtres des traités », selon l'heureuse expression de la Cour constitutionnelle allemande⁶⁴. Bien que distinctes, les procédures décrites par les articles 48 et 49 du traité UE convergent en effet sur une caractéristique fondamentale : elles sont dominées par une phase interétatique analogue aux négociations internationales classiques⁶⁵ et obéissent à la règle de l'unanimité. Toute révision naît d'un commun accord des gouvernements des États membres réunis en CIG et d'une ratification consécutive à leurs règles constitutionnelles respectives. Au demeurant, la règle de l'unanimité est l'expression même de la souveraineté de l'État.

L'État souverain, membre de l'Union européenne, est en vertu de sa souveraineté externe, un « Etat constituant ». Plus précisément, chaque État membre peut être considéré comme un organe constituant partiel ou « co-constituant » de l'Union européenne : si « *un État seul ne peut rien, rien ne peut se faire si un seul État s'y oppose* »⁶⁶. Les traités forment la base constitutionnelle des Communautés et de l'Union européennes. Dans son arrêt « les Verts », la Cour de justice a évoqué en termes sans équivoques la nature constitutionnelle des traités, en considérant que « *la Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* »⁶⁷. Cette formule a ensuite été développée dans la jurisprudence de la Cour : « *le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une*

vol. 5, t. II, pp. 193-271 ; J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe (« Do the new clothes have an emperor ? »)*, and other essays on European Integration, Cambridge University Press, 1999, 364 p., spec. p. 292.

⁶² Dans la théorie constitutionnelle classique, seule la Constitution est l'œuvre du pouvoir constituant, qui s'exerce dans les limites d'un État. Le caractère inconditionné du pouvoir constituant originaire n'a de sens que dans l'Etat. Ainsi, le cadre étatique se présente-t-il comme la condition indispensable à l'exercice plein et entier du pouvoir constituant. A l'opposé de l'ordre juridique international où les États sont limités par la nature volontariste des relations juridiques qu'ils entretiennent, le cadre étatique permet un exercice unilatéral du pouvoir sans que soit exigé le consentement des autres Etats. Cet exercice unilatéral du pouvoir est l'apanage du constituant : lui seul peut décider unilatéralement du contenu et de la forme qu'il entend donner à sa Constitution. Un pouvoir d'une telle nature ne se retrouve pas dans l'ordre juridique international où l'instrument conventionnel est la règle.

⁶³ En ce sens, cf. L. GRARD et J.-C. GAUTRON, « Rapport général : le droit international dans la construction de l'Union européenne », *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux (30 septembre - 2 octobre 1999) organisé par la S.F.D.I., Paris, Pedone, 2000, pp. 11-152, spéc. p. 17.

⁶⁴ BverfGE 89/155, 12 octobre 1993, § 112. Cf. notamment les commentaires de J. GERKRATH, *Europe*, novembre 1993, chron. 11.

⁶⁵ Sur ce point, cf. notamment A. PLANTEY, *La négociation internationale – principes et méthodes*, Paris, C.N.R.S., 1980, 657 p.

⁶⁶ B. MATHIEU, « Réflexions sur le rôle de l'Etat en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷ Arrêt du 23 avril 1986, Affaire 294/83, Rec., p. 1339.

Communauté de droit»⁶⁸. En cela, l'ordre juridique communautaire échappe en partie au droit international et présente certaines spécificités d'un ordre constitutionnel non étatique.

Les querelles sémantiques autour de l'intitulé officiel de la défunte « Constitution européenne » - « traité établissant une *Constitution* pour l'Europe » - ou sur la nature de la « Convention » sur l'avenir de l'Europe ont révélé le rapport entre les États membres et l'existence problématique d'un pouvoir constituant européen.

Saisi de ce texte, le Conseil constitutionnel a levé toute ambiguïté sur sa nature juridique : le traité établissant une Constitution pour l'Europe « *conserve le caractère d'un traité international* »⁶⁹ et la dénomination particulière de ce texte « *n'appelle pas de remarque de constitutionnalité* »⁷⁰. Du reste, le Conseil constitutionnel a soigneusement évité l'expression de « Constitution européenne » et lui a préféré celle de traité⁷¹. Cette conclusion résulte d'un raisonnement analogique. Les dispositions du traité constitutionnel relatives aux modalités de son entrée en vigueur⁷², de sa révision et à la possibilité de le dénoncer⁷³ le rangent bien dans la catégorie générique des « engagements internationaux »⁷⁴.

Logiquement, la « Convention » sur l'avenir de l'Europe qui a élaboré le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ne pouvait être assimilée à une assemblée constituante. Formellement, la « Convention » n'était pas une institution de l'Union européenne⁷⁵, mais bien un organe *ad hoc* affecté à l'élaboration d'un texte non contraignant. En dépit de la représentation des parlements nationaux des États membres et du Parlement européen, la Convention ne pouvait se targuer de la légitimité que confère l'élection de ses membres par un « peuple européen », dont l'existence même demeure fictive⁷⁶. Il n'existe pas de peuple européen - au sens du *demos grec*⁷⁷ - détenteur de la souveraineté. Une assemblée constituante est composée

⁶⁸ Avis relatif au projet d'accord entre la Communauté européenne et les Etats de l'Association européenne de libre-échange (AELE), portant sur la création de l'Espace Economique Européen (EEE), du 14 décembre 1991, n° 1/91, Rec., p. I-6079.

⁶⁹ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, J.O.R.F. du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 10 : le traité établissant une Constitution pour l'Europe « conserve le caractère d'un traité international souscrit par les Etats signataires du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne ».

⁷⁰ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, J.O.R.F. du 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 9.

⁷¹ Sur ce point, cf. F. LUCHAIRE, « La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel », R.D.P., n° 1, 2005, pp. 51-58, spéc. pp. 51-52. L'auteur relève que, lorsque la « *décision [du Conseil constitutionnel] cite un article, elle prend le plus souvent le soin de préciser que c'est un article du traité alors que les protocoles annexés au traité les citent en tant qu' « articles de la Constitution* ».

⁷² L'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe est subordonnée au dépôt des instruments de ratification par les Hautes Parties Contractantes (article IV-447, § 2).

