

**THEORIE GENERALE DU  
RAPPROCHEMENT DES LEGISLATIONS  
(partie I)**

Notes de cours 2006

**Carine Doutrelepont  
Chargée de cours à la Faculté de droit  
et l'Institut d'études européennes de l'ULB**

*Professeur associé*

**Texte rédigé sur la base de notes de cours de Carine  
Doutrelepont et de Lucette Defalque**



## TABLE DES MATIERES

TITRE I : INTRODUCTION

**Section 1. Terminologie : rapprochement, harmonisation, coordination, coexistence et unification**

**Section 2. Fonction et limites**

TITRE II : LA NOUVELLE APPROCHE EN MATIERE D'HARMONISATION

### Chapitre 1 : Le principe de reconnaissance mutuelle

#### **Section 1 : Le principe**

L'affaire Cassis de Dijon : CJCE 20-2-1979, aff. 120/78, Rewe Zentrale, Rec., 1979, p.649.

#### **Section 2 : L'évolution jusqu'à l'affaire Keck et Mithouard**

- Evolution du contentieux en présence de législations nationales relatives à la composition, à la présentation, à la dénomination ou à l'étiquetage des produits.

\* CJCE 12-3-1987, aff. 178/84, Commission c. Allemagne, Rec. 1987, p. 1227

\* CJCE 10-11-1982, aff. 261/81, Rau, Rec., 1982, p. 3961

- Contentieux lié aux législations nationales relatives aux conditions de vente et notamment aux règles relatives aux heures d'ouverture des magasins.

\* CJCE 14-7-1981, aff. 155/80, Oebel, Rec., 1981, p. 2010

\* CJCE 31-3-1982, aff. 75/81, Blesgen, Rec., 1982, p. 1229

\* CJCE 11-7-1990, aff. C-23/88, Quietlynn, Rec., 1990, p. 3080

\* CJCE 15-12-1982, aff. 286/81, Oosthoek, Rec., 1982, p. 4575

\* CJCE 16-5-1989, aff. 382/87, Buet, Rec., 1989, p. 1235

\* CJCE 21-3-1991, aff. C 369/88, Delattre, Rec., 1991, p. 1487

\* CJCE 23.11.1989, aff. C 145/88, Torfaen Borough Council I, Rec., 1989, p. 3885

\* CJCE 28.2.1991, aff. C 312/89, Conforama, Rec. 1991, p.1021

\* CJCE 16-12-1992, aff. C 169/91, Torfaen II, Rec., 1992, p. 6658

### **Section 3 : L'affaire Keck et Mithouard**

\* CJCE, 24-11-1993, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. 6097

Doctrine : A. Mattera, "De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscurité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradiction", Revue du marché unique européen, 1994, n°1, pp. 117-160 (IEE).

### **Section 4 : L'après Keck et Mithouard**

\* CJCE, 08-03-2001, aff. C-405/98, Gourmet International Products, Rec. 2001, I, 1816

Doctrine : A. Rigaux, "La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité", Europe 2001, p.5

## Chapitre 2: Les textes fondamentaux relatifs à la nouvelle approche

### **Section 1. Les textes adoptés avant l'Acte Unique Européen : prévention des entraves techniques et normalisation**

### **Section 2. Le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle**

## Chapitre 3 : La complémentarité entre l'harmonisation et les règles relatives à la libre circulation des marchandises

TITRE III : LES BASES JURIDIQUES
----------------------------------

## Chapitre 1 : Les bases juridiques générales

### **Section 1. Le traité de la CEE**

- 1.1. *L'article 100*
- 1.2. *Les conditions d'application*
- 1.3. *L'article 101*

### **Section 2. L'Acte Unique européen**

- 2.1. *L'article 100 A*
- 2.2. *Conditions d'application*

- a) Principe d'allègement
- b) Mesure nécessaire

- c) Vocation horizontale ou sectorielle
- d) Procédure
- e) Instruments
- f) Modalités particulières

### **Section 3. Le traité d'Amsterdam**

- 3.1. *L'article 94 (ex-article 100)*
- 3.2. *L'article 95 (ex-article 100 A); les modifications et la disparition de l'article 100 B*
- 3.3. *L'article 96 (ex-article 101)*

## Chapitre 2 : Les bases juridiques spécifiques et les politiques communes

### **Section 1. Les bases juridiques spécifiques**

### **Section 2 Les politiques communes**

## Chapitre 3 : Le choix de la base juridique

### **Section 1 : Les conditions de recours à l'article 308 du traité C.E**

### **Section 2 : Le recours à l'article 151 du traité C.E**

### **Section 3 : Le recours à l'article 153 du traité C.E**

### **Section 4 : Les critères du choix de la base juridique**

*4.1. Le choix de la base juridique est fonction du but et du contenu de l'acte.*

*4.2. Si la compétence est fondée sur deux dispositions, le fondement de l'acte est ces deux dispositions. Toutefois, les éléments suivants doivent être pris en considération :*

- a) Le recours à l'article 308 ne peut être que subsidiaire
- b) La nature de l'intervention du Parlement dans la procédure d'adoption
- c) Mais essentiellement, l'identification de l'objet de l'acte à la lumière de son but et de son contenu

*4.3 L'importance de la compétence d'attribution de la Communauté dans la jurisprudence récente*

### **Section 5 : L'importance de la base juridique lors de la conclusion de conventions internationales**

## Chapitre 4 : Les principes de subsidiarité et de proportionnalité

## **Section 1 : Le principe de subsidiarité**

### *1.1. L'introduction du principe en droit communautaire*

### *1.2. L'application du principe de subsidiarité aux compétences non exclusives de la Communautés*

### *1.3. L'ambiguïté du principe*

- Le principe de subsidiarité a fait l'objet de diverses communications : CCE, Communication du 27-10-1992 sur le principe de subsidiarité, Sec. (92) 1990 final

- Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, traité d'Amsterdam, JOCE n° C 340 du 10 novembre 1997, p. 105.

### *1.4. Le contrôle de la Cour de justice*

- CJCE 13 mai 1997, aff. C 233/94, RFA c. PE et Conseil (directive garantie des dépôts), Rec, I, 2441.

- CJCE 12 novembre 1996, aff. C 84/94, R.U. c. Conseil (directive temps de travail), Rec. I, 5793.

- CJCE 9 octobre 2001, C 377/98, Pays-Bas soutenu par Rep. Hell et Norvège c. PE et Conseil soutenus par la Commission (directive inventions biotechnologiques).

### *1.5. Le choix de l'instrument*

Doctrine : K. Lenaerts et P. Van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE, CDE 1994, p. 3 et suiv.

## **Section 2 : Le principe de proportionnalité**

TITRE IV : LES INSTRUMENTS JURIDIQUES ET LES PROCEDURES DE RAPPROCHEMENT
--

### Chapitre 1 : Les instruments juridiques

#### **Section 1. Introduction**

#### **Section 2. Le règlement**

#### **Section 3. La directive**

**Section 4. Les autres instruments juridiques**

**Section 5. Le projet de Constitution**

Chapitre 2 : Les procédures

**Section 1. Avant l'AUE**

**Section 2. Depuis l'AUE**

**Section 3. La procédure de codécision instituée par le TUE**

**Section 4. La procédure de codécision instituée par le traité d'Amsterdam**

## THEORIE GENERALE DU RAPPROCHEMENT DES LEGISLATIONS

### TITRE I. INTRODUCTION

1. Le rapprochement ou l'harmonisation "*des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres*" (article 94, ex-article 100) n'a pas fait l'objet d'une politique communautaire très efficace, durant les 25 premières années de la Communauté.

Le traité C.E.E. avait consacré un chapitre spécial, intitulé « *le rapprochement des législations* » et comportant trois articles (art. 100, 101 et 102 dans l'ancienne numérotation).

Toutefois, le rapprochement des législations ne constituait pas une fin en soi. Il était mentionné non pas à l'article 2 du traité qui précise les objectifs de la Communauté, mais à l'article 3 qui énumère les moyens que comporte l'action de la Communauté aux fins énoncées à l'article 2.

Le rapprochement des législations n'était qu'un des moyens prévus pour supprimer les restrictions aux quatre libertés consacrées par le traité.

Le rapprochement des législations n'avait donc pas été jugé nécessaire chaque fois que des dispositions directement applicables du traité permettaient d'éliminer des obstacles à la libre circulation entre les Etats membres de la Communauté européenne.

Le rapprochement des législations n'a pas fait beaucoup de progrès jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte Unique européen, notamment du fait que les directives ne pouvaient être adoptées qu'à l'unanimité et que les conditions fixées par l'article 100 étaient relativement restrictives.

C'est, sans doute, par l'Acte unique européen (A.U.E. 1986) qu'un renforcement de la politique de rapprochement des législations a été permis. Deux articles nouveaux furent introduits : les articles 100A et 100B, et la condition de l'unanimité fut remplacée par la majorité qualifiée. Au même moment, les institutions communautaires ont adopté une nouvelle approche en matière d'harmonisation.

Le traité de l'Union européenne (T.U.E.) eut également une incidence dans ce domaine puisqu'il introduisit des modifications, dans le plan du traité CEE, et dans certaines appellations des titres. En outre, le traité ajouta deux articles importants dans le chapitre concernant le rapprochement des législations : les articles 100C et 100D.

Enfin, le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, a modifié considérablement le texte de l'article 100A précité qui est devenu par le jeu de la nouvelle numérotation l'article 95.

Le traité de Nice n'a pas modifié les dispositions du traité CE relatives au rapprochement des législations.

Avant d'aborder certains de ces articles de façon plus détaillée, il importe de formuler quelques remarques terminologiques.

### **Section 1 : Terminologie : rapprochement, harmonisation, coordination, coexistence et unification**

2. L'article 3, h) du traité de la CE qui n'a été modifié ni par l'Acte unique européen, ni par le traité sur l'Union européenne, ni par le traité d'Amsterdam, énonce parmi les moyens d'action de la Communauté pour réaliser la mission qui lui est confiée à l'article 2 "*le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun*".

