



College of Europe
Collège d'Europe



European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003

Dominik Hanf et Tristan Baumé

Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres?

Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention

© *Dominik Hanf et Tristan Baume, 2003*

Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres?

Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention

(Manuscrit d'un article à paraître dans les *Cahiers de droit européen* 2003)

Dominik Hanf^(*) et Tristan Baumé^(**)

1. *Reliquat d'une ambition plus vaste : de la « re-nationalisation » à la clarification des compétences de l'Union*

Il n'est pas un hasard que la déclaration n° 23 annexée au traité de Nice qui consacre formellement l'entreprise du processus de réformes constitutionnelles que nous vivons aujourd'hui mentionne, dans son énumération des questions à résoudre, en première place celle « comment établir, et maintenir ensuite, une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les États membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité ». ¹

Le processus de réforme – qui est le plus souvent intitulé « processus post-Nice » - avait, en effet, débuté déjà avant la signature du traité de Nice et ceci, selon une grande majorité des observateurs, avec le discours du ministre allemand des affaires étrangères à l'Université de Humboldt (Berlin) en mai 2000. Pourtant, il est probable que cette initiative a été, en grande partie, une réponse à une crainte que les *Länder* allemands avaient exprimée au cours des négociations de la Conférence intergouvernementale 2000. En effet, ils avaient

^(*) Dr. iur. (Mainz), Docteur en droit (Liège). Chargé de recherches (PAI) à l'Université de Liège et chargé de cours au département d'études juridiques du Collège d'Europe (Bruges). Ce travail a été réalisé dans le cadre du programme P.A.I. « droit de l'intégration européenne » du gouvernement fédéral belge mis en œuvre par les Instituts d'études européennes des Universités de Liège, Gand, Bruxelles (ULB) et de l'Institut d'études politiques (Paris).

^(**) LL.M. Collège d'Europe, Assistant académique, Département d'études juridiques, Collège d'Europe (Bruges).

¹ Point 5, premier tiret de la déclaration n° 23 annexée au traité de Nice.

annoncé qu'ils n'approuveraient le traité Nice² qu'à la condition que celui-ci opère une répartition plus nette des compétences respectives de l'Union et des Etats membres afin de mettre fin au prétendu élargissement furtif des compétences de l'Union.³ Bien que les *Länder* aient finalement accepté que leur objectif ne soit pas réalisé dans le cadre limité de la CIG 2000, ils ont toutefois obligé leur gouvernement fédéral à s'engager,⁴ probablement contre son gré,⁵ à fixer, dans le traité de Nice même, le processus « post-Nice ».⁶

Si les *Länder* n'ont pas été les seuls à demander un débat constitutionnel, ils ont été à l'origine de l'inclusion des questions de compétences dans la déclaration n° 23 annexée au traité de Nice.⁷ Certains d'entre eux concevaient la clarification et la délimitation des compétences comme un moyen pour aboutir à la re-nationalisation de certaines compétences communautaires, notamment en matière d'harmonisation (articles 95 et 308 du traité CE), de concurrence et plus particulièrement d'aides d'Etat, ainsi que dans les domaines de l'agriculture et de la politique régionale.⁸

Il est remarquable que les positions « extrêmes » qui étaient initialement représentées se sont estompées au fur et à mesure des travaux de la

² Depuis 1992, l'article 23 de la loi fondamentale confère à la deuxième chambre le droit de co-décision sur les lois ratifiant les traités de l'Union.

³ Voy. Bayerische Ziele für die Regierungskonferenz 2000, Europa-Archiv Nr. 160, Dez. 1999, B.IV.1.; décision du Bundesrat du 4 février 2000, Bundesrats-Drucksache 61/00, I.2.; déclaration des chefs des gouvernements fédérés du 24/25 mars 2000, Europa-Archiv Nr. 165, Mai 2000, II.2. ; débat du 4 février 2000 au sein du Bundesrat, Stenographischer Bericht der 747. Bundesratssitzung, p. 1 et suiv.

⁴ Entschließung des Bundesrats zu institutionellen Reformen und der Weiterentwicklung der EU vom 10 November 2000, Bundesrats-Drucksache 680/00.

⁵ Voy. Financial Times Deutschland du 4 décembre 2000 (<<http://www.ftd.de/pw/eu/FTD975865106928.html>>).

⁶ Moyennant une initiative germano-italienne, voy. sur ce point le rapport du ministre des affaires étrangères J. FISCHER délivré au Bundesrat le 21 décembre 2000 (Bundesrats-Protokoll, 758. Sitzung, S. 598).

⁷ Voy. Entschließung des Bundesrats zu institutionellen Reformen und der Weiterentwicklung der EU vom 10.11.2000, Bundesrats-Drucksache 680/00.

⁸ Voy. p.e. le discours de W. CLEMENT, alors Premier ministre de la Rhénanie du Nord-Westphalie, dans le cadre du «Forum Constitutionis Europae» de l'Institut Walter HALLSTEIN à l'Université Humboldt de Berlin le 12 février 2001 (versions française sur <http://www.nrw.de/aktuell/reden/mskr20010212_f.htm>).

Convention.⁹ Ceci met en relief le fait – souvent inaperçu – que la Convention a également servi de lieu permettant aux représentants des parlements nationaux de « (re)découvrir » l'Union dans une nouvelle perspective. En ce qui concerne l'établissement d'une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les États membres, l'objectif a très rapidement été ramené à la mise en oeuvre de techniques constitutionnelles permettant de clarifier davantage la « ligne de partage ».

Les pistes de réflexion avaient déjà été tracées par la déclaration de Laeken qui pose les questions suivantes :

Pouvons-nous à cet effet établir une distinction plus claire entre trois types de compétences, à savoir les compétences exclusives de l'Union, les compétences des États membres et les compétences partagées de l'Union et des États membres? ...

Se pose enfin la question de savoir comment garantir que la nouvelle répartition des compétences ne conduira pas à un élargissement furtif des compétences de l'Union ou qu'elle n'empiétera pas sur les domaines qui relèvent de la compétence exclusive des États membres et, le cas échéant, des régions. Comment veiller en même temps à ce que la dynamique européenne ne s'affaiblisse pas? En effet, il faut qu'à l'avenir aussi l'Union soit en mesure de réagir à de nouveaux défis et développements et de sonder de nouveaux domaines d'action. A cette fin, faut-il revoir les articles 95 et 308 du traité, à la lumière de l'acquis jurisprudentiel?¹⁰

Si le Présidium de la Convention s'est efforcé d'établir des catégories de compétences dans le premier titre de la constitution proposée portant sur la définition et les objectifs de l'Union, il l'a fait afin de contribuer à l'objectif inscrit dans le mandat de la Convention, à savoir clarifier « qui fait quoi ».