⁷³ On peut raisonnablement penser que l'inscription d'un droit de retrait de l'Union européenne à l'article I-60 du traité constitutionnel a été décisive dans la qualification retenue par le Conseil constitutionnel ; Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 9.

⁷⁴ En soumettant le traité établissant une Constitution pour l'Europe au Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 54, le Président de la République n'a pas non plus émis de doute quant à la nature du texte.

⁷⁵ Cf. P. MAGNETTE et K. NICOLAÏDIS, « The European Convention : Bargaining in the Shadow of Rhetoric », *West European Politics*, n° 3, 2004, pp. 381-404.

⁷⁶ Cf. néanmoins T. SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », R.D.P., n° 6, 2003, pp. 1709-1742, spéc. pp. 1716-1717. Suivant l'auteur, le « *peuple européen n'existe jusqu'à présent qu'en tant que peuple l'Union européenne* » ; « *Les différents peuples sont, de même que les groupements politiques correspondants, imbriqués verticalement les uns dans les autres. (...) La même personne fait partie du peuple catalan et en même temps du peuple espagnol, du peuple bavarois et du peuple allemand et enfin du peuple européen - et elle le reste même après une éventuelle transformation de l'Union européenne en un Etat fédéral européen* ».

⁷⁷ L'existence d'un *demos* ne suppose pas un peuple préconstitué et homogène ou stato-centré ; cf. Y. MENY, « Europe : la grande hésitation », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, op. cit., pp. 805-822 ; I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 32 : la

de membres spécialement élus en vue de rédiger une Constitution. A l'échelle de l'Union européenne, l'idée de peuple européen ne peut être assimilée à la somme des peuples des États membres. Une véritable assemblée constituante européenne exigerait l'élection de représentants tant des peuples des États membres que du peuple de l'Union proprement dit⁷⁸. L'absence d'un peuple européen écarte définitivement le titre d'assemblée constituante pour qualifier la Convention sur l'avenir de l'Europe.

Il reste que la Convention a interprété largement le mandat que lui confère la Déclaration de Laeken du 15 décembre 2001. Le Président Valéry Giscard d'Estaing a vu dans ce mandat une invitation à rédiger un texte unique, une « Constitution », et à comparer la Convention qu'il présidait à la Convention de Philadelphie qui a rédigé la Constitution fédérale américaine en 1776⁷⁹. Le bien-fondé d'un tel raccourci historique et terminologique est sujet à caution⁸⁰. Compte tenu du mandat, de la composition et de la portée du texte de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne, celle-ci ne pouvait guère se prévaloir de la qualité d'assemblée constituante ou d'un quelconque pouvoir constituant européen⁸¹. De plus, la Convention ne pouvait se targuer d'aucun pouvoir de décision. Simple organe consultatif, son travail s'inscrivait dans le cadre d'une phase préparatoire ou délibérative précédant une Conférence intergouvernementale. Certes, la Déclaration de Laeken ne répondait pas formellement à la question de savoir si la Conférence intergouvernementale était liée par le texte issu de la Convention. Elle précisait néanmoins que le document final servirait de point de départ pour les discussions de la CIG qui prendrait les décisions définitives⁸². Cette dernière séquence laisse clairement entendre que le texte de la Convention n'avait qu'une valeur indicative et ne lierait pas juridiquement la Conférence intergouvernementale⁸³. L'organe interétatique a donc gardé son pouvoir de décision dans la procédure de révision solennelle. Lui seul entérine ou non le projet de la Convention. La décision d'entamer la révision reste prise dans le cadre interétatique. La décision de réviser les traités demeure de nature conventionnelle. Le déroulement de la Conférence intergouvernementale a rapidement confirmé cette première analyse et montré que le projet de traité ne constituait pas

formule « we the people », qui ouvre le préambule de la Constitution des États-Unis, ne désigne pas « l'unité d'un collectif préexistant mais bien la pluralité des êtres humains ou des citoyens des États qui se sont réunis ».

⁷⁸ Cf. en particulier T. SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1709.

⁷⁹ *Le Monde*, 23 novembre 2002, p. 17. Sur les limites de la comparaison avec la Convention de Philadelphie, cf. en particulier T. CHOPIN, « La Convention sur l'avenir de l'Europe », *Raisons politiques*, n° 10, mai-juillet 2003, pp. 61-68.

⁸⁰ Pour une analyse pénétrante du précédent américain mis en perspective avec l'intégration européenne, cf. E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'États », *R.C.A.D.I.*, 2002, t. 294, pp. 41-155.

⁸¹ Cf. en ce sens E. MAULIN, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? La procédure d'adoption et de révision de la Constitution européenne », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, *op. cit.*, pp. 289-303.

⁸² Dans la Déclaration de Laeken, certains passages témoignent de la réticence des États membres (ou au moins de certains d'entre eux) à partager leur « *treaty making power* ». Dans la partie sur la convocation de la Convention, il n'est question que du « document final » que la Convention devra établir. V. CONSTANTINESCO, « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *L'Europe en formation*, n° 1, 2002, pp. 17-27, spéc. p. 26.

⁸³ Le caractère consultatif de cet organe ad hoc explique en partie pourquoi la méthode conventionnelle n'a pas suscité l'intérêt du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe ; décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, J.O.R.F. du 24 novembre 2004, p. 19885. Le Conseil constitutionnel est resté silencieux sur l'institutionnalisation de la méthode conventionnelle pour la procédure de révision ordinaire. Celle-ci n'a pas soulevé de problème de constitutionnalité. Il est vrai que la participation de représentants français dans la procédure de révision ordinaire ou solennelle (au sein de la Convention) ne met pas en cause les prérogatives constitutionnelles du Président de la République. Les parlementaires ne participent, au sein de la Convention, qu'à l'élaboration d'un projet de traité toujours modifiable par la Conférence intergouvernementale. Le « projet » de traité de révision serait en outre adopté par consensus, sans que les parlementaires français puissent prétendre à un quelconque droit de veto. Ces considérations sont décisives sur le plan juridique.

une base intangible, mais « *simplement un canevas de négociations* »⁸⁴. Le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe remis au Conseil européen⁸⁵ a été examiné et amendé par les représentants des gouvernements réunis en « Conférence intergouvernementale »⁸⁶. Plusieurs gouvernements d'États membres ont raisonné « *comme si la Convention n'avait jamais existé* »⁸⁷, prouvant au passage que seuls les représentants des gouvernements des États membres réunis en Conférence intergouvernementale avaient la faculté d'arrêter définitivement le texte. En ce sens, la méthode conventionnelle n'est pas un substitut à la méthode de la Conférence intergouvernementale, mais bien son « complément préalable ». Le primat de la volonté présidentielle n'est affecté en rien et s'exprime pleinement à l'occasion des négociations interétatiques.