Cependant, la notion de rapprochement n'est pas définie et différents concepts sont utilisés dans le traité de la CE à propos desquels il est permis de s'interroger : les concepts de « coordination », d'« harmonisation », d'« unification » et de « coexistence ». Ceux-ci sont-ils synonymes ou, à l'inverse, introduisent-ils respectivement des différences ou des nuances ?

3. Comment ces différents concepts peuvent-ils être définis et y-a-t-il une hiérarchie entre eux ?

Le concept de **coordination** peut-être défini comme l'élimination des contrastes substantiels ou logiques qui existent entre des normes différentes.

Lorsqu'il y a coordination, il n'est pas nécessaire en principe de modifier le contenu des dispositions en vigueur. Ainsi, par exemple, des règles de conflits de lois organisent une coordination des rapports entre des droits différents qui s'appliquent à une même situation juridique sans modifier leur substance.

L'**harmonisation**, dans sa conception originaires impliquait des adaptations des droits nationaux en fonction d'objectifs ou de résultats définis et imposés par le droit communautaire.

Le concept d'harmonisation représente donc un système plus évolué parce qu'en harmonisant deux normes, on cherche à éliminer tout ce qui s'oppose à ce que celles-ci produisent des effets similaires dans leur application.

Ainsi, harmoniser des systèmes normatifs différents consiste à établir entre eux des analogies ou des similitudes en fonction d'un objectif concerté en éliminant celles de leurs divergences qui sont incompatibles. L'harmonisation implique donc soit l'alignement sur une réglementation modèle, soit en tout cas la modification des dispositions existantes dans la mesure requise pour les rendre conformes aux principes communs préalablement définis.

Quant à la notion d'**unification**, elle implique la substitution d'une règle communautaire nouvelle à des règles nationales préexistantes. Elle détermine le contenu substantiel des normes et ne se contente pas d'en harmoniser les divergences.

La création de droit unifié est de principe en droit international public classique : elle peut se réaliser par l'adoption d'une loi uniforme ou par la création de règles juridiques directement applicables qui sont destinées soit à se substituer aux règles antérieures, soit à compléter celles-ci pour le règlement de rapports juridiques internationaux.

4. Le concept de rapprochement n'a pas de contenu spécifique et vise toute action qui tend à associer ou combiner divers éléments en vue de les rapprocher. Cette notion est utilisée dans le traité à propos du rapprochement des politiques économiques, du rapprochement des prix en matière de politique agricole commune, du rapprochement des législations douanières et du rapprochement des législations sociales.

En bonne logique, il existe une hiérarchie ou une relation d'intensité croissante entre la coordination, l'harmonisation et l'unification, le rapprochement apparaissant dans le traité comme une notion générale qui englobe tant la coordination que l'harmonisation.

En réalité, nous pouvons retenir la gradation suivante :

- la coordination qui tend à éliminer les contrastes entre les règles nationales sans en modifier le contenu ;
- l'harmonisation qui implique une modification du contenu des règles nationales de manière à créer les similitudes nécessaires au résultat visé ;
- l'unification qui suppose une identité de normes, celles-ci devenant communes aux systèmes juridiques nationaux.

## **Section 2 : Fonction et limites**

5. Ainsi qu'on l'a indiqué, le rapprochement des législations n'est qu'un moyen de réaliser les objectifs de la Communauté, le traité ayant prévu un certain nombre d'interdictions frappant directement les restrictions aux quatre libertés consacrées.

6. Les limites du rapprochement des législations résultent d'une part de sa fonction telle qu'elle vient d'être décrite et d'autre part des dispositions du traité.

En raison de sa fonction, le rapprochement des législations n'est utilisé que :

- en vue de réaliser un des objectifs de la Communauté,
- lorsque le traité n'a pas prévu un autre moyen de réaliser l'objectif en question,
- et dans la mesure nécessaire à l'établissement et au fonctionnement du marché commun.

L'article 3 du traité précise que l'action de la Communauté à laquelle participe le rapprochement des législations est exercée dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité.

D'une part, le traité n'a pas conféré aux institutions de la Communauté une compétence automatique et illimitée en matière de rapprochement des législations. La Communauté n'a qu'une compétence d'attribution qui devra s'exercer conformément aux bases juridiques prévues par le traité.

D'autre part, le rythme est parfois prévu par l'une des dispositions du traité. Ainsi, lors de l'introduction par l'Acte Unique Européen de l'article 100 A du traité, cette disposition était clairement réservée à la poursuite des objectifs énoncés à l'article 8 A, c'est-à-dire à l'adoption de mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992.

7. Une des questions délicates que pose le rapprochement des législations est celle de savoir si le législateur communautaire doit être neutre dans son intervention, c'est-à-dire s'abstenir de tenir compte des motivations et des orientations des législateurs nationaux. Depuis l'Acte unique européen, il est clair que le législateur communautaire a choisi d'améliorer par la voie du rapprochement des législations la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et des consommateurs. C'est un principe qui a été consacré par l'article 100 A, § 3 en imposant à la Commission de prendre pour base un niveau de protection élevé dans ses propositions dans ces différentes matières. Cette obligation de la Commission a été renforcée par le traité sur l'Union européenne et le traité d'Amsterdam qui imposent maintenant à la Commission de tenir compte également de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques.

8. Les objectifs fondamentaux énoncés à l'art. 2 du traité CE peuvent notamment être réalisés, conformément à l'article 3, lettre h du traité, par le rapprochement des législations nationales. En vertu des articles 94 et 95 (ex-article 100 et 100 A) du traité, le rapprochement des législations doit en effet être favorisé lorsque les disparités entre les législations nationales ont une "*incidence directe*" sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ou lorsque des règles communes sont "*nécessaires*" pour assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Outre ces bases juridiques générales, le traité a prévu des bases juridiques spécifiques.

9. Le projet de Constitution européenne<sup>1</sup> auquel il sera largement fait référence dans le présent syllabus comprend un article 3 relatif aux objectifs de l'Union qui doivent être poursuivis par des moyens appropriés, en fonction des compétences conférées à l'Union dans la Constitution (article I, 3, pt 5).

---

<sup>1</sup> Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, J.O.U.E. n° C 169 du 18 juillet 2003

## TITRE II. LA NOUVELLE APPROCHE EN MATIERE D'HARMONISATION

### Chapitre 1. Le principe de reconnaissance mutuelle

#### **Section 1. Le principe**

**10.** Ce principe est un des mécanismes les plus importants du rapprochement. Enoncé par la Cour de justice dans l'affaire *Cassis de Dijon*, il a servi de base à la "Nouvelle approche" des institutions communautaires en matière d'harmonisation à partir de 1985.

Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'en application du *principe de la reconnaissance mutuelle* ou de *l'équivalence des réglementations*, les Etats doivent accepter la commercialisation sur leur territoire de produits licitement fabriqués et mis en circulation dans un autre Etat membre, sauf s'ils peuvent invoquer des « exigences impératives » découlant d'une réglementation nationale applicable indistinctement aux produits nationaux et importés, en l'absence de réglementations communes ou harmonisées en la matière.

Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a vérifié la proportionnalité de la mesure. Lors de cet examen, elle a pris en considération la légitimité de l'objectif poursuivi et l'adéquation des moyens utilisés.

Le principe de la reconnaissance mutuelle peut présenter une utilité certaine en cas de rapprochement des législations, notamment lorsque l'harmonisation semble insuffisante ou pour accentuer les liens entre les législations (ex. secteur pharmaceutique).

## Section 2. L'évolution jusqu'à l'affaire Keck et Mithouard

11. L'arrêt *Cassis de Dijon* a créé une véritable filiation. Il sera à l'origine d'un contentieux très fourni, car les législations nationales relatives à la composition, à la présentation, à la dénomination ou à l'étiquetage des produits sont souvent les meilleurs moyens d'écarter du marché national des produits d'autres Etats membres qui satisfont aux règles édictées par ces Etats mais qui ne sont pas conformes à celles, par hypothèse souvent différentes, de l'Etat d'importation. Peu à peu, des législations nationales relatives aux modalités de vente seront soumises également au contrôle de la Cour.

12. C'est ainsi que la Cour a eu à se prononcer :

- sur des législations relatives à des caractéristiques de produits : par ex. Commission / Allemagne, arrêt du 12 mars 1987, aff. 178/84, rec., 1987, p. 1227 (loi sur la pureté de la bière réservant l'appellation à des boissons fermentées fabriquées exclusivement à partir de malte, d'orge, de houblon, de levure et d'eau); arrêt du 10 novembre 1982, Rau, aff. 261/81, Rec. 1982, p.3961 (législation belge imposant la commercialisation de la margarine dans des emballages de forme cubique);

- sur des législations nationales qui avaient trait aux conditions dans lesquelles pouvait avoir lieu la vente :