Après un survol des caractéristiques les plus importantes du système actuel des compétences de l'Union (2.), nous nous efforcerons d'examiner cette proposition (3.) afin d'évaluer si elle est susceptible de contribuer à une

⁹ Voy. les travaux dans les groupes de travail I (subsidiarité) et V (compétences complémentaires). Voir http://european-convention.eu.int/doc_wg.asp?lang=FR .

¹⁰ Déclaration du Conseil européen de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001, II (http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/doc151201_fr.htm).

clarification de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres (4.).¹¹

2. *Le système actuel : avantages et inconvénients*

a) Nature des compétences communautaires

Les compétences communautaires ont essentiellement trois particularités : elles sont spéciales et non pas générales, elles ont pour objet de permettre la réalisation de certains objectifs et doivent pour cela être appréhendées à la lumière de leur finalité, et leur exercice produit des normes qui priment sur toutes les normes nationales. Ces particularités traduisent la conception originelle qui a présidé à l'établissement des Communautés européennes : il s'agissait de brèches étroites mais profondes dans la souveraineté des Etats membres pour réaliser des objectifs précis.

La spécialité des compétences communautaires est exprimée par le principe d'attribution énoncé à l'article 5 du traité CE qui, dans le système de répartition verticale des compétences, assure que les compétences nationales sont la règle et les compétences communautaires l'exception.

La finalité des compétences communautaires est comprise dans le principe d'attribution qui dispose également que la Communauté agit dans les limites des objectifs qui lui sont assignés. Elle se concrétise par l'attribution de compétences dites fonctionnelles – terme sans doute impropre mais parfaitement consacré – mises en œuvre par les articles 94, 95 et 308 du traité CE. La conception des compétences communautaires – et plus largement du droit communautaire – à la lumière des objectifs auxquels elles répondent a également imprégné l'interprétation téléologique du droit communautaire retenue par la Cour, qui a tendu à assurer l'effet utile des normes

¹¹ La proposition du Présidium date du 6 février 2003, voy. doc. conv 528/03 sur <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/CV00528.fr03.pdf>. Après finalisation du présent commentaire, le Présidium a soumis à la Convention un texte révisé, voy. Doc. conv. 724/1/03 REV 1 Volume I du 28 mai 2003 sur <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/CV00724-re01.fr03.pdf>, p. 7-9 et 11-16 et, pour une comparaison avec le texte antérieur, p. 50-58 et 61-84, qui prend en compte certaines des critiques formulées dans notre analyse. Celle-ci se réfère à la proposition originale tout en indiquant les changements les plus significatifs dans les notes. Les articles de la proposition du 28 mai 2003 sont cités entre crochets.

communautaires. Les objectifs de la Communauté sont énumérés aux articles 2, 3 et 4 du traité CE.

La primauté du droit communautaire a été établie par la Cour pour garantir l'effet utile des dispositions de droit communautaire qui doivent faire l'objet d'une application uniforme sur tout le territoire de la Communauté. Ce principe d'ordre constitutionnel s'analyse comme une des conséquences de la seconde particularité des compétences communautaire mentionnée ci-dessus, à savoir la garantie de l'effet utile des dispositions de droit communautaire afin d'assurer la réalisation effective des objectifs énoncés dans le traité. Il résulte de la primauté que les dispositions de droit communautaire non seulement rendent inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute législation nationale existante, y compris les dispositions nationales d'ordre constitutionnel, mais encore empêchent la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils sont incompatibles avec des normes communautaires.¹² Ce principe joue un rôle fondamental dans le système vertical de répartition des compétences. Il fournit non seulement la règle de conflit permettant d'écartier une disposition nationale en antinomie avec une règle communautaire, mais constitue aussi la base du principe plus large de la préemption qui dessaisit les États membres de leurs compétences à mesure que la Communauté exerce les siennes.¹³

b) Extension progressive des compétences communautaires

L'objectif du marché commun, énoncé à l'article 2 du traité CE, devait originellement être réalisé par la technique de l'intégration négative et par la poursuite de diverses politiques sectorielles énoncées à l'article 3 du traité CE, dont les bases juridiques étaient distribuées dans la troisième partie de ce traité. Ainsi la Communauté s'est vue attribuer de vastes compétences pour assurer la libre circulation des personnes et des facteurs de productions,

¹² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, 6/64, Rec. 1141; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. 629. Voir également Bruno DE WITTE, « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, p. 425-454.

¹³ Voy. K. LENAERTS et P. v. YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3 B du Traité CE », *Cahiers de Droit européen*, 1994, p. 3, à p. 20.

tendant principalement à coordonner et à contrôler l'action des Etats membres. Ces compétences sont accompagnées d'interdictions édictées à l'encontre des Etats membres. Des compétences comportant des pouvoirs normatifs importants avec une marge de discrétion significative ont également été attribuées à la Communauté afin de réaliser des politiques communes sectorielles (agriculture, transport, politique commerciale).¹⁴ Les auteurs du traité avaient également prévu la possibilité pour le Conseil, statuant à l'unanimité, d'harmoniser les législations nationales ayant une « incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun » (article 94 CE, ex 100). Par ailleurs, la clause de flexibilité de l'article 308 du traité CE (ex 235) avait été introduite afin de permettre à la Communauté de palier aux insuffisances des compétences qui lui étaient conférées sans qu'il soit besoin de procéder à un amendement formel du traité.

Le processus d'intégration ayant passé une étape après l'expiration des périodes transitoires, il devenait rapidement manifeste que la poursuite de politiques sectorielles et la technique de l'intégration négative ne suffisaient plus à avancer de façon effective vers la réalisation d'un marché commun. D'autre part, des consensus apparaissaient parmi les gouvernements des Etats membres pour engager des actions dans des secteurs non prévus par le traité. L'article 235 du traité CE (devenu 308) fut très largement utilisé par la Communauté à partir des années 1970, ce qui lui permit de véritablement développer sur cette seule base juridique des politiques dans des secteurs non envisagés par le traité. Cela amena les gouvernements à insérer, lors des révisions du traité, des titres de compétences précisément calibrés dans les secteurs où la Communauté avait auparavant agi sur la base de l'article 235 du traité CE. Par ailleurs, l'Acte Unique européen a introduit une nouvelle compétence d'harmonisation ne nécessitant plus que la majorité qualifiée au sein du Conseil, ce qui a grandement facilité l'adoption par la Communauté de mesures d'harmonisation.