Les actes communautaires y compris de nature législative, qui mettent en oeuvre les traités de base n'échappent pas à cette logique intergouvernementale. En cela, les États membres sont des « États législateurs ».

B - Un État « législateur »

L'identification du législateur européen s'inscrit dans les rapports dialectiques entre États membres et Union européenne. La volonté des États membres participe à la formation de la volonté de l'Union telle qu'elle s'exprime dans ses actes législatifs. La figure du législateur de l'Union européenne connaît une « face » étatique.

La Communauté européenne et plus encore l'Union européenne ne connaissent pas d'actes juridiques ayant la force ou le rayonnement symbolique de la « loi ». La mise en perspective de la notion de législateur et d'acte législatif est introuvable dans les traités CE et UE. Pour autant, les institutions de l'Union ont la faculté de prendre des actes unilatéraux dont la substance et la nature sont comparables aux actes législatifs étatiques⁸⁸. Parmi les actes communautaires dérivés décrits par l'article 249 du traité CE, assimilables à des actes unilatéraux d'exécution des traités, certains revêtent un caractère obligatoire et normatif, c'est-à-dire général et abstrait. Dès les débuts de la construction communautaire, la Cour de justice reconnaissait que les décisions générales du traité CECA étaient des actes « *quasi législatifs* »⁸⁹. Par la suite, la Cour a employé l'expression d'« acte législatif » pour désigner le règlement communautaire⁹⁰, acte « normateur » par excellence⁹¹. Mais si toute norme communautaire est un acte communautaire, l'inverse ne se vérifie pas. Puisque le droit

⁸⁴ V. CONSTANTINESCO, « La Constitution de l'Union européenne, remède au déficit démocratique ? », in *Les Conférences du cinquantenaire de l'I.H.E.E.*, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003, pp. 51-70, spéc. p. 62.

⁸⁵ Les deux premières parties du projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe ont été remises au Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003. La Convention a poursuivi ses travaux au cours des deux ultimes sessions plénières consacrées aux parties III et IV. Le texte complet fut remis solennellement le 18 juillet 2003 au président en exercice de l'Union européenne, le président du Conseil italien Silvio Berlusconi.

⁸⁶ Pour une analyse comparée entre le projet adopté par la Convention et le traité tel qu'il a été signé, cf. en particulier J. DUTHEIL de la ROCHERE, « La Constitution européenne », *Regards sur l'actualité*, La documentation française, n° 307, janvier 2005, pp. 5-21. Cf. également F. LAURSEN, « Enter the Member States: an Analysis and Evaluation of the Intergovernmental Conference 2003-2004 », *L'Europe en formation*, n° 4, 2004, pp. 31-52.

⁸⁷ M. BARNIER, in *Les Conférences du cinquantenaire de l'I.H.E.E.*, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2003, pp. 24-26, spéc. p. 26.

⁸⁸ Cf. déjà C. A. MORAND, *La législation dans les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1968, 312 p., spéc. pp. 12-13.

⁸⁹ CJCE, 20 mars 1959, *Firme J. Nold KG c/ Haute Autorité de la C.E.C.A.*, aff. 18/57, Rec. p. 89.

⁹⁰ CJCE, 27 octobre 1992, *R.F.A. c/ Commission*, aff. C-240/90, Rec. p. I-5383.

⁹¹ Il s'agit du seul acte dont la portée générale est expressément consacrée par l'article 249 du traité CE. La normativité se définit traditionnellement en droit communautaire en référence au règlement, dont on évoque le caractère général, objectif et abstrait. R. MEHDI, « Règlement », in A. BARAV et C. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, P.U.F., Paris, 1993, p. 922.

communautaire reconnaît la prééminence de la substance des actes à leur dénomination ou apparence, « *la notion d'acte normatif au sens de la jurisprudence peut s'appliquer à tous les actes visés par l' [ex-] article 189 et non pas seulement aux règlements* »⁹². Toutefois, le critère matériel connaît des limites pour déterminer les actes communautaires qui relèvent du « législatif ». Le caractère général et impersonnel d'un acte communautaire ne suffit pas à le qualifier d'acte législatif⁹³. La jurisprudence de la Cour de justice a permis de clarifier cette catégorie d'acte à travers la distinction entre les « actes de base » et les « actes d'exécution ». Dans la catégorie des actes communautaires dérivés à caractère contraignant, il existe en effet des actes communautaires de portée générale qui nécessitent des actes d'exécution pour être mis en œuvre. La distinction introduite par la pratique a été systématisée par la Cour de justice dans les arrêts *Köster*⁹⁴ et *Scheer*⁹⁵. Le critère de répartition des normes communautaires dérivées transparaît clairement dans cette jurisprudence : ce qui relève de ces « éléments essentiels » ressort de la fonction législative⁹⁶. Le recours aux notions d' « acte de base » et d' « acte d'exécution » établit une correspondance évocatrice pour le droit constitutionnel. Comme le souligne désormais une partie de la doctrine⁹⁷, l'évolution des institutions et des compétences des Communautés et de l'Union européennes met en évidence une fonction « législative » matérialisée par des actes communautaires de « base ». Certes, les actes communautaires « législatifs » imputables aux institutions de l'Union⁹⁸ et leur élaboration reposent en principe sur la méthode communautaire⁹⁹. Pourtant, la logique intergouvernementale n'est pas écartée des procédures de la production des actes législatifs communautaires¹⁰⁰. La volonté de l'État membre participe à la formation de la volonté propre de la Communauté. La volonté de l'État membre est un élément constitutif du « code génétique » des actes communautaires. Le lien entre volonté étatique et contenu des règles communautaires est solide. Même la méthode communautaire présente une dimension étatique. Les conditions d'adoption des actes dérivés s'apparentent davantage aux conditions d'élaboration d'une forme d'accord international qu'à celles d'un acte administratif unilatéral

⁹² TPICE, 15 avril 1997, *Alojse Schröder, Jan et Karl-Julius Thalmann c/ Commission*, aff. T-390/94, Rec., p. II-501.