- Dans une série d'affaires, la Cour va principalement examiner la proportionnalité de la législation nationale avec l'objectif poursuivi avant de conclure ou non à l'application de l'interdiction figurant à l'article 28 du traité : voir par exemple, l'affaire Oosthoek concernant l'interdiction néerlandaise des ventes avec prime<sup>2</sup>; l'affaire Buet relative à l'interdiction française du démarchage pour la vente de matériel pédagogique<sup>3</sup>; l'affaire Delatre concernant la loi française réservant la vente de produits qualifiés de médicaments aux pharmaciens d'officine<sup>4</sup>; l'affaire LPO, relative à une loi française interdisant la vente de verres de contact par des personnes autres que des opticiens<sup>5</sup>
- Dans une série d'affaires toutefois, la Cour de justice a considéré que les réglementations nationales qui lui étaient soumises ne tombaient pas dans le champ d'application de l'article 28, notamment parce qu'elles reflétaient un choix de politique économique et sociale et n'avaient pas de lien avec les échanges intracommunautaires. Dans ce courant minoritaire de jurisprudence, on trouve notamment les arrêts suivants : l'arrêt Oebel relatif à l'interdiction allemande du travail de nuit dans les boulangeries et l'interdiction de livrer aux points de vente au détail avant une certaine heure le matin<sup>6</sup>; l'arrêt Blesgen relatif à la loi belge interdisant la vente d'alcools dans les hôtels, restaurants, cafés et autres endroits accessibles au public sans licence spéciale<sup>7</sup>; l'arrêt Quietlynn concernant la loi britannique interdisant la vente d'articles pornographiques licites par des magasins n'ayant pas obtenu de licence de manière à limiter le nombre de sexshops<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Arrêt du 15 décembre 1982, aff. 286/81, Rec. 1982, p. 4575

<sup>3</sup> Arrêt du 16 mai 1989, 382/87, Rec. 1989, p.1235

<sup>4</sup> Arrêt du 20 mars 1991, C 369/88, Rec. 1991, p. 1487

<sup>5</sup> Arrêt du 25 mai 1993, C 271/92, Rec. 1993, I 2899

<sup>6</sup> Arrêt du 14 juillet 1981, aff. 155/80, Rec. 1981, p. 2010

<sup>7</sup> Arrêt du 31 mars 1982, aff. 75/81, Rec. 1982, p.1229, attendu 9

<sup>8</sup> Arrêt du 11 juillet 1990, aff. C 23/88, Rec. 1990, p. 3080

- Enfin, la Cour s'est vu confrontée à différents types de législations relatives à l'interdiction du travail le dimanche, réglementations auxquelles elle appliquera d'abord le test de proportionnalité en renvoyant la décision au juge national avant de considérer qu'il s'agissait de choix de politique économique et sociale échappant au champ d'application de l'article 28 du traité : voir à ce sujet l'arrêt *Torfaen Borough Council* I<sup>9</sup>; l'arrêt *Conforama*<sup>10</sup>, l'arrêt *Torfaen II*<sup>11</sup>

A la lumière des décisions nationales divergentes quant à l'appréciation du test de proportionnalité auxquelles a donné lieu l'arrêt *Torfaen Borough Council*, la House of Lords a réinterrogé la Cour : les principes dégagés dans l'arrêt *Conforama* valent-ils pour l'interdiction du commerce le dimanche? Un troisième arrêt, dont la formule était nouvelle est alors rendu par la Cour : "*Le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises. A cet égard, pour vérifier que les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les échanges intra-communautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, il importe d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques et s'ils ne gênent pas la commercialisation des produits importés plus que celle des produits nationaux*"<sup>12</sup>.

Ces interrogations étaient présentes lorsque les juges ont rendu l'arrêt *Keck et Mithouard* qui marque dans une certaine mesure des limites à l'efficacité du principe de la reconnaissance mutuelle développé depuis *Cassis de Dijon*.

### Section 3. L'arrêt Keck et Mithouard et sa filiation

**13.** L'affaire *Keck et Mithouard* mettait en cause la loi française qui interdit aux commerçants de revendre à perte et qui ne fait aucune distinction entre les produits importés et les produits nationaux.

Dans cet arrêt, la Cour remet partiellement en cause la jurisprudence *Cassis de Dijon* en distinguant les règles nationales "*relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises (telles que leur forme, leur dimension, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement)*" et celles "*qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente*". Les premières restent soumises à la jurisprudence traditionnelle *Cassis de Dijon*, alors que les secondes ne tombent dans le champ d'application de l'article 28 que si elles comportent une discrimination en droit ou en fait entre les produits nationaux et les produits importés. Dans le passé, les réglementations relatives aux modalités de vente avaient généralement été l'objet d'un contrôle de proportionnalité<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Arrêt du 23 novembre 1989, aff. C 145/88, Rec. 1989, p. 3885

<sup>10</sup> Arrêt du 28 février 1991, C 312/89, Rec. 1991, p. 1021

<sup>11</sup> Arrêt du 16 décembre 1992, C 169/91, Rec. 1992, p.6658

<sup>12</sup> Attendu 15 de l'arrêt du 16 décembre 1992, aff. 169/91, Rec., 1992, P; I-6658.

<sup>13</sup> Oliver, "La jurisprudence de la Cour de Justice relative à la libre circulation des marchandises", RTDE, 1995, p. 203; R. Joliet, *La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et*

14. Certaines modalités de vente, dont le contenu n'a pas été précisé, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, doivent ainsi échapper à l'application de l'article 28 du traité (ex-article 30), sauf si elles sont discriminatoires "*en droit*" ou "*en fait*".

Dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Keck et Mithouard*, deux standards applicables à deux catégories de mesures différentes vont donc coexister.

La Cour a déclaré l'article 28 inapplicable, en se référant explicitement à l'arrêt *Keck et Mithouard*, aux mesures nationales suivantes :

- certaines réglementations relatives aux horaires d'ouverture de certains magasins;
- un arrêté grec réservant aux pharmacies la vente de lait transformé du premier âge;
- les règles déontologiques établies par la chambre professionnelle des pharmaciens d'un Land allemand interdisant aux pharmaciens de faire de la publicité pour de produits parapharmaceutiques en dehors de leur officine<sup>14</sup>;
- l'interdiction figurant dans un décret français de faire de la publicité à la télévision pour le secteur de la distribution<sup>15</sup>;
- la limitation figurant dans la législation italienne de la vente au détail des tabacs manufacturés de toute provenance aux distributeurs titulaires d'une autorisation administrative;
- les réglementations belges interdisant la revente à perte mais également la vente avec une marge bénéficiaire extrêmement réduite.

Par contre, la Cour a analysé sous l'angle de l'article 28 et a appliqué la jurisprudence *Cassis de Dijon* aux réglementations suivantes :

- l'interdiction d'apposer sur les produits en cristal leur dénomination dans une langue autre que la ou les langue(s) de l'Etat membre où ces produits sont commercialisés;
- l'interdiction d'introduire dans le commerce du pain dont la teneur en sel dépasse un pourcentage donné ainsi que l'obligation de mentionner dans l'étiquetage le numéro CE ou le nom spécifique de certains additifs;
- l'application de la loi allemande sur la concurrence déloyale ayant pour résultat l'interdiction de vendre un produit (Mars) aux motifs que la mention "+ 10%" figurant sur l'emballage tendrait à imposer le prix de vente au détail et risquerait d'induire le consommateur en erreur du fait qu'il occupe une proportion supérieure à 10% de la surface de l'emballage<sup>16</sup>;
- l'interdiction de vendre en Allemagne des produits cosmétiques sous la marque "Clinique" car cette vente risquerait de suggérer des vertus thérapeutiques<sup>17</sup>;
- l'exigence d'ajouter à la dénomination de vente une mention supplémentaire pour certains produits (par exemple, la sauce béarnaise contenant des graisses végétales), imposée par les autorités allemandes sur base de l'article 17 de la loi allemande sur les

---

les nouvelles orientations de la jurisprudence, JTDE 1994, p. 145; D. Waelbroeck, L'arrêt *Keck et Mithouard*, les conséquences pratiques, JTDE 1994, p. 160; A. Mattera, De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck* : l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradiction, RMUE, 1994, n° 1, p. 117.

<sup>14</sup> Arrêt du 15.12.1993, C 292/92, Hünermund, Rec. 1993, I, 6816

<sup>15</sup> Arrêt du 9.2.1995, C 412/93, Leclerc Siplec, Rec. 1995 I, 179

<sup>16</sup> arrêt du 6.7.1995, C 470/93, Mars, Rec. 1995, I, 1937

<sup>17</sup> arrêt du 2.2.1994, C 315/92, Clinique, Rec. 1994, I, 330

denrées alimentaires et les produits de consommation qui interdit l'usage de dénominations de vente susceptibles d'induire en erreur le consommateur (Commission / Allemagne).

- l'application à l'encontre d'un éditeur de journaux établi en Allemagne, de la loi autrichienne sur la concurrence déloyale interdisant à ce dernier la vente sur le territoire national de publications qui offraient aux lecteurs la possibilité de participer à des jeux dotés de prix<sup>18</sup>

**15.** Il semblerait à la lecture de cette jurisprudence que l'expression "*conditions que doit remplir le produit*" semble faire référence à toutes caractéristiques intrinsèques au produit qui du fait de l'application de la mesure nationale en cause devraient être modifiées pour qu'il puisse accéder au marché. Le critère important semble devenir celui de l'accès au marché.

Il reste cependant une zone "grise" de mesures non comprises dans l'une des deux catégories distinguées par l'arrêt Keck et Mithouard. Cette zone grise concerne principalement les mesures nationales de publicité. La difficulté d'appliquer le critère dégagé dans l'arrêt Keck et Mithouard apparaît notamment dans les affaires Mars<sup>19</sup> et Familia Press<sup>20</sup>. Le premier cas concernait l'interdiction figurant dans la législation allemande d'utiliser, à l'occasion d'une campagne publicitaire couvrant toute l'Europe, une présentation de barres chocolatées Mars se présentant sous un emballage portant la mention "+ 10%". L'affaire Familia Press concernait l'application de la loi autrichienne sur la concurrence déloyale interdisant à un éditeur de journaux allemand la vente sur le territoire autrichien de ces publications offrant aux lecteurs la possibilité de participer à des jeux dotés de prix. Dans ces deux affaires, la Cour ne va pas préciser l'application du critère d'accès au marché figurant dans l'arrêt Keck. Elle va considérer que la législation nationale porte sur le contenu même des produits et que dès lors, il ne s'agit pas de modalités de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard. Dans les deux cas, l'application de la réglementation nationale oblige l'importateur à aménager de façon différente la présentation de ses produits en fonction du lieu de commercialisation. La Cour considère alors que la réglementation nationale concernée est une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 28 et l'examine au regard des exigences impératives, la protection du consommateur dans l'affaire Mars et les nécessités du pluralisme de la presse dans l'affaire Familia Press. La nécessité et la proportionnalité des mesures nationales en cause seront acceptées dans l'affaire Mars mais non dans l'affaire Familia Press.