En outre, l'extension des compétences communautaires a eu lieu par le biais de la jurisprudence de la Cour. Parallèlement aux compétences expressément reconnues à la Communauté par le traité, la Cour a également reconnu

¹⁴ A. TIZZANO, « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs* 1989, 48, p. 81, à p. 83.

l'existence de compétences implicites lorsque le principe de primauté l'exigeait ou sur le fondement d'une interprétation téléologique des dispositions du traité. La théorie des compétences implicites a permis à la Cour d'étendre les compétences communautaires, notamment dans le domaine des relations extérieures, en dehors de la procédure de l'article 308 du traité CE, alors que celle-ci était normalement applicable.¹⁵

c) Opacité du système de répartition des compétences

Le traité ne précise pas si les compétences attribuées à la Communauté sont exclusives, concurrentes ou implicites. Seule l'application faite par la Cour des trois principes régissant la nature des compétences communautaires permet de déduire avec plus ou moins de précision qui fait quoi. Ainsi, les remarques suivantes peuvent être faites :

- L'exclusivité par nature des compétences communautaires se déduit par interprétation téléologique et l'effet utile des dispositions de droit communautaire ;¹⁶
- La reconnaissance de compétences exclusives par nature ne préjuge pas, en vertu du principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 du traité CE, du droit – et de l'obligation – des Etats membres de prendre des mesures intérimaires en tant que gestionnaires de l'intérêt commun,¹⁷ ni de la possibilité pour la Communauté de procéder à des délégations de pouvoirs ;¹⁸
- L'exclusivité par exercice des compétences se déduit de l'intensité réglementaire présente dans les domaines couverts par le droit dérivé. Pour cela, il est impossible d'avoir une vue définitive sur l'étendue des compétences exclusives par exercice du fait que celle-ci varie en fonction de l'activité législative de la Communauté ;

¹⁵ *Ibid*, à p. 87.

¹⁶ Voy. par exemple, CJCE, 11 novembre 1975, Avis 1/75, Rec. 1975, p. 1355.

¹⁷ CJCE, 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni*, Affaire 804/79, Rec. 1981, p. 1045.

¹⁸ CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke*, Affaire 41/76, Rec. 1976, p. 1921, et CJCE, 18 février 1986, *Bulk Oil*, Affaire 174/84, Rec. 1986, p. 559.

- Les compétences implicites se déduisent, selon les cas, du principe de la préemption,¹⁹ ou de l'interprétation téléologique et de l'effet utile des dispositions de droit communautaire ;²⁰
- Les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'attribution de compétences ou uniquement de compétences d'appui excluant les mesures d'harmonisation peuvent néanmoins être réglementés par la Communauté par voie d'harmonisation en vertu de l'article 95 du traité CE, lorsque les mesures adoptées ont pour effet l'amélioration sensible des conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur.
- Les limitations imposées aux compétences attribuées à l'occasion des révisions du traité ne font pas obstacle à ce que la Communauté fasse usage de l'article 308 du traité CE pour dépasser ces limites, sauf lorsque le traité procède à une exclusion expresse des mesures d'harmonisation ;

Au vu de ces considérations, il s'avère très difficile de proposer aux citoyens européens une image nette et simplifiée des domaines de compétences communautaires et nationales. Ce constat dérive de la circonstance que la Communauté n'est pas une fin, mais un moyen pour achever des objectifs dont la substance est par ailleurs susceptible d'évoluer selon les époques. La répartition des compétences ne peut dès lors être envisagée comme une fin en soi, de façon statique, mais comme une fonction de la nature dynamique de l'intégration communautaire. En effet, cette répartition traduit d'une part, l'étendue des objectifs communautaires et d'autre part, l'état, à un moment donné, de réalisation de ceux-ci.

3. *Analyse critique de la proposition du Présidium*

Le Présidium s'est vu assigner une entreprise délicate : il lui est demandé de circonscrire les compétences de l'Union avec suffisamment de précision pour

¹⁹ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (A.E.T.R.)*, Affaire 22-70, Rec. 1971, p. 263.

²⁰ CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, Affaires jointes 3, 4 et 6-76, Rec. 1976, p. 1279 ; et CJCE, 26 avril 1977, *Avis 1/76* Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, Rec. 1977, p.741.

les préserver d'un « élargissement furtif », tout en ne mettant pas à mal ce que la déclaration de Laeken nomme le « dynamisme communautaire ». Ces deux éléments, communément considérés comme étant en conflit, forment une dialectique que l'analyse ci-dessous se propose de suivre. Ainsi, la proposition du Présidium va être étudiée à la lumière de ces deux objectifs, et de l'équilibre qui a pu être atteint pour leur satisfaction commune.

A première vue, la proposition du Présidium relative aux compétences de l'Union contient deux types de dispositions. D'une part, certaines peuvent être lues comme l'insertion d'une explication du système d'attribution en vigueur tel qu'il a été décrit par de nombreux auteurs sur base de la jurisprudence de la Cour de justice. Elles semblent s'attacher à la conservation de « la dynamique européenne » préconisée par la déclaration de Laeken (a). D'autre part, une deuxième série de dispositions vise à encadrer davantage l'exercice des compétences de l'Union. Elles s'inscrivent dans le deuxième objectif assigné à la Convention, à savoir l'insertion, dans le futur traité constitutionnel, de dispositions s'opposant à un « élargissement furtif des compétences de l'Union » au détriment de celles des Etats membres et des régions (b). Comme dans toute proposition, l'on peut critiquer certains aspects précis du texte proposé, qui semble accuser quelques incohérences. Toutefois, notre critique principale est que les articles proposés ne se prononcent pas sur un point qui mérite sans doute d'être clarifié : l'existence de limites à l'exercice des compétences nationales imposées par les différentes formes du principe de non-discrimination sur base de la nationalité et de la compétence « fonctionnelle » de l'Union d'harmoniser les lois des Etats membres afin de garantir une concurrence non faussée et d'éliminer des barrières au commerce entre les Etats membres de l'Union (c).

a) Conservation de la « dynamique européenne »

La proposition du Présidium s'attache essentiellement à définir les principes qui régissent la répartition verticale des compétences et l'exercice par l'Union de ses compétences. Ce faisant, elle rappelle les principes de compétences attribuées pour l'atteinte des objectifs établis par la constitution, de primauté, de

subsidiarité, de proportionnalité, et de coopération loyale.²¹ Elle énumère ensuite les différentes catégories de compétences et en indique, en termes généraux, les effets sur les compétences nationales. Sont mentionnées les compétences exclusives, les compétences partagées, ces dernières comprenant les compétences dites « parallèles » et les compétences pour prendre des actions d'appui.²²

Enfin, la proposition énumère les domaines correspondant aux différentes catégories de compétences. Ce faisant, la proposition entérine l'état actuel des compétences communautaires tel qu'il a été développé par la pratique et la jurisprudence de la Cour de justice. On remarquera certaines nuances dans l'énonciation des domaines d'activité de la Communauté suggérant que les domaines de compétences exclusives et d'appui sont énumérés de façon exhaustive alors que les domaines de compétences partagées ne semblent pas strictement limités à ceux qui sont énumérés.²³

La proposition se présente donc comme un exercice de codification du système de répartition verticale des compétences qui ne remet pas fondamentalement en cause « le dynamisme » communautaire. Ce dynamisme se manifeste par les considérations suivantes:

- La nécessaire primauté attachée au droit communautaire fait maintenant l'objet d'une mention explicite et continuera de permettre à l'Union d'occuper par préemption les domaines qu'elle réglemente intensivement ;²⁴

²¹ Cf articles 8 et 9 para. 1. Il est permis de suggérer que le principe de primauté devrait plutôt être inclus dans l'article 8, à moins que l'on procède à une fusion des deux articles en question, ainsi que plusieurs conventionnels l'ont proposé. Voy. Maintenant l'article I-10 de la proposition du 28 mai 2003.