⁹³ Nombre d'actes adoptés dans le cadre de la comitologie possèdent également ces caractéristiques (actes communautaires d'exécution normative).

⁹⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, Rec. p. 1161.

⁹⁵ CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, Rec. p. 1197.

⁹⁶ Voir l'avis du 26 janvier 2000 relatif à la réforme des institutions dans la perspective de l'élargissement, « Adapter les institutions pour réussir l'élargissement », p. 27 et s. : « *des normes de portée générale, fondées directement sur les dispositions du traité et qui déterminent pour toute action de la Communauté les principes fondamentaux ou les orientations générales, ainsi que les éléments essentiels à mettre en œuvre* ». Disponible sur : http://europa.eu.int/igc2000/index_fr.htm.

⁹⁷ Cf. notamment C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, 175 p. ; J. RIDEAU, « La fonction législative dans les Communautés européennes », *R.A.E.*, n° 1, 1995, pp. 63-82.

⁹⁸ Décision n° 77-89 DC du 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978*, Rec. p. 46 ; Décision n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, *Loi de finances rectificative pour 1977*, Rec. p. 44.

⁹⁹ La méthode communautaire désigne le processus décisionnel de l'Union européenne dans le cadre du premier pilier, caractérisé par le monopole de l'initiative de la Commission, la décision à la majorité qualifiée au sein du Conseil, la codécision entre ce dernier et le Parlement, et le contrôle de la Cour de justice. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe se réfère implicitement dans l'article I-1, § 1 à l'expression selon laquelle l'Union « *exerce sur le mode communautaire les compétences [que les États membres] lui attribuent* ».

¹⁰⁰ Au regard du foisonnement normatif que connaissent les Communautés et l'Union européennes, l'étude se concentrera sur la figure communautaire du « législateur » de l'Union européenne, c'est-à-dire sur les actes du 1er pilier de l'Union européenne : les actes communautaires. Mais si les actes des trois piliers de l'Union se différencient, le cadre institutionnel est unique : les institutions de l'Union sont communes. En outre, selon les termes du projet de « traité modificatif », l'Union européenne succéderait à la « Communauté européenne » et mettrait fin à la structure en piliers.

« interne »¹⁰¹. Le principe d'unanimité persiste dans quelques domaines sensibles et l'opposition entre le principe d'intégration et la logique intergouvernementale demeure assez théorique¹⁰².

La volonté des États membres se manifeste dans les procédures d'élaboration et d'adoption des actes législatifs communautaires. Le Conseil des ministres est un cadre institutionnel aménagé à l'expression de la puissance législative des États. Le Conseil de l'Union est destiné à assurer la représentation des États membres. Il s'agit également d'une institution co-titulaire de la fonction législative de l'Union, co-auteur des actes communautaires « législatifs ». En fonction du pouvoir décisionnel que les États détiennent au sein de cet organe législatif partiel de l'Union, ceux-ci pourront prétendre ou non à la qualité de co-auteur de l'acte législatif communautaire.

La règle de l'unanimité offre précisément la faculté négative à l'État membre d'empêcher l'adoption d'un acte par le Conseil. Le vote à l'unanimité donne à chaque État membre un droit de veto. L'État membre jouit donc d'un pouvoir de co-décision de l'acte dès lors que l'unanimité au Conseil est exigée. Dans la logique des conférences diplomatiques, la règle de l'unanimité permet à l'État membre de bloquer l'adoption de l'acte et la position gouvernementale est obligatoirement prise en considération. Le vote à l'unanimité préserve ainsi le droit de veto de chacun des États membres. L'adoption de l'acte exige que la volonté individuelle de l'État ne s'y oppose pas. En ce sens, ce mode de votation protège également la souveraineté de l'État¹⁰³.

À l'inverse, l'extension continue des domaines soumis à la majorité qualifiée et à la procédure de la co-décision remet en cause la prétention des États membres à se prévaloir de la qualité de co-législateur. Parallèlement, le développement régulier du domaine d'application de la majorité qualifiée a pour effet mécanique de réduire le champ d'application du droit de veto de l'État membre. La règle de la majorité contraint le ministre à négocier sur les points où un désaccord persiste avec d'autres États membres. La généralisation du vote à la majorité qualifiée ne signifie pas que la prise de décision au Conseil fait l'économie d'une recherche de consensus, mais plutôt que « *le consensus s'opère autrement avec, en arrière-plan la préoccupation d'un possible décompte des voix* »¹⁰⁴. La majorité qualifiée illustre cette « préoccupation » des États membres, dont le pouvoir décisionnel est intimement lié au système de pondération des voix.

Le vote à la majorité simple ou qualifiée ne garantit plus la qualité de co-législateur du gouvernement de l'État membre. Il transforme les méthodes diplomatiques traditionnelles. Il impose une diplomatie multilatérale. En tant qu'organe intergouvernemental, le Conseil est composé de représentants des États membres qui votent en fonction de l'intérêt individuel de l'État membre. La pratique révèle en outre que la recherche d'une minorité de blocage est une stratégie des plus aléatoires, surtout au moment du vote en Conseil.

Le principe de pondération des voix témoigne d'une volonté de représentation effective. La règle, posée à l'article 205 du traité CE, rompt avec le principe d'égalité de représentation des États membres. Elle exclut du même coup la possibilité de caractériser le Conseil comme une Chambre des États membres. Contrairement aux pratiques constatées au sein des organisations internationales, le choix s'est porté sur un mode de pondération forfaitaire fondé sur un objectif d'équilibre et de représentation politique « *permettant de répartir de façon équitable l'influence respective des États et de la Communauté, soit pour faire adopter une mesure, soit pour s'y opposer* »¹⁰⁵. La pondération des

¹⁰¹ J. RIDEAU, « Le système communautaire et le modèle européen d'administration publique », in C. DEBBASCH (dir.), *L'administration publique en Europe*, Paris, C.N.R.S., 1988, pp. 279-297, spéc. p. 294.