Si cette jurisprudence présente l'avantage incontestable de ne plus rejeter sans nuance les mesures nationales relatives à la publicité hors du champ d'application des mesures d'effet équivalent, elle ne contribue cependant pas à clarifier le critère d'application de la jurisprudence Keck et Mithouard.

#### **Section 4. L'après Keck et Mithouard**

---

<sup>18</sup> affaire Familia Press, arrêt du 26 juin 1997 C 368/95, Rec; I p. 3689

<sup>19</sup> arrêt du 6 juillet 1995 cité, C 470/93, I, 1923 et Familia Press, arrêt du 26 juin 1997, cite C 368/95, Rec. I 36/89

<sup>20</sup> affaire Familia Press, arrêt du 26 juin 1997 C 368/95, Rec; I p. 3689

**16.** L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire Gourmet le 8 mars 2001<sup>21</sup> reprend pour la première fois l'analyse des mesures de publicité qui avait été proposée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'affaire Leclerc-Siplec (cité) et selon lequel le critère déterminant est celui de l'accès au marché. Dans ses conclusions, l'avocat général avait souligné que la publicité accroît la concurrence et que l'interdire tend à cristalliser les habitudes de consommation existantes, à scléroser les marchés et à maintenir le statu quo. Pour lui, les mesures qui interdisent ou restreignent sévèrement la publicité tendent inévitablement à protéger les fabricants nationaux et à défavoriser ceux installés dans d'autres Etats membres<sup>22</sup>.

L'affaire Gourmet concernait les limitations de publicité imposées par la loi suédoise à la commercialisation des alcools. La demande avait pour objet de faire interdire à la société éditrice du magazine gastronomique Gourmet de contribuer à commercialiser des boissons alcoolisées par le biais d'annonces commerciales dans une publication périodique. La Cour reprend l'attendu 17 de l'arrêt Keck et Mithouard selon lequel les modalités de vente qui échappent au domaine d'application de l'article 28 ne doivent pas être de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'autres Etats membres ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux (pt 18). Une interdiction totale ou quasi-totale de publicité est susceptible d'avoir un impact plus important sur les produits importés. La Cour constate alors que s'agissant de produits comme les boissons alcooliques, dont la consommation est liée à des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux, une interdiction de publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par l'envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique, est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires des autres Etats membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé (pt 21).

La Cour donne une réponse valable pour toutes les formes de publicités commerciales envisageables et pas seulement pour les interdictions de publicité par voie de presse. Elle conclut en revenant à sa jurisprudence classique que *"une interdiction de publicité telle que celle en cause doit donc être considérée comme affectant plus lourdement la commercialisation des produits originaires d'autres Etats membres que celle des produits nationaux et comme constituant, par conséquent, une entrave au commerce entre les Etats membres entrant dans le champ d'application de l'article 28 du traité"* (pt 25).

Toujours de manière classique, la Cour considère alors qu'une telle entrave ne peut être justifiée que par la protection de la santé publique au sens de l'article 30 et à condition de répondre au test de proportionnalité. De manière décevante, elle renvoie cependant au juge national la responsabilité de déterminer si le test de proportionnalité est bien rempli en l'espèce.

**17.** A la lumière de cette jurisprudence récente, il semble bien que la distinction opérée par la Cour entre les mesures relatives aux produits et celles qui portent sur les modalités de vente ait été implicitement abandonnée puisque la Cour va commencer par vérifier si l'application des normes nationales en cause compromet l'accès de produits importés au marché. Si la réponse est positive, la réglementation nationale sera une entrave au commerce intracommunautaire entrant dans le champ de l'interdiction des mesures d'effet équivalent et ne pourra être acceptée que si elle répond à un des critères figurant à l'article 30 ou à l'une des exigences impératives retenues par la jurisprudence.

---

<sup>21</sup> Arrêt du 8 mars 2001, aff. C 405/98, Gourmet, Rec. I; 1816

<sup>22</sup> Conclusions avocat general Jacobs, sous l'arrêt Leclerc Siplec, pt 20 et 21

## Chapitre 2. Les textes fondamentaux relatifs à la nouvelle approche

**18.** Comme on l'a vu, la libre circulation des marchandises demeurait freinée par des entraves techniques aux échanges, résultant des réglementations nationales relatives aux conditions de production, de mise en circulation et d'utilisation des produits. Or, l'harmonisation de telles réglementations restait ardue et difficile notamment parce que les directives prévues à cet effet par l'article 95 (ex-article 100) du traité devaient être adoptées à l'unanimité et comportaient des normes techniques détaillées pour répondre au souci du Conseil de réaliser une harmonisation optimale ou totale. L'élaboration de ces directives impliquait donc un travail complexe et il suffisait d'un Etat membre ne soit pas entièrement satisfait pour l'adoption de l'acte ne se fasse pas<sup>23</sup>.

La Cour de justice fut donc la première à réagir à cet état de choses par l'arrêt « Cassis de Dijon » posant le principe essentiel de « la reconnaissance mutuelle » ou de « l'équivalence des réglementations ». En exécution de ce principe, les Etats membres doivent accepter la commercialisation sur leur territoire de produits licitement fabriqués et mis en circulation dans un autre Etat membre, sauf s'ils peuvent invoquer des « exigences impératives » découlant d'une réglementation nationale applicable indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, en l'absence de réglementations communes ou harmonisées en la matière.

---

<sup>23</sup> G. Vandersanden, La libre circulation des marchandises, L'instauration du marché intérieur le 1er janvier 1993, Edition du Jeune Barreau, 1989, p. 63 et 64.

## **Section 1. Les textes adoptés avant l'Acte Unique Européen : prévention des entraves techniques et normalisation**

**19.** A la suite de cette jurisprudence, les institutions communautaires décidèrent d'une « nouvelle approche » fondée sur l'établissement d'une normalisation européenne et trouvant appui sur plusieurs textes fondamentaux<sup>24</sup>.

**21.** a) Parmi ces dispositions, la directive 83/189 du 28 mars 1983<sup>25</sup> occupe une place particulière puisqu'elle a joué et joue encore un rôle fondamental dans la réalisation du marché intérieur.

Entrée en vigueur le 1er avril 1984, cette directive vise notamment à prévenir l'apparition de nouveaux obstacles aux échanges découlant de la mise en application de règles techniques nationales.

En vertu de cette directive, les Etats membres doivent communiquer à la Commission tout projet de règle technique concernant des produits de fabrication industrielle à un stade de préparation qui permet encore de lui apporter des amendements substantiels.

Pour accroître l'efficacité de cet instrument destiné à faciliter la libre circulation des marchandises, la directive 83/189 a étendu son application à tout produit de fabrication industrielle et agricole aux produits destinés à l'alimentation humaine et animale, aux médicaments définis par la directive 65/65 et aux services. La directive 83/189 entend par règle technique qui doit être notifiée à la Commission, les spécifications techniques y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent dont l'observation est obligatoire, de jure ou de facto. Les spécifications techniques sont celles qui figurent dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit tels que les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables aux produits en ce qui concerne la terminologie, les symboles, les essais, les méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage.

Les règles techniques « de jure » obligatoires sont toutes spécifications techniques rendues obligatoires par une mesure émanant de l'autorité publique. Les règles techniques "de facto" obligatoires couvrent les spécifications techniques qui bien que prises par un organisme qui ne relève pas directement de la puissance publique s'imposent néanmoins à leur destinataire en raison du préjudice qu'entraînerait pour ceux-ci leur non-respect.

A la suite de l'extension du champ d'application de la directive originale, la notion de spécification technique a été élargie pour couvrir également les méthodes et procédés de production pour les produits agricoles, pour les produits destinés à l'alimentation humaine et animale ainsi que pour les médicaments.

---

<sup>24</sup> L. Defalque, Commentaire Mégret, Le droit de la CE, Vol. I, p. 207 et suiv.

<sup>25</sup> Directive 83/189/CEE du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE n° L 109, p.8 modifiées à plusieurs reprises et codifiées par la directive 98/34/CE, JOCE n° L 204, p. 37

Procédure :

- l'Etat membre doit donc notifier le projet à la Commission;
- il doit respecter un délai automatique de statu quo de trois mois avant d'adopter le projet. Au cours de cette période, Commission et Etats membres procèdent à l'examen du texte pour voir les entraves injustifiées aux échanges qui peuvent en résulter. Cet examen peut donner lieu à l'émission d'observations.

Dans le même délai de trois mois, la Commission doit décider si elle a l'intention de proposer ou d'arrêter une directive. Après ces trois mois, si aucun avis circonstancié n'a été émis l'Etat membre peut adopter son projet.

Les Etats membres et la Commission peuvent émettre un avis circonstancié selon lequel la mesure envisagée doit être modifiée afin d'éliminer ou de limiter les entraves à la libre circulation des marchandises. Dans cette hypothèse, l'Etat membre auteur du projet doit reporter l'adoption de celui-ci de 6 mois à compter de la date de sa communication à la Commission.

Le délai obligatoire de report de l'adoption est porté à 12 mois si la Commission, dans les trois mois suivant la réception du texte, fait part de son intention de proposer ou d'arrêter une directive sur la question en cause, ce dont elle informe tous les Etats en indiquant la date de clôture du délai.

**22.** Le 30 avril 1996, la Cour de justice a rendu un arrêt particulièrement important qui confirme une communication de la Commission déclarant inopposables aux tiers les normes ou règles non notifiées par la Commission<sup>26</sup>.