²² En outre, la proposition mentionne une compétence de coordination des politiques économiques des Etats membres ainsi qu'une compétence pour « la définition d'une politique étrangère et de sécurité commune ».

²³ La proposition emploie les formulations suivantes : « l'Union dispose d'une compétence exclusive [...] dans les domaines suivants : » (article 11 para. 1, devenu article I-12 para. 1), « les domaines d'action d'appui sont : » (article 15 para. 2, devenu article I-16 para. 2), « les compétences partagées [...] s'appliquent aux *principaux* domaines suivants : » (article 12 para. 4, devenu article I-13 para. 2) (c'est nous qui soulignons).

²⁴ Article 9 para. 1 (article I-13 para. 1 et 3) de la proposition. L'on notera que la primauté pourra s'exercer dans les domaines actuellement placés dans les deuxième et troisième piliers.

- La définition large des domaines relevant des compétences concurrentes ainsi que leur caractère ouvert²⁵ permettra à l'Union d'agir de façon effective sur de nombreuses matières conformément aux pouvoirs plus ou moins étendus qui lui seront conférés dans la deuxième partie de la constitution ;
- L'absence de liste de compétences réservées aux Etats membres exclut l'étanchéité du départage entre les compétences nationales et celles de l'Union;
- La confirmation des compétences implicites reconnues par la Cour en matière de conclusion d'accords internationaux,²⁶ d'une part, entérine le principe *in foro interno in foro externo* pour les domaines réglementés de façon intensive sur le plan intérieur, et d'autre part donne un effet utile aux dispositions conférant des compétences dont l'exercice nécessite des actions sur le plan extérieur ;
- La « clause de flexibilité »²⁷ permettra à l'Union de dépasser les éventuelles insuffisances des bases juridiques qui seront mises à sa disposition dans la Partie II de la constitution, bien que celle-ci ne pourra être utilisée pour harmoniser les matières pour lesquelles la constitution exclut expressément l'adoption de mesures d'harmonisation²⁸. La « clause de flexibilité »,²⁹ dont la suppression a été discutée lors des travaux de la Convention, permettra également d'ignorer l'absence pure et simple de base juridique, dès lors que l'objectif dont la réalisation est poursuivie est compris dans les objectifs établis par la constitution. Il est à noter qu'avec l'attribution, aux côtés des compétences faisant partie de l'actuel premier pilier, de compétences – et donc d'objectifs – dans les domaines de la politique extérieure et de sécurité commune, et de la coopération policière et judiciaire, la « clause de flexibilité » trouve son champ d'application substantiellement élargi aux actuels deuxième et troisième piliers. En matière de PESC, le monopole d'initiative de la Commission constitue même un changement important par rapport à un système qui a jusqu'ici été centralisé autour du Conseil.

²⁵ Article 12, para. 1 et 4 de la proposition.

²⁶ Article 11 para. 2 (article I-12 para. 2) de la proposition.

²⁷ Article 16 para. 1 (article I-17 para. 1) de la proposition.

²⁸ Article 16 para. 3 (article I-17 para. 3) de la proposition.

²⁹ Cette dénomination n'est pas heureuse car le terme flexibilité s'inscrit, dans le cadre de l'Union, dans le contexte bien différent que celui du présent article 308 CE.

b) Encadrer davantage les compétences de l'Union

Plusieurs éléments de la proposition visent à encadrer davantage les compétences de l'Union afin d'éviter leur « élargissement furtif ».

Cette motivation a probablement amené le Présidium à ajouter, dans le cadre de l'article 3 sur les objectifs de l'Union, un dernier paragraphe annonçant à la fois les principes d'attribution et de proportionnalité en disposant que l'Union doit réaliser ces objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences que la constitution lui confère à cet effet. D'aucuns noteront que la formulation du principe d'attribution pose explicitement les compétences nationales en principe et fait des compétences de l'Union l'exception.

L'on s'interrogera sur les effets possibles de l'article 9 (6) proposé portant sur l'application des principes fondamentaux relatifs aux compétences de l'Union. Cette disposition ne se borne pas à reprendre le respect de l'Union pour les identités nationales des Etats membres, figurant déjà dans l'article 1 (2) du projet de constitution et actuellement inscrit dans l'article 6 (3) du traité UE. Selon la formule proposée, l'identité d'un Etat membre comportera « notamment sa structure politique et constitutionnelle, y compris l'organisation des pouvoirs publics au niveau national, régional et local ».³⁰

Une interprétation stricte de cette disposition pourrait tendre à remettre en cause le principe de primauté . Il est cependant très improbable que la Cour de justice modifie sa jurisprudence *Costa/Enel* et *Simmenthal* suite à l'introduction de cette précision, du fait notamment que cette jurisprudence semble être codifiée par l'article 9 (1) du projet de constitution qui consacre la primauté du droit de l'Union sur le droit des Etats membres. Toutefois, même si la Cour de justice ne peut pas, aujourd'hui, contrôler directement le respect par l'Union de l'article 6 (2) du traité UE,³¹ il est généralement admis qu'elle doit assurer le respect de l'identité nationale lorsqu'elle fait observer l'application du principe

³⁰ L'acception culturelle de la notion d'identité nationale, originellement proposée par M. Henning CHRISTOPHERSEN (la « Christophersen clause », voy. « Option-paper: Highlighting the Limits of EU Competence », Groupe de travail V [compétences complémentaires], document de travail 5, 11 juillet 2002), n'a pas été retenue. Voy. aussi l'article 1-5 para. 1 de la proposition du 28 mai 2003.