¹⁰² Cf. en ce sens J. ZILLER, *Administrations comparées, Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 478, n° 853.

¹⁰³ L'article 205 § 3 du traité CE dispose que « *les abstentions des membres présents ou représentés ne font pas obstacle à l'adoption des délibérations du Conseil qui requièrent l'unanimité* ».

¹⁰⁴ J. DUTHEIL de la ROCHERE, « Fédéralisation de l'Europe ? Le problème de la clarification des compétences entre l'Union et les États », in O. BEAUD et alii (dir.), *L'Europe en voie de Constitution, Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 317-332, spéc. p. 319.

¹⁰⁵ Déclaration de M. SPAAK, à la conférence intergouvernementale de 1956, « Le système institutionnel dans le traité instituant le Marché Commun », note de la Communauté du 10 novembre 1956.

voix répond à des critères démographiques qui évitent une proportionnalité stricte entre la population de l'État membre et le nombre des voix. Le système issu du traité de Nice repose sur l'attribution de voix aux États membres et sur la définition d'un seuil de majorité qualifiée. Trois critères se combinent pour le calcul de la majorité qualifiée : une majorité d'États membres, un nombre de voix favorables qui se situe à 72,3 % du total, un recours possible si la majorité qualifiée est inférieure à 62 % de la population totale de l'Union¹⁰⁶. Ce système de pondération des voix¹⁰⁷ rend plus difficile l'exercice des capacités décisionnelles du Conseil¹⁰⁸ et trahit « l'angoisse existentielle de chaque État membre de rester maître de l'Union »¹⁰⁹. Il convient pourtant d'admettre que la complexité du système ne permet pas de restituer rationnellement le poids réel de chaque État membre. La manière dont les votes sont pondérés pour atteindre la majorité qualifiée intéresse directement l'équilibre du pouvoir entre les États membres.

Le mécanisme de la double majorité prévu par le traité de Lisbonne s'aligne sur celui défini par le traité constitutionnel¹¹⁰. Le système de vote à la double majorité, tel qu'agréé lors de la CIG de 2004, prendra ainsi effet le 1^{er} novembre 2014, et jusqu'à cette date, l'actuel système de vote à la majorité qualifiée (article 205 § 2 du traité CE) continuera de s'appliquer. La majorité qualifiée devrait donc se définir à partir du compromis de la règle des 55% des États membres représentant 65% de la population. Le mandat fixé par le Conseil européen prévoit néanmoins des clauses dérogatoires et des périodes transitoires. La complexité du système de vote qui en résulte a conduit le Premier ministre Luxembourgeois à ironiser sur « un traité simplifié qui est très compliqué »¹¹¹. D'une part, entre le 1^{er} novembre 2014 et le 31 mars 2017, lorsqu'une décision devra être adoptée à la majorité qualifiée, un membre du Conseil pourra demander que la décision soit prise à la majorité qualifiée telle que définie à l'article 205, § 2 du traité CE. D'autre part, un groupe d'États membres pourra s'opposer à la prise de décision à la majorité qualifiée. Cette clause repose sur une « représentativité » évolutive entre 2014 et le 31 mars 2017, et à partir du 1^{er} avril 2017¹¹². Derrière cet enchevêtrement de règles destinées à définir la minorité de blocage, l'enjeu réside dans la formalisation du compromis de « Ionnina »¹¹³. Il permet à un groupe d'États qui approche la minorité de blocage de demander, lors de la prise de décision au sein du Conseil des ministres, la poursuite des discussions dans un délai raisonnable. Cet accord repose actuellement sur une simple déclaration et n'a joué que rarement en pratique.

¹⁰⁶ Depuis le 1^{er} janvier 2005, la majorité qualifiée implique pour être atteinte la réunion de deux conditions : la décision doit recueillir un nombre de voix déterminé correspondant au seuil de la majorité qualifiée ; la décision doit faire l'objet d'un vote favorable de la majorité des États membres. A la demande d'un État membre, il peut être vérifié que les voix favorables représentent effectivement 62 % de la population totale de l'Union européenne (clause dite de « vérification démographique »).

¹⁰⁷ L'article I-25, § 1 du traité constitutionnel entendait instaurer un système plus simple et flexible, qualifié de « double majorité ».

¹⁰⁸ Cf. O. COSTA, « L'Union européenne peut-elle s'accommoder durablement du traité de Nice ? », *Regards sur l'actualité*, n° 307, janvier 2005, pp. 43-54, spéc. p. 45.

¹⁰⁹ O. DUBOS, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », in *Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56, spéc. p. 35.

¹¹⁰ Conclusions de la Présidence du Conseil, Doc. 11177/1/07, annexe I, point 13.

¹¹¹ Cité par F. CHALTIEL, « le 'traité modificatif' peut-il être un traité ambitieux ? A propos du Conseil européen de juin 2007 », *R.M.C.U.E.*, n° 510, juillet-août 2007, pp. 413-422, spéc. p. 418.

¹¹² Jusqu'au 31 mars 2017, si des membres du Conseil représentant au moins 75% de la population ou au moins 75% du nombre des États membres nécessaires pour constituer une minorité de blocage - résultant de l'application de l'article I-25, § 1, 1^{er} alinéa ou de l'article I-25, § 2 - indiquent leur opposition à l'adoption d'un acte par le Conseil à la majorité qualifiée, le mécanisme prévu dans le projet de décision qui figure dans la déclaration n° 5 annexée à l'acte final de la CIG de 2004 s'appliquera. A partir du 1^{er} avril 2017, le même mécanisme s'appliquera, les pourcentages correspondants s'élevant respectivement à au moins 55% de la population ou à au moins 55% du nombre des États membres nécessaires pour constituer une minorité de blocage.

¹¹³ Du nom d'une réunion informelle des ministres des affaires étrangères en Grèce en mars 1994, ce compromis a été adopté à la demande de l'Espagne et du Royaume-Uni, dans la perspective de l'entrée de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède dans l'Union européenne.