Quelles étaient les circonstances de l'affaire CIA Security ?

Le litige opposait trois sociétés concurrentes ayant pour activités la fabrication et la vente de systèmes et centraux d'alarme. Selon la loi belge du 10 avril 1990 sur les entreprises de sécurité, nul ne peut exploiter une entreprise de sécurité s'il n'est agréé préalablement par le ministre de l'Intérieur. Les systèmes et centraux d'alarme et leurs composants ne peuvent être commercialisés ou mis sur le marché qu'après avoir été préalablement approuvés conformément à un arrêté royal du 14 mai 1991.

Aucun fabricant importateur, grossiste ou personne physique ou morale ne peut commercialiser ou mettre à la disposition des usagers en Belgique du nouveau matériel si celui-ci n'a pas été préalablement approuvé. Or, ni la loi belge de 1990, ni l'arrêté du 14 mai 1991 n'avaient été notifiés à la Commission conformément à la procédure instaurée par la directive 83/189.

La Cour s'est inspirée de la nécessité d'assurer l'efficacité de la directive (voir pt. 48). L'objectif de la directive est la protection de la libre circulation des marchandises par un contrôle préventif et l'obligation de notification constitue un moyen essentiel pour la réalisation de ce contrôle. L'efficacité de ce contrôle sera d'autant renforcé que la directive est interprétée en ce sens que la méconnaissance de l'obligation de notification

---

<sup>26</sup> CJCE 30 avril 1996, CIA Security International, C 194/94, Rec. I, 2201

constitue un vice de procédure substantiel de nature à entraîner une inapplicabilité des règles techniques en cause aux particuliers.

Ainsi, cet arrêt renforce la protection juridictionnelle des particuliers en leur permettant d'invoquer l'inopposabilité de normes et règlements qui n'ont pas été notifiés à la Commission. Il a été confirmé par un arrêt rendu en 1998<sup>27</sup>, l'inopposabilité ne s'appliquant toutefois que lorsqu'il y a entrave aux échanges. Dans un arrêt rendu le 26 septembre 2000<sup>28</sup>, la Cour précise qu'une règle technique nationale, non notifiée à la Commission est inapplicable en raison du vice de procédure substantiel dont elle est affectée. Il s'agissait en l'espèce, d'une réglementation italienne sur l'étiquetage de l'huile d'olive dont la Commission avait demandé le report car elle avait l'intention de légiférer. En 2002, la Cour a confirmé qu'une réglementation nationale imposant une obligation de marquage ou d'étiquetage est bien une spécification technique devant être notifiée sous peine d'inopposabilité<sup>29</sup>. En revanche, une réglementation nationale qui interdit la publicité commerciale pour des installations émettrices d'un type non agréé ne constitue pas une règle technique<sup>30</sup>.

Un particulier qui s'est vu appliquer une règle adoptée en violation de la directive pourrait également obtenir réparation du dommage subi à la lumière des arrêts Francovitch, Brasserie du Pêcheur et Factortame.

**23.** b) Les conclusions du Conseil des ministres du 16 juillet 1984 soulignait quatre orientations principales pour la politique communautaire de normalisation :

- la transparence, par l'obligation faite désormais aux Etats conformément à la directive 83/189, de notifier leurs projets de réglementations techniques, l'examen de ceux-ci et l'examen des réglementations existantes ;
- le soutien des institutions communautaires aux organisations européennes de normalisation ;
- l'élaboration systématique de normes européennes dès l'apparition de nouvelles technologies ;
- le renvoi aux normes dans les directives d'harmonisation.

**24.** c) La résolution du Conseil des ministres du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation décrit cette nouvelle politique d'harmonisation et charge la Commission de définir par priorité une politique de certification, c'est-à-dire les procédures permettant de certifier la conformité des produits aux normes.

**25.** d) Le Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen de juin 1985 décrivant la nouvelle approche de façon approfondie.

Dans ce Livre blanc, la Commission propose la stratégie suivante :

<sup>27</sup> CJCE 16 juin 1998, Lemmens, C 226/97, Rec. I, p. 3711

<sup>28</sup> CJCE 26 septembre 2000, Unilever/Central Food, C 443/98, Rec. I, 7565

<sup>29</sup> CJCE 6 juin 2002, Eco-emballages, C 159/00, Rec. I, 5057

<sup>30</sup> CJCE 8 mars 2002, Van den Burg, C 278/99, Rec. I, 2026.

- la reconnaissance mutuelle des règles et des normes nationales qu'il n'est pas essentiel d'harmoniser, ce qui implique que la Commission détermine préalablement quelles sont les règles nationales excessives et constituant des obstacles contraires aux articles 28 et 30 (ex-articles 30 et 36) du traité ;
- l'harmonisation des législations, au moyen de directives fondées sur l'article 94, par l'établissement d'exigences essentielles en matière de santé et de sécurité afin de permettre la libre circulation des produits conformes à ces exigences ;
- l'élaboration de normes européennes et, en attendant leur mise au point, l'acceptation mutuelle des normes nationales.

Le Livre blanc préparait l'Acte unique européen qui contient une disposition centrale en matière de libre circulation des marchandises et d'harmonisation : l'article 95 (ex-article 100 A) qui permet désormais l'adoption d'actes à la majorité qualifiée dans tous les domaines relatifs à l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur (voir supra).

## **Section 2. Le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle**

**26.** Plus récemment, deux textes ont encore été adoptés dont le but essentiel est d'assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle :

a) La décision 3052/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principes de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté<sup>31</sup> constitue un autre dispositif visant à permettre la suppression des barrières techniques qui subsistent au sein du marché unique.

Son but essentiel est d'assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle.

La reconnaissance mutuelle des règles nationales dont l'harmonisation n'est pas jugée nécessaire par la Communauté constitue en effet le socle de toute la stratégie d'achèvement du marché intérieur adoptée en 1985. Au-delà des travaux d'harmonisation, justifiés sur base des critères de nécessité et de proportionnalité, la reconnaissance mutuelle doit constituer la règle et l'harmonisation être l'exception. Au sein d'un marché unique, la transparence des exceptions est donc la contrepartie indispensable et minimale de l'application du principe de la reconnaissance mutuelle des règles nationales non harmonisées.

Le mécanisme prévu par la décision est un mécanisme de notification. A compter du 1er janvier 1997, les Etats membres doivent notifier à la Commission les mesures empêchant la libre circulation de produits d'un certain modèle ou d'un certain type qui ont pourtant été légalement fabriqués ou commercialisés dans un autre Etat membre. Ces mesures doivent être notifiées si elles ont pour effet direct ou indirect une interdiction générale, le refus d'une autorisation, une modification du modèle ou type de produits ou un retrait du marché.

---

<sup>31</sup> JOCE n° L 321 du 30 décembre 1995, p.1

Afin d'éviter toute bureaucratie inutile, la procédure d'information prévoit la transmission d'une page de renseignements essentiels et d'une copie de la mesure prise.

Le mécanisme établi par la décision a donc pour objet de permettre un règlement plus rapide des problèmes, soit par un ajustement des dispositions nationales, soit par une adaptation de la législation communautaire existante.

b) La communication de la Commission sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur (Com (1999) 299 final) du 16 juin 1999 examine les possibilités de faciliter et d'améliorer l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur.

Cette communication a été publiée à la demande des Etats membres de l'Union et des opérateurs économiques.

La communication propose une série d'initiatives visant à améliorer la surveillance de la reconnaissance mutuelle, à rendre les citoyens, les opérateurs économiques et les autorités compétentes à tous les niveaux dans les Etats membres plus conscients de ce principe, à établir et améliorer les contacts entre les autorités nationales, ainsi qu'à perfectionner la gestion par la Commission des plaintes individuelles.

La Commission propose une distinction entre trois niveaux de protection :

- un niveau de protection minimale : c'est le niveau qui, selon les connaissances techniques et scientifiques, offre une sécurité minimale ; ce niveau ne peut pas être invoqué dans le cadre de l'application de la reconnaissance mutuelle si l'Etat membre de destination a choisi un niveau plus élevé de protection ;
- un niveau élevé de protection : c'est le niveau prévu par les traités et la jurisprudence de la Cour de justice. Les Etats membres sont en droit d'appliquer leur législation nationale quand elle a pour objectif d'atteindre un tel niveau élevé de protection ;
- un niveau de protection disproportionné : un Etat ne saurait imposer le respect d'un niveau de protection excessif, c'est-à-dire disproportionné, à savoir un niveau qui ne serait pas fondé sur des résultats scientifiquement acceptables ou justifiés par rapport à l'objectif à atteindre.

Bien entendu, comme le reconnaît la Commission, des difficultés peuvent se poser dans l'application de la reconnaissance mutuelle lorsqu'il s'agit de fixer un certain niveau de protection, notamment lorsque des produits complexes sont impliqués, nécessitant une analyse technique et/ou scientifique approfondie.

### Chapitre 3. La complémentarité entre l'harmonisation et les règles relatives à la libre circulation des marchandises

**27.** A la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon* et de la *nouvelle approche*, les articles 28 à 30, ainsi que les dispositions relatives à l'harmonisation ont acquis une certaine complémentarité, les uns ou les autres pouvant être utilisés pour réaliser le marché intérieur suivant les cas d'espèce.

Cette complémentarité a été consacrée par la Cour dans les termes suivants : les articles 28 à 30 restent applicables en l'absence de rapprochement préalable des législations et aussi longtemps qu'une harmonisation complète n'est pas réalisée.

Dès lors, en l'absence de réglementations communautaires complètes et exhaustives, les articles 28 à 30 demeurent applicables. Les obstacles aux importations qui résultent des disparités entre les législations ne peuvent être acceptés - et dès lors faire l'objet d'une éventuelle harmonisation - que dans la mesure où ils sont justifiés dans les conditions très limitées et qui avaient été posées par la Cour<sup>32</sup>.

Depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, le rapprochement des législations semblait donc jouer un rôle subsidiaire par rapport à l'application de l'article 28 dans le démantèlement des obstacles à la libre circulation des marchandises dans la Communauté.

Mais, la nécessité de recourir à l'harmonisation a été renforcée par la jurisprudence *Keck* et *Mithouard*. Dans la mesure où le champ d'application de l'article 28 a été restreint par la Cour de justice, les réglementations nationales qui échappent à l'article 28 et font néanmoins obstacle aux échanges ne pourront être rapprochées que par le recours à des mesures d'harmonisation. Au surplus, cette jurisprudence pourrait avoir certains effets pervers permettant au Conseil, dans le cadre d'une mesure d'harmonisation fondée sur l'article 95, de tolérer, voir de créer certaines barrières aux échanges dans la mesure où il ne peut justifier au regard du principe de subsidiarité.

---

<sup>32</sup> Mattera, Le marché unique européen, p. 198.

## TITRE III. LES BASES JURIDIQUES

### Chapitre 1 : Les bases juridiques générales

#### **Section 1. Le traité de la CEE**

##### **1.1. L'article 100**

**28.** L'article 100 qui n'a pas été modifié à ce jour (actuel article 94) prévoit que le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

##### **1.2. Les conditions d'application**

**29.** Ainsi, le rapprochement des législations était soumis à des conditions relativement strictes :

- la situation devait avoir une incidence directe (et négative) sur la réalisation du marché commun ;
- le rapprochement ne pouvait être fait que "*dans la mesure nécessaire*" (article 3, b)) ;
- l'unanimité était requise.

La pesanteur des règles ne favorisait pas le processus d'intégration. La Cour de justice a réagi à cette situation par l'arrêt Cassis de Dijon<sup>33</sup> dans lequel elle pose le principe de « *la reconnaissance mutuelle* » ou de l'« *équivalence des réglementations* » (voir ci-après). Cette jurisprudence a favorisé l'émergence d'une nouvelle approche en matière d'harmonisation à partir de 1985 et l'adoption de l'Acte Unique européen.

##### **1.3. L'article 101**

**30.** Cet article qui n'a jamais été modifié (actuel article 96), prévoyait également que lorsque la Commission constatait qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres faussait les conditions de concurrence sur le marché commun et provoquait, de ce fait, une distorsion qui devait être éliminée, elle entraînait en consultation avec les Etats membres intéressés. Si cette consultation n'aboutissait pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin en statuant à la majorité qualifiée. La Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le traité.

#### **Section 2. L'Acte Unique européen**

##### **2.1. L'article 100 A**

---

<sup>33</sup> CJCE, 20-02-1979, aff. 120/78, Rewe Zentrale, Rec., 1979, p.649

**31.** L'article 100 A du traité, introduit par l'Acte unique, a simplifié le processus de rapprochement des législations par rapport à l'article 100 du traité.

L'article 100 A a prévu que par dérogation à l'article 100 et sauf si le présent traité en dispose autrement, ses dispositions s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8, c'est-à-dire la réalisation du marché intérieur.

Le Conseil statuant conformément à la majorité qualifiée arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

## 2.2. *Conditions d'application*

### a) Principe d'allégement

**32.** L'article 100 du traité énonçait, comme condition spécifique de l'harmonisation, l'existence de législations ou de réglementations ayant une *incidence directe* sur la réalisation du marché commun. Cette harmonisation ne pouvait, dès lors, pas être engagée face à n'importe quelle disposition nationale.

Avec la nécessité de réaliser le marché intérieur, cette condition précise va disparaître. On va simplement se proposer de rapprocher des législations et des règlements "*qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur*". La condition d'unanimité est également abandonnée au profit de la majorité qualifiée.

Un des nouveaux principes est que l'article 100 A ne doit pas être la seule voie d'action, que certains domaines doivent lui échapper pour être réalisés selon d'autres procédures (article 100 A, § 2), et aussi que l'article 100 A ne peut être utilisé si d'autres voies sont offertes par le traité, c'est-à-dire si le traité « en dispose autrement » (article 100 A, § 1er).

### b) Mesure nécessaire

**33.** L'article 100 A, comme l'article 100, doit respecter le principe suivant lequel le rapprochement doit être fait dans la *mesure nécessaire* à la réalisation du marché commun (v. article 3, lettre h). A cette notion, s'ajoute le concept de subsidiarité (v. ci-après).

### c) Vocation horizontale ou sectorielle

**34.** On dit fréquemment de l'article 100 qu'il était un des deux grands articles normatifs "*horizontaux*" du traité de Rome.

A l'inverse, l'article 100 A, tout en ayant l'apparence d'une norme horizontale, se trouve, dans une certaine mesure, réduit à une vocation sectorielle en raison des dérogations et des exceptions dont il fait l'objet.

Ces dérogations ou ces exceptions se trouvent énoncées au paragraphe 2 de cet article : dispositions fiscales, libre circulation des personnes, droits et intérêts des travailleurs salariés.

En outre, selon la disposition liminaire de son paragraphe 1, l'article 100 A ne peut s'appliquer que "*si le présent traité en dispose autrement*".

### d) Procédure

**35.** L'article 100 A implique désormais une décision par le Conseil à la majorité qualifiée et la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 251 (ex-article 189 B), c'est-à-dire la procédure de codécision qui comporte des navettes entre le Conseil et le Parlement en donnant à celui-ci, dans certains cas, le dernier mot. En outre, depuis l'Acte unique, la consultation du Comité économique et social est obligatoire.

e) Instruments

**36.** Si, selon la doctrine majoritaire, l'article 100 privilégie les directives, l'article 100 A permet de recourir à la directive, au règlement et à la décision.

L'article 100 A indique, en effet, que le Conseil «*arrête les mesures relatives au rapprochement*». Ce texte a d'ailleurs été complété par une déclaration de la Commission figurant à l'acte final des signatures de l'Acte unique (le texte de cette déclaration énonce que : "*la Commission privilégiera dans ses propositions au titre de l'article 100 A, § 1 le recours à l'instrument de la directive, l'harmonisation comporte dans un ou plusieurs Etats membres, une modification des dispositions législatives*").

f) Modalités particulières d'utilisation de l'article 100 A

**37.** L'article 100 A, § 3 énonce l'exigence d'un niveau de protection élevé en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et des consommateurs.

Selon le §3 de l'article 100 A, "*la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base, le niveau de protection élevé*".

2.3. *L'article 100 B*

**38.** L'article 100 B ne présente plus qu'un intérêt historique puisqu'il conférerait des pouvoirs très particuliers aux institutions communautaires mais ceux-ci ne pouvaient être exercés qu'au cours de l'année 1992.

L'article 100 B a d'ailleurs été en toute logique supprimé par le traité d'Amsterdam.

**Section 3 : Le traité d'Amsterdam**

3.1. *L'article 94 (ex article 100)*

**39.** Le traité d'Amsterdam n'a pas modifié le contenu de l'ex-article 100 et nous ne reviendrons donc pas sur cette disposition.

3.2. *L'article 95 (ex article 100 A)*

**40.** Le traité d'Amsterdam reprend le texte de l'article 100A tout en le complétant sur deux points : d'une part en faisant référence à l'évolution de la recherche scientifique, d'autre part en précisant certains points de procédure.

Le texte se lit désormais comme suit :

*"1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14 (ex-article 7A). Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 (ex-article 189 B) et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.*

*2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.*

*3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.*

*4. Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 (ex-article 36) ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.*

*5. En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption.*

*6. Dans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes 4 et 5, la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur.*

*En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales visées aux paragraphes 4 et 5 sont réputées approuvées.*

*Lorsque cela est justifié par la complexité de la question et en l'absence de danger pour la santé humaine, la Commission peut notifier à l'Etat membre en question que la période visée dans le présent paragraphe peut être prorogée d'une nouvelle période pouvant aller jusqu'à six mois.*

*7. Lorsque, en application du paragraphe 6, un Etat membre est autorisé à maintenir ou à introduire des dispositions nationales dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission, qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil.*

*8. Lorsqu'un Etat membre soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine qui a fait préalablement l'objet de mesures d'harmonisation, il en informe la*

*Commission, qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil.*

*9. Par dérogation à la procédure prévue aux articles 226 et 227 (ex-articles 169 et 170), la Commission et tout Etat membre peuvent saisir directement la Cour de justice s'ils estiment qu'un autre Etat membre fait un usage abusif des pouvoirs par le présent article.*

*10. Les mesures d'harmonisation prévues ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les Etats membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 30 (ex article 36), des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle".*

**41.** Ainsi, comme on le remarque, les auteurs du traité d'Amsterdam ont tenu à faire référence à l'évolution de la recherche scientifique :

- le niveau de protection élevé dans les propositions d'harmonisation doit tenir compte de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques (§ 3);

- les dispositions nationales en infraction avec une mesure d'harmonisation peuvent être introduites si elles sont basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement et du milieu du travail (§5). Le problème doit toutefois être spécifique à l'Etat membre concerné et la Commission donne une interprétation restrictive de cette condition<sup>34</sup>.

On notera que le traité d'Amsterdam reprend ainsi une clause de sauvegarde qui existait déjà dans certaines directives d'harmonisation prévoyant l'utilisation de l'exception lorsque des connaissances scientifiques nouvelles le justifient (voir chapitre suivant au sujet des clauses de sauvegarde).

**42.** Par ailleurs, le nouveau traité apporte certaines précisions de procédure. Ainsi, lorsqu'un Etat maintient des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes, il doit non seulement les notifier à la Commission mais indiquer les raisons de leur maintien (§4).