³¹ Voy. article 46 lit. D TUE.

de subsidiarité et de coopération loyale.³² La proposition du Présidium confirme donc cette idée et elle pourrait obliger les institutions de l'Union – y compris la Cour de justice – à se pencher davantage, lors de l'élaboration et l'appréciation des politiques, actes juridiques et arrêts, sur certains problèmes spécifiques liés aux ordres constitutionnels nationaux. Dans le contexte de l'élaboration de la nouvelle constitution pour l'Union, l'article 9 (6) doit probablement être considéré comme une disposition qui cherche à « équilibrer » la consécration formelle de la primauté du droit de l'Union qui, quant à elle, ne semble toujours pas être acceptée entièrement dans tous les Etats membres actuels et futurs.³³ Le principe de coopération loyale a été précisé dans le sens de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, si ce principe exige des Etats membres toute action et abstention de nature à faciliter et à ne pas mettre en péril la réalisation des objectifs visés par la constitution, il requiert également à l'Union d'agir avec « loyauté » à l'égard des Etats membres³⁴ (article 9 para. 5). Ce principe de coopération et de respect réciproque pourra trouver des applications intéressantes s'il est lu en combinaison avec la clause du respect de l'identité

³² Voy. p.e. B. BEUTLER, « Artikel F EUV », in H. von der GROEBEN/J. THIESING/C.-D. EHLERMANN (éd.), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag* (Vol. 1, 5^{ème} éd., Baden-Baden 1997) n° 21.

³³ Les réactions de certains « conventionnels britanniques » relatives à l'article 9 (1) de la constitution proposée par le Présidium le prouvent ainsi qu'une déclaration du parlement polonais du 11 avril 2003 adoptée à une majorité de 374:25 selon laquelle la législation polonaise relative à la moralité dans les domaines de la vie sociale, la dignité de la famille, le mariage, l'éducation et la protection de la vie ne peut être limitée par des dispositions du droit international (voy. *Le Monde* du 12 avril 2003). Dans ce contexte, il faut rappeler les réserves traditionnelles de certaines Cours constitutionnelles. Toutefois, l'on doit également indiquer que la Belgique vient de modifier une disposition constitutionnelle dans le but d'empêcher les juridictions nationales de poser des questions préjudicielles portant sur la compatibilité des principes de droit fédéral belge – dont la Cour d'arbitrage assure le respect – avec le droit communautaire (voy. D. HANF, « El proceso de integración europea en Bélgica. Premisa y marco de la federalización de un antiguo Estado unitario », à paraître dans la *Revista Española de Derecho Europeo* 2003).

³⁴ Pour un bref aperçu des arrêts de la Cour reconnaissant l'existence d'une obligation de loyauté vis-à-vis des États membres, voyez notamment CJCE, 13 juillet 1990, *Zwartveld e.a.*, Affaire G-2/88 Imm., Rec 1990, p.3365, point 17 ; CJCE, 15 janvier 1986, *Commission c/ Belgique*, Affaire 52/84, Rec. 1986, p. 89, para. 16 ; CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c/ Parlement*, Affaire 230/81, Rec. 1983, p. 255, point 37.

nationale. Par ailleurs, il est susceptible de fournir un outil utile – mais pas nécessairement déterminant – pour la résolution d'éventuels conflits entre les politiques de l'Union relevant des compétences parallèles et les politiques nationales incompatibles.³⁵

Si l'article 15 (4) de la proposition consacre, pour les domaines « d'actions d'appui » tels que l'emploi, l'industrie, l'éducation et la culture³⁶ une interdiction d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres, il reprend pour la plus grande partie l'état actuel du droit primaire en vigueur.³⁷ Ceci vaut également pour la nouvelle « clause de flexibilité » dans la mesure où elle ne peut pas servir de base juridique pour l'harmonisation des dispositions nationales lorsque la constitution exclut une telle harmonisation (article 16 (3) de la proposition du Présidium).³⁸

Il est également permis de s'interroger sur la possible portée de l'article 12 (3) de la proposition du Présidium qui vise à codifier, dans le domaine des compétences partagées, le principe de la « préemption », mais qui dispose également que les Etats membres peuvent exercer leurs compétences lorsque l'Union « cesse d'exercer » les siennes. En effet, une ancienne question doctrinale³⁹ portait sur la question de savoir si l'abandon, par la Communauté, d'une compétence qui était devenue « exclusive par occupation » faisait « renaître » la compétence partagée des Etats membres. Cette théorie semble

³⁵ Voy. *infra* p. 14.

³⁶ Les nouveaux domaines proposés sont le sport et la protection contre les catastrophes (voy. aussi l'article I-16 para. 2).

³⁷ Voy. article 129 (2) du traité CE (emploi), articles 149 (2) et 150 (4) du traité CE (éducation, formation professionnelle et jeunes), article 151 (5) du traité CE (culture).

³⁸ A ce sujet voir I. SCHWARTZ, « Artikel 235 » in H. von der GROEBEN/J. THIESING/C.-D. EHLERMANN (éd.), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag* (Vol. 5, 5^{ème} éd., Baden-Baden 1997) n° 50 et 51 : « Unanwendbar ist Artikel 235 insoweit, als eine andere Vertragsvorschrift eine Methode zur Verwirklichung eines der Gemeinschaft gesetzten Zieles ausdrücklich ausschliesst. ... Artikel 235 sieht daher für die Verwirklichung der Ziele der Artikel 126, 127, 128 und 129 keine Befugnisse zur Rechtsangleichung vor. ». Voy. aussi K. LENAERTS, « Education in European Community Law after Maastricht », 34 (1994) *Common Market Law Review* 7 et s. (35/36).

³⁹ Voy. p.e. la discussion chez A. FURRER, *Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen* (Baden-Baden: Nomos, 1994) 15 et s.

être soutenue par la proposition du Présidium. Pourtant, un bon nombre d'auteurs interprétait la jurisprudence de la Cour en ce sens que les compétences communautaires devenues exclusives par exercice devraient être traitées comme les compétences exclusives « par nature » et que, partant, les Etats membres ne peuvent, en cas d'abandon de ces compétences, agir uniquement que sur base d'une habilitation expresse de l'Union.⁴⁰

Il semble qu'il faille relativiser la portée de cette controverse et, dès lors, aussi l'impact possible de la disposition proposée par le Présidium. Le principe de la primauté interdit de toute façon aux Etats membres de ne pas respecter le droit de l'Union lorsqu'ils exercent leurs compétences, même exclusives. De plus, il paraît fort peu probable que l'Union se retire de certains domaines sans qu'elle ne prévoie quelques « règles de comportement » - comme le démontre bien la récente réforme relative à l'application du droit de la concurrence. Finalement, les Etats membres ont peu d'intérêt à ne pas respecter l'intérêt commun car ils risquent, dans le cas contraire, non seulement une condamnation par la Cour de justice, mais – ce qui les affectera probablement plus - que l'Union recentralise à nouveau entièrement la matière concernée.