Non seulement l'État membre participe à la formation de l'ordre juridique communautaire, mais il veille à son effectivité. Il revient à l'État membre de rendre le droit communautaire effectif et efficace. L'effectivité du droit communautaire et les finalités de l'Union européenne repose sur la coopération des États membres, en qualité d' « États exécutants ».

C - Un État « exécutant »

Si la répartition verticale des compétences exécutives trahit l'« éclatement » de l'exécution du droit communautaire, les États membres n'en sont pas moins titulaires de la compétence de droit commun. L'article 10 du traité CE¹¹⁴ constitue la base juridique à cette qualité d' « exécutant ». Cette disposition pose une obligation négative dans le sens où « *les Etats ne doivent rien entreprendre qui puisse mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* », mais exige également un comportement positif puisque l'État membre est obligé « *de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire* »¹¹⁵. L'objectif d'intégration interdit une application du droit communautaire subordonnée à la volonté discrétionnaire des États. L'obligation d'exécution du droit communautaire « les transforment en sujets »¹¹⁶, en « *bras séculiers* »¹¹⁷ de l'Union, en instruments de ses objectifs. *De jure*, la compétence laissée aux États membres pour compléter ou exécuter les actes communautaires s'analyse en réalité comme une compétence liée. En d'autres termes, si les États membres sont libres de déterminer la répartition institutionnelle des compétences pour l'exécution des actes communautaires, cette liberté est encadrée par une obligation communautaire de résultat et par la nécessaire application uniforme du droit communautaire¹¹⁸. Ainsi, l'État membre ne peut se prévaloir de la répartition des compétences et des pouvoirs dans son ordre interne pour justifier un manquement à ses obligations communautaires¹¹⁹. Cette répartition constitutionnelle n'a d'intérêt que dans l'ordre juridique interne¹²⁰.

Le respect des obligations de la France en qualité d'Etat « exécutant » est également une exigence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'article 88-1 de la Constitution pour admettre la spécificité de l'ordre juridique communautaire et constitutionnaliser les exigences communautaires qui découlent de la qualité d'Etat membre¹²¹. La transposition des directives est devenue une exigence constitutionnelle à part entière. La jurisprudence constitutionnelle initiée par la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004¹²² a élevé la transposition d'une directive en droit

¹¹⁴ Voir également les habilitations spéciales accordées par les institutions européennes dans des actes du droit dérivé. R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », in *La Communauté et ses États membres*, rapport du colloque de l'Institut d'Etudes Juridiques Européen, Nijhoff, La Haye, 1973, p. 205.

¹¹⁵ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88, Rec. p. 2965, point 23.

¹¹⁶ J. RIDEAU, « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, p. 878.

¹¹⁷ R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *op. cit.*, p. 202.

¹¹⁸ L'impératif de l'application uniforme du droit communautaire a été plusieurs fois souligné par la Cour de justice des Communautés européennes. Cf. F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 333-348.

¹¹⁹ CJCE, 5 mai 1970, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. 77/69, Rec. p. 237.

¹²⁰ Selon la Cour de justice, l'exécution du droit communautaire ne saurait en effet « dépendre des règles internes de répartition des compétences entre les pouvoirs constitutionnels » ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur S.A.*, aff. 46/93, Rec., p. 1029.

¹²¹ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O.R.F du 22 juin 2004, p. 11182 ; Décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, J.O.R.F. du 10 juillet 2004, p. 12506 ; Décision n° 2004-498 du 29 juillet 2004, *Protection juridique des inventions biotechnologiques*, J.O.R.F. du 7 août 2004, p. 14077 ; Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, J.O.R.F. du 7 août 2004, p. 14087.

¹²² Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O.R.F. du 22 juin 2004, p. 11182. Décision de principe confirmée par la décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux*

interne au rang d'« exigence constitutionnelle ». L'article 88-1 de la Constitution de 1958 « ne saurait (...) être respecté que moyennant une pleine et entière participation qui suppose le respect de l'ensemble des obligations [communautaires] »¹²³. Le juge constitutionnel tire les conséquences constitutionnelles du statut d'Etat membre. En décidant de participer aux Communautés et à l'Union européennes, la France s'est engagée à respecter l'ensemble de ses obligations, y compris celle de procéder à la transposition des directives européennes¹²⁴.

Mais le statut de l'« État exécutant » est surtout le produit de la jurisprudence communautaire. La Cour de justice a explicité les obligations des États membres qui découlent de l'article 10 du traité CE¹²⁵, y compris les principes d'administration indirecte¹²⁶ et de coopération loyale dans le cadre desquels les autorités publiques sont érigées en agents d'exécution du droit communautaire. Face à l'insuffisance de l'infrastructure administrative et technique de l'Union européenne et à l'absence de moyens de coercition, l'exécution du droit communautaire est essentiellement décentralisée. Le choix de la méthode d'« administration indirecte » évite la mise en place d'une administration communautaire pléthorique et retient l'avantage de l'expertise des administrations nationales¹²⁷. L'« État exécutant » répond à l'impératif de décentralisation normative, administrative et judiciaire du droit communautaire¹²⁸. Ce rapport de dépendance qui marque encore les rapports entre les États membres et la Communauté atteste l'« imperfection structurelle »¹²⁹ de l'ordre juridique communautaire, dont l'effectivité¹³⁰ dépend de la mobilisation des compétences normative, administrative, répressive et juridictionnelle des organes de l'Etat membre.

L'action de l'État exécutant connaît des formes variables. On distingue traditionnellement l'exécution normative, l'exécution administrative, l'exécution juridictionnelle et l'exécution coercitive.

L'exécution normative se traduit par l'adoption d'une série de mesures nationales, mais correspond à des hypothèses différentes. En fonction des dispositions communautaires concernées, les mesures nationales sont arrêtées en vue de compléter le contenu des règles communautaires, de transposer les directives communautaires dans l'ordre juridique interne¹³¹ ou encore d'assurer l'application du droit communautaire à des cas individuels. Aussi, la portée et l'intensité de l'exécution normative varient-elles selon l'effet direct de l'acte communautaire. Pour reprendre la typologie du traité CE, il paraît nécessaire de distinguer entre l'exécution normative des actes directement applicables dans les ordres juridiques nationaux, et celle des directives, instruments qui appellent par définition des mesures nationales de transposition.