La Commission a six mois pour approuver ou rejeter les dispositions nationales adoptées après une mesure d'harmonisation et en contradiction avec celle-ci. Après ce délai de six mois, les dispositions nationales sont réputées approuvées en l'absence de décision de la Commission. La fixation d'un délai dans lequel la Commission doit prendre position est apparue indispensable puisque la Commission mettait parfois des mois, voire des années à réagir. La Cour de justice ayant jugé qu'un Etat membre n'était autorisé à appliquer les dispositions nationales notifiées en vertu de l'article 100 A §4 qu'après avoir reçu une décision favorable de la Commission<sup>35</sup>. Il était donc peu conforme au principe de coopération loyale entre la Commission et les Etats membres que la Commission ne respecte pas un délai raisonnable, ce qui arrivait cependant en pratique<sup>36</sup>. Si la question est complexe et qu'il n'y a pas danger pour la santé humaine, la Commission peut notifier à l'Etat une extension du délai pour une nouvelle période de six mois (§6).

Lorsqu'un Etat est autorisé à maintenir une mesure nationale dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission doit examiner immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de cette mesure (§ 7).

---

<sup>34</sup> Décision du 26 octobre 1999 adressée à l'Allemagne, JOCE n° L 329, 22 décembre 1999, p.100 à 105)

<sup>35</sup> C.J.C.E. 17 mai 1994, France / Commission, C 41/93, Rec. I, 1829, pts 29 et 30

<sup>36</sup> C.J.C.E. 1<sup>er</sup> juin 1999, Kortas, C 319/97, Rec. I, 3160 pts 33 à 36

Enfin, lorsqu'un Etat soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine harmonisé, il en informe la Commission qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil (§8). Cette dernière disposition est manifestement inspirée par la crise dite de "la vache folle".

**43.** Le projet de Constitution européenne comporte un article III – 64 qui reprend le texte de l'actuel article 94 sous deux réserves : le remplacement du concept du « marché commun » par celui de « marché intérieur » et le remplacement de l'instrument juridique actuel qu'est la directive par la loi-cadre européenne.

L'article III – 65 reprend quant à lui le texte de l'actuel article 95 sous réserve du remplacement des instruments juridiques prévus (« mesures ») par « la loi » ou « la loi-cadre européenne ».

## Chapitre 2 : Les bases juridiques spécifiques et les politiques communes

### **Section 1. Les bases juridiques spécifiques**

**44.** Ainsi qu'on l'a vu, des compétences ayant pour objet l'aménagement des réglementations des Etats membres sous diverses formes : rapprochement, coordination, harmonisation... ont été prévues par de nombreuses dispositions du traité.

Dès lors que des dispositions spécifiques du traité ont désigné des matières ou des aspects particuliers pour lesquels les divergences entre les réglementations nationales doivent être supprimées, le critère de la nécessité du rapprochement des législations par rapport au fonctionnement du marché commun va de soi.

**45.** Parmi de telles dispositions du traité qui prévoyaient spécifiquement un rapprochement des législations et vont donc constituer des bases spécifiques, on comptait notamment les suivantes (ancienne numérotation) :

- l'article 27 qui prévoyait que les Etats membres procédaient au rapprochement de leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière douanière;

- l'article 49 qui permettait l'adoption des mesures nécessaires en vue de réaliser progressivement la libre circulation des travailleurs;

- l'article 51 en vertu duquel la Communauté pouvait arrêter les mesures dans le domaine de la sécurité sociale pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs;

- l'article 54, § 3, g) qui prévoyait la coordination, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, des garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers;

- l'article 56, § 2 qui prescrivait la coordination des dispositions nationales relatives au droit d'établissement, et en particulier de celles qui prévoient un régime spécial pour les ressortissants étrangers et qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique;

- l'article 57 qui prescrivait :

- \* l'adoption de directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres (§1);
- \* la coordination des dispositions nationales concernant l'accès aux activités non salariées et leur exercice (§2);
- \* la coordination des conditions d'exercice dans les différents Etats membres des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques (§3);

- l'article 63, § 2 qui permettait l'adoption de directives pour la mise en œuvre d'un programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation de services ou, en l'absence de programme général, pour réaliser une étape de la libération d'un service déterminé;
- l'article 70, § 1 qui permettait à la Communauté de prendre des mesures tendant à la coordination progressive des politiques des Etats membres en matière de change, en ce qui concerne des mouvements de capitaux entre ces Etats et les Etats tiers;
- l'article 99 qui prévoyait l'harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et autres impôts indirects dans la mesure où cette harmonisation est nécessaire pour assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans le délai prévu à l'article 8 A (devenu article 14).

## **Section 2 : Les politiques communes**

**46.** La réalisation des objectifs des politiques communes fait l'objet, dans le traité, d'habilitations soit générales, soit spécifiques, qui peuvent comporter directement ou implicitement le recours à des mesures de rapprochement des législations lorsque les objectifs définis par ces politiques le rendent nécessaire.

Il s'agit notamment de la politique agricole commune prévoyant le remplacement des organisations nationales de marchés agricoles par des organisations communes, ce qui implique l'harmonisation des règles nationales affectant la composition, la qualité, le conditionnement ou la présentation des produits agricoles.

Il s'agit également de la politique des transports prévoyant à l'article 75 l'adoption de règles communes et de toutes autres dispositions utiles habilitant ainsi les institutions de la Communauté au rapprochement des législations dans la mesure exigée par l'objectif recherché.

Il s'agit encore de la politique de concurrence, l'article 87, § 1 prévoyant l'adoption de tout règlement ou directive utile en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86.

Il s'agit encore de la politique commerciale commune fondée conformément à l'article 113 sur une série de principes uniformes, les institutions communautaires étant habilitées à prendre des mesures de rapprochement des législations.

Le rapprochement des législations en matière de politique sociale est également prévu à l'article 117 du traité.

La politique de l'environnement introduite dans le traité par l'Acte Unique européen a également permis aux institutions communautaires de procéder à un rapprochement des législations nationales.

La politique des consommateurs fait actuellement l'objet de l'article 153 nouveau qui donne à la Communauté la possibilité d'adopter des mesures conformément à l'article 95 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur mais également des mesures de rapprochement qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres.

**47.** Dans le projet de Constitution européenne, les politiques de l'Union figurent dans la partie III. Le titre III est consacré aux politiques et actions internes relatives au marché intérieur (libre circulation des personnes et des services, des marchandises, des capitaux et des paiements, règles de concurrence, dispositions fiscales et rapprochement des législations), à la politique économique et monétaire, aux politiques dans d'autres domaines spécifiques (emploi, politique sociale, cohésion économique, sociale et territoriale, agriculture et pêche, environnement, protection des consommateurs, transport, réseaux

transeuropéens, recherche et développement technologique et espace, énergie) et aux politiques relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

### Chapitre 3 : La clause résiduelle de l'article 308 (ex-article 235)

**48.** Selon l'article 308 du traité CE, *"si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées"*.

La mise en œuvre de l'article 308 est subordonnée à la réalisation de quatre conditions :

- il faut qu'une action de la Communauté apparaisse nécessaire;
- en vue de réaliser l'un des objets de la Communauté;
- dans le fonctionnement du Marché commun;
- sans que le traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet.

La procédure applicable se caractérise par le fait que le Conseil doit se prononcer à l'unanimité et que le Parlement européen n'est que consulté.

**49.** La souplesse conférée par l'article 308 n'exclut cependant pas quelques limites.

La Cour a précisé que le recours à cet article comme base juridique d'un acte n'est justifié que si aucune autre disposition des traités ne confère aux institutions la compétence nécessaire pour arrêter cet acte<sup>37</sup>.

La Cour a toutefois admis, dans certains cas, l'utilisation de l'article 308 de manière complémentaire avec d'autres dispositions du traité lorsque ces dispositions apparaissaient comme insuffisantes pour adopter les mesures concernées<sup>38</sup>.

Certes, l'Acte unique européen, le traité sur l'Union européenne et le traité d'Amsterdam, dans la mesure où ils ont élargi les compétences de la Communauté et les bases juridiques de l'intervention des institutions ont réduit l'intérêt de recourir à l'article 308 du traité.

**50.** La clause résiduelle de l'article 308 devient dans le projet de la Constitution européenne l'article 17 dénommé « clause de flexibilité ». Le texte reprend celui de l'actuel article 308 du traité mais y ajoute le contrôle des propositions ainsi formulées au regard du principe de subsidiarité et précise que les dispositions adoptées sur base de l'article 17 ne peuvent pas comporter d'harmonisation dans les cas où la Constitution exclut une telle harmonisation.

### Chapitre 4 : Le choix de la base juridique

#### **Section 1 : Les conditions de recours à l'article 308 du traité C.E.**

---

<sup>37</sup> CJCE, 26-3-1987, aff. 45/86, Commission c/ Conseil, Rec., p. 1493; CJCE, 7-7-1992, aff. C-295/90, Parlement c/ Conseil, Rec., p. 4193; CJCE, 29-3-1990, aff. C-62/88 Grèce c/ Conseil, Rec., p. 1527; CJCE, 13-7-1995, aff. 350/92 Espagne c/ Conseil, Rec., 1995, p. 1985; CJCE 26-3-1996, aff. 271/94 Parlement européen c/ Conseil, Rec. 1996, p.1705

<sup>38</sup> CJCE, 30-5-1989, aff. 242/87 Commission c/ Conseil, Rec., p. 1425.

**51.** La pratique a montré que le caractère de subsidiarité de l'article 308 le rend particulièrement apte à assurer la mise en œuvre de compétences d'harmonisation que l'on a pu dégager d'une interprétation extensive des objectifs de la Communauté, autrement dit de compétences implicites. Jusqu'à ce que les compétences de la Communauté aient été élargies, l'article 308 a permis aux institutions de maîtriser certaines questions vitales pour le développement de la Communauté, notamment lorsqu'il s'est agi de politiques nouvelles en matière industrielle, technologique et de protection de l'environnement pour lesquelles la Communauté n'avait pas de compétence explicite.