Toujours dans le domaine des compétences partagées, l'on constate que l'article 12 réserve un sort spécial à la recherche, au développement technologique et au domaine de l'espace ainsi qu'à la coopération au développement et à l'aide humanitaire. Ici, l'exercice de la compétence de l'Union ne peut pas avoir pour effet d'interdire aux Etats membres d'exercer les leurs.⁴¹

Cette sous-catégorie des compétences partagées est souvent décrite comme « compétence parallèle ». La question-clé d'un point de vue de la distribution des compétences est de savoir dans quelle mesure le principe de la primauté est applicable lorsque des politiques des Etats membres entrent en conflit avec celles de l'Union. En règle générale, la primauté s'applique lorsque les politiques des Etats membres ne respectent pas les principes fondamentaux du

⁴⁰ Voy. à ce propos l'article 10 para. 1 de la proposition du Présidium. La formule de l'article I-11 para. 2 de la nouvelle proposition du 28 mai 2003 dispose par contre que « [l]es Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer. »

⁴¹ Article 12 (5 et 6) (article I-13 para. 5 et 6) de la constitution proposée par le Présidium.

droit communautaire et plus particulièrement celui de la non-discrimination sur base de la nationalité.⁴² Il est moins facile de trancher cette question lorsqu'un programme de recherche établi par l'Union – par exemple en matière de recherche génétique – entre en conflit avec une loi nationale interdisant le type de recherche subventionné et qu'un centre de recherche de l'Etat membre en question se voit, en conséquence, empêché de demander et de recevoir des subventions communautaires. Même si dans la pratique – suivant l'obligation décrite dans l'article 165 du traité CE « d'assurer la cohérence réciproque des politiques nationales et de la politique communautaire » - le programme ne sera normalement pas applicable dans l'Etat membre qui s'y est opposé,⁴³ l'on ne peut pas exclure qu'un obstacle interne soit détecté ou établi seulement après l'adoption du programme. Dans cette hypothèse, il faudra décider si le programme restera applicable dans cet Etat membre ou non. L'article 12 (5) de la constitution semble clarifier la situation car il paraît trancher le conflit en faveur de la règle nationale, même s'il n'est pas exclu que la Cour puisse interpréter cette disposition en ce sens qu'il ne dispense pas les Etats membres de l'obligation d'exercer leurs compétences en conformité avec les actes communautaires.

Finalement, l'on peut considérer que la création des catégories « coordination des politiques économiques » (article 13) et « la politique étrangère et de sécurité commune » (article 14) entrent dans la logique de l'encadrement des compétences de l'Union car elles ont essentiellement pour fonction de confirmer que la Convention ne pense pas proposer une intégration – au moins de l'ensemble de l'Union⁴⁴ - au-delà du faible degré d'intégration réalisé jusqu'à présent dans ces domaines.

c) Un exercice de clarification incomplet

La proposition du Présidium semble à plusieurs égards faire preuve d'incohérence dans la catégorisation des domaines de compétences.

⁴² Un exemple serait par exemple une règle réservant l'accès à des fonds de recherche uniquement à des chercheurs ayant la nationalité de l'Etat membre en question.

⁴³ Cf. article 168 CE.

⁴⁴ Cf. article 13 para. 3 (article I-14 para. 2) de la proposition : « Des dispositions spécifiques s'appliquent aux Etats membres qui ont adopté l'euro. »

Premièrement, elle dispose, d'une part, que « l'Union dispose d'une compétence exclusive pour assurer la libre circulation des personnes, marchandises, services et capitaux », alors que d'autre part, elle fait entrer le marché intérieur dans le domaine des compétences partagées entre l'Union et les Etats membres. La première proposition paraît donc interdire aux Etats membres d'adopter des mesures dans le domaine de la libre circulation alors que la seconde les y autorise. L'on peut tenter de réconcilier ces deux dispositions en distinguant le domaine concerné (le marché intérieur ; domaine partagé) et l'action qui y est entreprise (assurer la libre circulation ; action réservée exclusivement à l'Union). Cependant, il est constant que les Etats membres se voient interdire de prendre des mesures posant des obstacles à la libre circulation, tout comme par ailleurs l'Union elle-même. Ainsi, les Etats membres auraient pour seule possibilité d'adopter des mesures neutres au regard de la libre circulation, et peut-être des mesures qui, si elles favorisent la libre circulation, n'en font pas leur objet principal (objectif recherché ou déclaré). La réconciliation de ces deux éléments ne paraît pas très convaincante. La mention d'une compétence exclusive au profit de l'Union pour assurer la libre circulation semble surtout résulter du souci traditionnel de la Commission de garder le monopole sur la politique d'établissement du marché intérieur en faisant échapper cette dernière à l'application du principe de subsidiarité. En l'occurrence, la proposition du Présidium semble exprimer l'idée que l'Union détient des compétences importantes en vue d'assurer la libre circulation, chose suffisamment claire pour se demander si sa (ré)affirmation ne serait pas redondante.⁴⁵

Deuxièmement, l'on peut se demander ce que recouvrent les compétences partagées. Celles-ci s'appliquent, selon les termes de l'article 12 (4), aux « *principaux* domaines suivants ». Le mot « principaux » peut-être appréhendé de deux façons : soit il suggère que la liste des domaines est non pas

⁴⁵ Dans le même sens, voy. The House of Lords Select Committee on the European Union, 9th Report, Session 2002-03, « The Future of Europe : Constitutional Treaty – Draft Articles 1-16 », <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200203/ldselect/ldcom/61/61.pdf>. La nouvelle proposition tend à remédier au problème en insérant à l'article 14 para. 1 les libertés fondamentales comme objectif de l'Union tout en supprimant la référence à la libre circulation dans l'article 1-12 para. 1 sur les compétences exclusives. Voy. aussi le commentaire du Présidium à la page 57 de la nouvelle proposition.

exhaustive mais ouverte et comprend au moins les domaines mentionnés, soit il suggère que la liste n'est qu'indicative et sujette à la mise en œuvre substantielle des compétences dans la Partie II du texte constitutionnel, qui peut en restreindre l'étendue. Par exemple, l'introduction de la santé publique dans les compétences partagées de l'Union est équivoque. Si la Communauté dispose à l'heure actuelle de compétences pour harmoniser certains aspects de cette matière, ses compétences sont majoritairement de coordination et d'appui. La mention de la santé publique dans les compétences partagées reflète peut-être un élargissement important des compétences de l'Union en cette matière,⁴⁶ mais peut-être aussi témoigne simplement du fait que certains aspects de la santé publique peuvent être harmonisés. Dans ce dernier cas, cela dénote les difficultés inhérentes à toute tentative de catégorisation *a priori* de domaines qui ne sauraient dans leur totalité appartenir à une seule catégorie de compétence. Seules les dispositions de la Partie II permettront de répondre à la question de l'interprétation des termes « principaux domaines ».