Les traités et règlements sont « parfaits » en soi. Néanmoins, des mesures normatives complémentaires s'avèrent parfois nécessaires. Dans ce cas, la compétence normative de l'État

communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, J.O.R.F. du 10 juillet 2004, p. 12506 ; également par la Décision n° 2004-499 DC, *Protection des données personnelles du 29 juillet 2004*, J.O.R.F. du 7 août 2004, p. 14087.

¹²³ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *R.D.P.*, n° 4, 2004, pp. 879-911, spéc. p. 891.

¹²⁴ H. OBERDORFF, « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 du 10 juin relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *R.D.P.*, n° 4, 2004, pp. 869-874, spéc. p. 871.

¹²⁵ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. 205-215/82, Rec., p. 2633, point 17.

¹²⁶ CJCE, 16 décembre 1976, *Renve*, aff. 33/76, Rec. p. 1989.

¹²⁷ En ce sens, R. MEHDI, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, t. II, *op. cit.*, spéc. p. 623.

¹²⁸ R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *op. cit.*, p. 202.

¹²⁹ J. DUTHEIL de la ROCHERE, « Rapport de synthèse », in *En hommage à Louis Dubouis, Droits nationaux et droit communautaire, influences croisées*, Paris, La documentation française, 2000, pp. 179-186, spéc. p. 182.

¹³⁰ F. SNYDER, « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, pp. 19-54.

¹³¹ Cf. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, pp. 159-163 ; K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, *op. cit.*, spéc. p. 348.

membre est strictement encadrée : elle doit se borner à assurer l'exécution de l'acte communautaire sans en affecter la substance normative¹³². La relation entre l'État exécutant et l'applicabilité directe est conçue de manière négative puisque « énoncée comme une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire mais de ne pas faire »¹³³. Dès lors, cette « passivité imposée à l'État par le droit communautaire »¹³⁴ devait réduire la fonction exécutive de l'État membre à l'hypothèse d'exception, dans la mesure où elle se bornerait aux normes qui ne bénéficient pas de l'effet direct. Le cas des décisions adressées aux États membres renvoie à des situations diverses : certaines décisions n'appellent que des mesures individuelles d'exécution, tandis que d'autres s'analysent à des instruments de « législation indirecte », à l'instar des directives. Ce schéma général connaît des exceptions. Des directives sont susceptibles d'avoir un effet « direct »¹³⁵, tandis qu'un règlement ou une décision peut nécessiter des mesures nationales de transposition. L'exécution administrative du droit communautaire permet sa mise en œuvre quotidienne et concrète sur le territoire national. C'est l'administration nationale qui assure le respect du droit communautaire aux particuliers. Sont mobilisées les administrations centrales, déconcentrées, décentralisées et même des autorités administratives indépendantes. Par-delà l'obligation négative que recèle l'exécution matérielle du droit communautaire¹³⁶, l'administration nationale est appelée à recourir à son savoir-faire technique¹³⁷ au service de l'effectivité du droit communautaire et au nom de l'État. Le principe d'administration indirecte « acquiert à ce stade sa signification maximale »¹³⁸. L'exécution du droit communautaire s'enlise parfois dans des « ornières dont il est difficile de sortir » sans l'intervention du juge national¹³⁹. C'est à ce titre que le juge ordinaire (administratif ou judiciaire) peut se prévaloir d'être l'ultime garant de l'exercice de la fonction d'exécution du droit communautaire. La protection directe, immédiate et effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire dépend du juge national. Il doit pallier ou remédier à l'(in)action des organes étatiques, dans les limites des compétences que lui reconnaît l'ordre juridique interne. Des actes juridictionnels dépend l'exécution *in extremis* du droit communautaire. L'enjeu n'a pas échappé à la Cour de justice¹⁴⁰. Pour une partie de la doctrine, une sorte de communautarisation du titre de compétence fonde l'exercice de la fonction exécutive communautaire du juge national.

¹³² D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 160. Sur l'exécution normative des règlements communautaires, cf. en particulier J.-V. LOUIS, *Les règlements de la CEE*, Bruxelles, Presses universitaires, 1969, 330 p. ; du même auteur, « Compétences des États membres dans la mise en œuvre du règlement », *C.D.E.*, n° 6, 1971, pp. 627-640.

¹³³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 1.

¹³⁴ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *A.F.D.I.*, 1972, p. 871.

¹³⁵ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, Rec. p. 1629.

¹³⁶ La jurisprudence de la Cour de justice oblige l'administration nationale à écarter toute loi incompatible avec le droit communautaire d'effet direct ; CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Constanzo c/Commune de Milan*, aff. 103/88, Rec. p. 1839, point 31. En l'espèce, la Cour était saisie d'un renvoi préjudiciel du tribunal administratif régional de Lombardie, pour savoir si en cas d'incompatibilité de la législation italienne avec l'article 5 de la directive 71/305, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *J.O.C.E* n° L 185, du 16 août 1971, p. 5), l'administration communale chargée d'organiser une procédure d'adjudication de travaux avait le pouvoir ou l'obligation de ne pas appliquer les dispositions internes contraires à ladite disposition communautaire. La Cour de justice a confirmé l'obligation pour l'administration, conformément au principe de coopération loyale, d'écarter la loi nationale incompatible avec les dispositions d'une directive et de les faire appliquer à sa place, pourvu qu'elles soient d'effet direct.

¹³⁷ L'exécution administrative du droit communautaire transparaît en particulier dans des domaines techniques : la politique agricole commune (PAC), la concurrence, la réglementation douanière et le recouvrement des créances communautaires. Ce phénomène accentue l'« éclatement organique » dont pâtit l'exécution matérielle du droit communautaire sur le territoire national.

¹³⁸ C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire*, op. cit., p. 129.

¹³⁹ R. MEHDI, « L'acquis et les États membres », *R.A.E.*, 2001-2002, pp. 1037-1047, spéc. p. 1040.