L'on peut également se demander s'il faut comprendre les compétences de coordination des politiques économiques et les compétences en matière de politique étrangère et de sécurité commune comme relevant des compétences partagées de l'Union. La lecture de l'article 12 (1) mène à cette conclusion dans la mesure où celui-ci dispose que relèvent des compétences partagées les domaines qui ne sont visés ni par les compétences exclusives, ni par les actions d'appui. La conséquence principale en est que la nature des compétences partagées n'est pas claire, surtout si les processus décisionnels dans ces domaines ne font pas l'objet de communautarisation.

Par ailleurs la proposition du Présidium a omis de mentionner les compétences « fonctionnelles » de l'Union, qui rendent difficile la catégorisation de ces compétences « en mutation continue ».

Le débat politique à l'origine de l'exercice de clarification entrepris par la Convention a été en grande partie nourri par le fait que l'action de l'Union peut

⁴⁶ Cela est corroboré par le fait que les compétences d'appui excluant expressément les mesures d'harmonisation ne comprennent pas le domaine de la santé publique. La nouvelle proposition du 28 mai 2003 a toutefois reformulé ces dispositions dans le souci de refléter le *status quo*, voy. article I-13 para. 2 dernier tiret, d'une part, et article I-16 para. 2 troisième tiret, d'autre part.

se faire sentir – non pas uniquement de façon marginale – dans des domaines tels que ceux de la culture ou de l'éducation. Certaines propositions de réforme faites dans le cadre du processus de Nice visaient donc à interdire les ingérences de l'Union dans ces domaines qui relèvent, en principe, de la compétence des Etats membres, voire de leurs composantes.

Un exercice de clarification des compétences ne peut donc pas, à notre avis, se permettre d'ignorer les règles du droit communautaire qui organisent de telles « intrusions ». Il s'agit ici essentiellement de deux règles. La première, une sorte de « compétence négative », est le principe de non-discrimination sur la base de la nationalité – concrétisé en premier lieu dans les quatre libertés économiques – qui s'impose, en principe, aux Etats membres lorsqu'ils exercent leurs compétences.⁴⁷ La deuxième est une « compétence positive » permettant à la Communauté de prendre des mesures d'harmonisation - ayant des incidences sur certains domaines relevant en principe de la compétence nationale – afin d'établir ou de maintenir le marché intérieur (article 95 du traité CE).

Or, la Convention n'ose apparemment pas décrire d'une manière honnête le fait qu'il n'existe, selon la formule de Koen LENAERTS, « no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community ».⁴⁸ Ceci explique probablement aussi le fait qu'elle ait renoncé à établir une liste de compétences réservées aux Etats membres. Une telle liste aurait dû être accompagnée, si l'on ne veut pas donner une vision irréaliste du système de distribution des compétences entre l'Union et les Etats membres ou mettre en péril la fondation même de l'Union, d'une disposition clarifiant les limites de toute compétence nationale – quelle soit, en principe, exclusive ou non.

Nous ne contestons pas les difficultés politiques d'une telle clarification, que l'on peut mesurer lorsque l'on pense aux réactions hostiles à la proposition du Présidium de la Convention quant à la codification du principe de primauté du droit de l'Union. Toutefois, ces difficultés, aussi compréhensibles soient-elles, ne permettent pas de considérer qu'une classification des compétences qui

⁴⁷ Mais voy. article I-4 de la nouvelle proposition du 28 mai 2003.

⁴⁸ K. LENAERTS, "Constitutionalism and the Many Faces of Federalism" 38 (1990) *American Journal of Contemporary Law* 205 et s. (220).

omet les compétences « fonctionnelles » de l'Union satisfait à l'objectif de clarification que lui a assigné le mandat de Laeken.⁴⁹

Certains contesteront cette appréciation en soulignant que l'article 10 (6) de la constitution proposée par le Présidium de la Convention subordonne la catégorisation établie dans le titre III sur les compétences de l'Union aux dispositions spécifiques à chaque domaine prévues dans la deuxième partie de la future constitution. Cette deuxième partie reprendra pour l'essentiel les dispositions matérielles des traités actuellement en vigueur et donc également les compétences « fonctionnelles ».⁵⁰ Un tel argument n'est toutefois pas convaincant. Si l'objectif de la catégorisation est d'expliquer et clarifier, en termes généraux, le système de répartition des compétences qui est effectué dans la deuxième partie de la constitution, l'omission des compétences fonctionnelles est un vice important qui affectera la qualité de ce produit constitutionnel.

Nous touchons ici à un problème fondamental : le fait est que les compétences de l'Union se prêtent difficilement à une catégorisation. Ceci vaut non seulement pour les compétences fonctionnelles qui ne permettent pas d'établir des domaines réservés inconditionnellement aux Etats membres, mais aussi pour la distinction entre compétences exclusives et partagées, deux catégories qui ne sont pas étanches. Les principaux domaines cités dans la catégorie des compétences partagées sont déjà – ou peuvent devenir d'ici peu d'années – largement « occupés » par l'Union et passer, en pratique, dans le champ des compétences exclusives sans que le texte constitutionnel ne le reflète.

4. Catégorisation – un remède inapproprié pour résoudre un problème identifié

Il semble que la catégorisation des compétences de l'Union proposée par le Présidium de la Convention clarifie seulement à première vue la répartition des

⁴⁹ L'on notera que la déclaration de Laeken cite la problématique de l'article 95 du traité CE *expressis verbis*.

⁵⁰ Voy. à ce propos le rapport du groupe d'expert chargé de procéder à l'adaptation technique des dispositions des traités CE et UE destinées à être insérées dans la partie II du traité constitutionnel, CONV 618/03 du 13 mars 2003, clauses 52 et 53.

compétences entre l'Union et les Etats membres. Ceci est dû à plusieurs raisons :

- Premièrement, ainsi qu'il l'a déjà été mentionné, les compétences fonctionnelles qui limitent potentiellement tant l'étendue que l'exercice des compétences nationales ne sont pas mentionnées dans le titre III proposé par le Présidium.

- Deuxièmement, la véritable portée des compétences de l'Union n'est, en effet, pas déterminée par une catégorisation dans la première partie de la constitution mais par les bases juridiques développées dans la deuxième partie. Ce manque de « transparence » est essentiellement dû au fait que, d'une part – à la différence des Etats fédéraux – l'Union se n'est jamais vue attribuer de « blocs entiers » de politiques et, d'autre part, que la nouvelle constitution n'abandonnera pas le principe d'attribution de domaines précisément délimités et de pouvoirs précisément calibrés.

- Troisièmement, une catégorisation perd beaucoup de son sens lorsque les bases juridiques spécifiques prévoient certaines modalités de prise de décision et lorsqu'elles limitent le choix des instruments juridiques mis à la disposition de l'Union. Ces deux éléments déterminent, en pratique, la portée d'une compétence. La clause de flexibilité en fournit un bon exemple, car en maintenant l'exigence de l'unanimité dans une Union élargie à 25 ou 30 membres, son usage est rendu plus difficile.

- Finalement, il faut être conscient du fait que toute catégorisation est nécessairement provisoire car la grande majorité des compétences, à savoir les compétences partagées, peut devenir exclusive par occupation, comme le prouve notamment l'expérience des Etats fédéraux. Cette dernière enseigne également que des révisions constitutionnelles peuvent modifier la répartition des compétences sans que leur classification soit toujours formellement adaptée. Toute tentative de classification détaillée des compétences ne saurait renseigner de façon définitive sur le départage entre compétences concurrentes et compétences exclusives dans la mesure où elle ne constitue qu'une prise photographique de l'état de distribution de ces compétences résultant de l'activité législative de l'Union à un moment donné.

En somme, la catégorisation proposée par le Présidium risque d'être pour l'essentiel une explication superficielle clarifiant de façon incomplète, voire

simplificatrice, un système de répartition des compétences qui répond aux besoins de l'intégration supranationale. Cette dernière, bien loin de mettre en conflit les compétences de l'Union avec les compétences nationales, tend à les rendre complémentaires pour la réalisation de certains objectifs et pour la gestion de questions qui ne peuvent plus toujours être réglées par les seuls Etats membres.⁵¹

Bien que l'effort de catégorisation entrepris par le Présidium est susceptible d'induire en erreur sur l'état actuel et futur de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, l'on doit garder à l'esprit que la plupart des Etats fédéraux connaissent également certaines tensions entre le principe général régissant la distribution des compétences et leur mise en œuvre dans le même texte constitutionnel. Ces tensions peuvent résulter d'évolutions historiques⁵² ou encore de décisions politiques conscientes prises dans le but d'assurer l'acceptation du texte constitutionnel.⁵³ Des considérations similaires peuvent avoir motivé le Présidium et certains membres de la Convention, dans la mesure où cet effort de clarification constitue probablement une condition préalable à l'adoption de la future constitution par l'assemblée de la Convention, la prochaine CIG et les Etats membres.

⁵¹ Voy. en ce sens aussi S. WEATHERILL, "Competence" in: B. DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe* (San Domenico di Fiesole: Robert Schuman Centre/EUI, 2003), 45 et s. ; D. GABDIN, "Organisation des compétences et stratégie communautaire dans le traité de Maastricht" (1995) *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1293 et s.

⁵² L'exemple classique à cet égard est la constitution des Etats Unis.

⁵³ Il sera intéressant de noter que le texte de la Loi Fondamentale allemande pouvait laisser croire qu'il s'opposait à une utilisation trop généreuse, par la fédération, de ses compétences concurrentes et d'encadrement. En effet, les pères de la constitution allemande répondaient ainsi à une attente des alliés (et surtout de l'autorité d'occupation américaine) qui visaient à limiter et à encadrer strictement les pouvoirs de l'état fédéral. Toutefois, et malgré la formulation de la constitution dans les termes d'un « dual federalism », une telle conception n'était pas partagée par les membres du *Parlamentarischer Rat*. Les dispositions retenues n'ont, dans la pratique constitutionnelle, pas empêché l'Etat fédéral allemand de se développer dans un « unitarischer Bundesstaat ». Voy. à ce sujet D. HANF, *Bundesstaat ohne Bundesrat ?* (Nomos, Baden-Baden 1999), 43 et s. et H. v. MANGOLDT/F. KLEIN/C. PESTALOZZA, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar* (3^{ème} édition, Vol. 8: Art. 70-75, Die Gesetzgebungskompetenzen, Beck, München 1996), Art.72 n° 15 et s. et n° 42 et s.

Néanmoins, les difficultés de catégorisation inhérentes au système communautaire n'occulent pas les éléments positifs de la proposition en terme de clarification. Elle présente la qualité d'inscrire formellement certains éléments fondamentaux de « l'acquis jurisprudentiel » régissant l'agencement des compétences de l'Union – que le pouvoir constituant de l'Union a d'ailleurs par le passé implicitement confirmé avec chaque révision des traités : la primauté du droit de l'Union,⁵⁴ le fait qu'il soit précisé que les institutions de l'Union sont aussi tenues de respecter les obligations découlant du principe de la coopération loyale,⁵⁵ ainsi que la règle selon laquelle il revient au premier chef aux Etats membres d'exécuter le droit de l'Union.⁵⁶ L'on constate une seule omission mineure : l'existence de compétences implicites internes de l'Union que la Cour a pu reconnaître en donnant aux dispositions du traité un effet utile.

Même le volet « clarification par catégorisation » n'est pas sans mérite malgré le fait qu'il reste incomplet – voir « trompeur » - en raison de l'omission de l'existence des compétences « transversales » et des compétences exclusives par exercice. D'une part, le Présidium a résisté aux demandes d'établir des catégories rigides – comme par exemple une liste de compétences exclusives réservées aux Etats membres – incompatible avec le système qu'il prétend décrire. D'autre part, la clarification partielle non seulement maintient la flexibilité du système mais permettra également de satisfaire tous les acteurs politiques qui seront amenés à approuver la future constitution de l'Union.

Toutefois, il ressort de notre analyse que la catégorisation des compétences de l'Union, telle que suggérée par le mandat de Laeken, n'était certainement pas la cure appropriée pour clarifier « qui fait quoi ». En contraste, le projet Pénélope n'a pas tenté de procéder à une catégorisation stricte des compétences, mais s'est contenté de présenter les « politiques » par ordre d'importance pour l'Union compte tenu de ses missions et de l'intensité de son implication. Il n'appréhende pas les relations entre compétences communautaires et compétences nationales en terme d'opposition, mais semble plutôt les aborder

⁵⁴ Article 9 (1) (article I-10 para. 1) de la proposition.

⁵⁵ Article 9 (5) (article I-5 para. 2) de la proposition.

⁵⁶ Article 9 (4) (article I-11 para. 2) de la proposition.

en terme de coopération dans la perspective de la réalisation de certains objectifs communs.

Afin de répondre aux préoccupations de certains acteurs politiques, surtout nationaux, les réformes constitutionnelles de l'Union ne devraient peut-être pas tant se pencher sur la question de l'étendue ou de la structure des compétences communautaires que sur celle de leur utilisation par les institutions communautaires.

RESEARCH PAPERS IN LAW

1. Dominik Hanf et Tristan Baumé, “Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention”, 2003.
2. Dominik Hanf, “Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats”, 2003.
3. Dominik Hanf, “Talking with the “pouvoir constituant” in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants’ Access to Justice”, 2003.
4. Horst Dippel, “Conventions in Comparative Constitutional Law”, 2003.
5. Ludwig Krämer, “Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4”, 2003.
6. Ludwig Krämer, “Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling”, 2003.
7. Ludwig Krämer, “The Genesis of EC Environmental Principles”, 2003.
8. Takis Tridimas, “The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?”, 2003.