¹⁴⁰ CJCE, 28 juin 1978, *Simmenthal*, aff. 70/77, Rec. p. 629, points 16 à 21 : « tout juge (...) saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre (...), l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers » ; CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamman*, aff. 14/83, Rec. p. 1891, point 12 : « l'obligation des instances nationales d'exécuter le droit communautaire sur leur territoire s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles ».

L'idée tient en une formule récurrente, mais dont la signification reste sujette à caution : le juge national serait juge communautaire de droit commun¹⁴¹. Le juge national agirait comme organe de l'ordre juridique communautaire lorsqu'il applique le droit communautaire. Le professeur Charles Leben parle de « dédoublement fonctionnel » à propos des juges qui sont « *en tant qu'organes, tantôt de l'ordre central, tantôt de l'ordre juridique partiel de leur Etat* »¹⁴². Pourtant, cette analyse résiste mal aux exigences de la théorie de l'organe et de la représentation et conduit à nier le principe de l'autonomie constitutionnelle des États membres. Loin d'illustrer la théorie du dédoublement fonctionnel le juge national statuant en tant que juge communautaire de droit commun est toujours un organe de l'ordre juridique interne qui l'a institué et dont il tient son pouvoir de juger. Suivant une jurisprudence constante¹⁴³, la Cour de justice qualifie explicitement le juge national d'« *organe d'un État-membre* », lequel est « *saisi dans le cadre de sa compétence* ». Autrement dit, le juge national appliquant le droit communautaire n'est pas encore extrait de son statut national et demeure, du point de vue organique, rattaché à l'Etat membre¹⁴⁴.

Enfin, la mise en œuvre effective du droit communautaire fait l'objet d'un contrôle et implique que son non-respect soit sanctionné. Au niveau communautaire, c'est à la Commission qu'il incombe principalement de contrôler le respect par les États membres de leurs obligations, notamment pour la bonne exécution du droit communautaire. Mais les institutions de l'Union sont encore marquées par une carence en matière de prérogative de sanction. Dès lors, il revient aux autorités nationales d'exercer leur pouvoir de contrôle et de sanction - de nature administrative ou pénale - en cas de violation du droit communautaire. Soit que les actes communautaires les aient expressément chargées de fonctions de surveillance diverses, soit qu'elles y soient tenues par leur obligation générale de donner pleinement effet aux dispositions du droit communautaire qui les lient régulièrement. Il s'agit de veiller à l'application de la norme communautaire ou de la mesure nationale d'exécution.

Le pouvoir de sanction pénale est une marque du monopole de la violence légitime des États membres. Attribut de la souveraineté, les sanctions pénales demeurent des prérogatives qui relèvent de la compétence des États membres¹⁴⁵. Mais les sanctions nationales ne sont pas obligatoirement de nature pénale. Certes, le droit communautaire pose une norme d'interdiction que les États membres ont l'obligation de sanctionner. Reste qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, « *ils n'ont pas l'obligation de sanctionner pénalement* »¹⁴⁶. Si la sanction a caractère pénal relève de la compétence du juge, l'administration a la faculté d'infliger les sanctions administratives. Les sanctions administratives correspondent à un type de décisions unilatérales et « *sont l'une des manifestations les plus topiques de l'acte de puissance publique* »¹⁴⁷. Elles expriment précisément « *le jus punendi qui appartient à l'État* »¹⁴⁸. D'ailleurs, le rôle fondamental de

¹⁴¹ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., 1983 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

¹⁴² C. LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, pp. 61-72, spéc. p. 66. Au sujet des banques centrales nationales, cf. R. SMITS, "dual capacity", in *The European Central Bank*, 1997, p. 94 ; J.-V. LOUIS, "A legal and institutional approach for building a monetary union", *C.M.L.R.*, n° 35, février 1998, pp. 33-76, spéc. p. 50 et s., I. PERNICE, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam : European Constitution-Making Revisited ?", *C.M.L.R.*, n° 36, août 1999, pp. 703-750, spéc. p. 710.

¹⁴³ CJCE, 28 juin 1978, *Simmenthal*, aff. 70/77, Rec. p. 629, point 16.

¹⁴⁴ L'Avocat général Philippe Léger l'a fort bien résumé dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Köbler* : ainsi l'expression de « juge communautaire de droit commun » ne doit pas être entendue « *de manière littérale, mais plutôt symbolique. En effet, lorsque le juge national connaît du droit communautaire, c'est en tant qu'organe d'un Etat membre, et non en tant qu'organe communautaire, à la suite d'une opération de dédoublement fonctionnel* » ; affaire C-224/01, *A.J.D.A.* 2004, p. 424, conclusions présentées le 8 avril 2003, point 66.

¹⁴⁵ CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, aff. 166-73, Rec. p. 33.

¹⁴⁶ C. HAGUENEAU, « Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire », *R.M.C.U.E.*, n° 367, avril 1993, pp. 351-361, sp. p. 355.

¹⁴⁷ F. MODERNE, « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *R.F.D.A.*, mai-juin 2002, pp. 483-495, sp. p. 489.

¹⁴⁸ C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2004, 684 p., spéc. p. 368.

l'administration se situe moins au niveau de l'exécution matérielle qu'au niveau du contrôle de l'effectivité des mesures prises.

Au terme de cette contribution à l'étude de l'État membre de l'Union européenne, figure constitutionnelle à visages multiples, l'on est tenté de se faire l'écho de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958¹⁴⁹, pour mieux en détourner la formulation, et déclarer que « *la France est un État membre de l'Union européenne, à savoir un État souverain, national-européen, libéral, constituant, législateur et exécutant* ». Bien que discutable dans sa lettre, cette formule inscrit les relations entre l'Union européenne et ses États membres au-delà des seuls rapports de système entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques internes. Il s'agit de s'interroger sur la pertinence des modèles de l'État-nation et de « l'État souverain » dans le cadre du droit constitutionnel européen. Une telle démarche s'inscrit elle-même dans un mouvement plus large qui tend à repenser, sinon à revisiter le droit constitutionnel - y compris l'équation classique « droit constitutionnel : droit de l'État » - au prisme de l'intégration européenne.

¹⁴⁹ « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».