C'est surtout à propos de l'application des articles 100 et 100 A d'une part, et de l'article 308 d'autre part que des problèmes de conflit ont été posés puisqu'il s'agit de dispositions dont le champ d'application n'est délimité que par des critères généraux, susceptibles d'une interprétation cas par cas et non par des attributions de compétences *ratione materiae*.

Un exemple intéressant figure dans la directive du Conseil du 19 juin 1979 relative à l'indication du prix des denrées alimentaires adoptée sur base de l'article 308 (ex-article 235).

Par la suite, les modifications à cette directive furent adoptées sur base de l'article 100 A (actuel article 95). Il était devenu évident à l'époque de l'adoption des modifications que celles-ci pouvaient avoir une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur.

Par ailleurs, de nombreux actes de rapprochement des législations se sont fondés sur la double base juridique de l'article 100 ou de l'article 100 A et de l'article 308 (ex-article 235). La référence simultanée à ces deux dispositions paraît peu compatible avec le caractère de fondement juridique subsidiaire de l'article 308 puisqu'en principe la possibilité d'appliquer l'article 100 ou l'article 100 A devrait exclure celle de faire usage de l'article 308. L'utilisation de la double base juridique s'est faite en considération de la nécessité politique de réaliser un compromis entre des positions divergentes des Etats membres concernant l'appréciation du critère de l'incidence directe sur le fonctionnement du marché commun exigé par l'article 100 ou des conditions de réalisation des objectifs figurant à l'article 8 (réalisation du marché intérieur) et de la nécessité que les mesures aient pour objet l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.

La Cour de justice a admis que la référence à l'article 100 comme fondement juridique d'une directive de rapprochement des législations n'excluait pas le recours à l'article 308 dans la mesure où l'article 100 ne peut fournir de solution suffisamment efficace<sup>39</sup>. Toutefois, dans cet arrêt, la Cour avait considéré que le recours à l'article 308 était légitime dans la mesure où les règles du traité relative à la formation de la volonté du Conseil ou à la répartition des pouvoirs entre les institutions ne s'en trouvaient pas mises à mal.

52. Bien entendu, comme il a déjà été souligné, le rapprochement des législations lorsqu'il est prévu par des dispositions particulières devra se faire sur cette base en vertu du principe selon lequel la règle générale ne s'applique qu'en l'absence d'une règle spécifique.

## **Section 2 : Le recours à l'article 151 du traité C.E. (la culture)**

53. Le traité sur l'Union européenne a introduit de multiples changements au traité CEE. Un des principaux est, comme nous le savons, d'ôter à la Communauté son caractère essentiellement économique.

Pour réaliser les objectifs visés à l'article 2 du traité, *"la Communauté contribue à une éducation et à une formation de qualité ainsi qu'à l'épanouissement des cultures des Etats membres"* (art. 3, q). Cette mission de la Communauté dans le domaine culturel est explicitée à l'article 151, §1 : *"La Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun"*.

Très concrètement, selon le traité d'Union, les domaines d'action de la Communauté consistent en l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens; en la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne; en les échanges culturels non commerciaux; et en la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel<sup>40</sup>.

54. Notons d'abord, qu'aux termes même de l'article 151 du traité, l'action de la Communauté vise uniquement à encourager et coordonner la coopération entre Etats et, si c'est nécessaire, à compléter les actions de ceux-ci. Dans le domaine culturel, les propositions d'actions d'encouragement, formulées par la Commission, ne pourront être adoptées par le Conseil que suivant la procédure de codécision, consacrée à l'article 251 du traité d'Union, après consultation du Comité des régions et à l'unanimité.

La Communauté n'interviendra pas par la voie de directives ou de règlements d'ordre général, mais plutôt par l'adoption de mesures spécifiques de soutien des Etats membres. Les règles de procédure mises en place sont particulièrement sophistiquées, voire disproportionnées dans leur sévérité par rapport à la portée restreinte des mesures autorisées. De simples actions d'encouragement doivent passer par le filtre de la codécision à l'unanimité, avec en outre une consultation des représentants des collectivités régionales et locales. De même, des recommandations – actes qui, comme les avis, sont dépourvus de caractère obligatoire<sup>41</sup> - ne peuvent être formulées qu'à l'unanimité. Eu égard à sa rigidité, il est probable que ce paragraphe ne sera pas fréquemment appliqué.

---

<sup>39</sup> Arrêt Massey Fergusson du 12 juillet 1973, aff. 8/73, Rec. 1973, p. 898

<sup>40</sup> Article 128, §2 du Traité.

<sup>41</sup> Article 189 du Traité CE

55. Remarquons, ensuite, que la mention des échanges culturels non commerciaux indique bien que les échanges à caractère commercial n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 151 du traité. Les rédacteurs du traité semblent avoir indiqué leur volonté de scinder les règles énoncées dans cet article de celles régissant la libre circulation. Si une référence est, dès lors, faite à la propriété littéraire et artistique, c'est dans la seule perspective d'échanges non commerciaux. Une distinction est ainsi faite entre les mesures visant avant tout, si pas totalement, à remplir un objectif culturel et celles qui, à l'inverse, ont pour finalité première un objectif économique, mais des incidences culturelles. Les premières pourront être adoptées sur la base de l'article 151 du traité, alors que les secondes se fonderont sur d'autres dispositions du traité et la législation dérivée.

56. Néanmoins, dans l'application de ces autres dispositions, la Communauté devra désormais tenir compte des composantes culturelles. C'est ce qu'énonce le § 4 de l'article 151 « *La Communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité* ». C'est là une obligation juridique, dont le respect est soumis au contrôle de la Cour de justice.

57. La culture fait l'objet de l'article III – 181 du projet de Constitution. L'action de l'Union visant à encourager la coopération entre Etats membres et si nécessaire, à appuyer et compléter leur action pour l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel, les échanges culturels non commerciaux et la création artistique et littéraire y compris dans le secteur de l'audiovisuel. Le recours à la loi ou à la loi-cadre européenne permettrait d'adopter des actions d'encouragement à l'exclusion de toute harmonisation et après consultation du Comité des Régions.

### **Section 3 : Le recours à l'article 153 du traité CE (la protection des consommateurs)**

58. Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, il n'y a pas véritablement de politique commune de la consommation. Les consommateurs n'étaient pas mentionnés dans le traité et la représentation de leurs intérêts n'était nullement organisée alors que d'autres groupes d'intérêt étaient représentés au sein du Comité économique et social.

En l'absence de dispositions se référant spécifiquement aux consommateurs, les articles 100 et 100 A autorisant le Conseil à prendre des mesures d'harmonisation pour assurer le bon fonctionnement du marché commun ou du marché intérieur pouvaient le cas échéant servir de base juridique.

59. En 1993, le traité sur l'Union européenne a introduit un nouveau titre consacré à la politique de protection du consommateur, ce qui constitue un progrès évident dans la réalisation d'une politique active et globale de protection des consommateurs dans l'Union européenne.

Le traité sur l'Union européenne comporte désormais une base légale explicite permettant d'arrêter des actions communautaires dans le domaine de la protection du consommateur :

- l'article 3 mentionnant les mesures qui peuvent être prises pour atteindre les objectifs définis à l'article 2 : "*une contribution au renforcement de la protection des consommateurs*" (article 3, s));
- l'article 129 A qui comporte plusieurs éléments positifs pour le développement d'une politique explicite de la consommation notamment :

\* la légitimité des mesures visant à définir au niveau communautaire une politique de protection du consommateur se trouve reconnue et la Commission se voit attribuée la compétence de formuler des propositions sur des sujets qui ne sont pas nécessairement liés à la réalisation du marché intérieur;

\* l'obligation d'assurer au consommateur européen un niveau élevé de protection dans le choix et la définition des mesures à proposer;

\* la procédure prévue pour l'adoption des actes communautaires fondée sur l'article 129 A et celle de l'actuel article 251 qui se caractérisent par deux éléments positifs, à savoir la majorité qualifiée et la participation active du Parlement européen, partenaire le plus souvent favorable au consommateur sur la scène institutionnelle communautaire.

Ces éléments positifs sont néanmoins tempérés par les limites et une certaine confusion affectant la compétence donnée à la Commission dans le cadre de l'article 129 A.

- l'article 1, a) maintient le lien entre la réalisation du marché intérieur et la politique de protection du consommateur semant ainsi une certaine confusion sur la compétence de la Commission de proposer des mesures strictement destinées à protéger le consommateur sans lien avec la réalisation du marché intérieur;

- la nécessité d'intégrer la politique de protection du consommateur dans la mise en œuvre des autres politiques communautaires n'est pas soulignée alors qu'elle l'est par exemple pour la politique en matière d'environnement, conformément à l'article 174, §2;

- trois des droits fondamentaux habituellement reconnus au consommateur ne sont malheureusement pas repris dans le texte de l'article 129A : le droit à l'éducation, le droit à la réparation des dommages subis, et l'accès à la justice et enfin le droit à la représentation collective des intérêts des consommateurs;

Néanmoins et malgré le caractère imparfait de l'article 129 A, l'impact de l'introduction dans le traité d'un titre nouveau consacré à la protection des consommateurs ne peut être sous-estimé. La politique de la consommation se voit reconnaître une autonomie qui lui manquait.

**60.** La révision du traité sur l'Union européenne réalisée par le traité d'Amsterdam apporte deux améliorations notables à l'article 129 A, devenu article 153 qui confirment la reconnaissance progressive des différents composants de la politique de protection du consommateur et de son caractère horizontal :

- l'éducation des consommateurs et la représentation de ceux-ci en vue de défendre de manière collective leurs intérêts s'ajoutent à la liste des objectifs que se donne la politique communautaire de protection du consommateur;

- un nouveau paragraphe est introduit dans le texte de l'article qui pose le principe de l'intégration de la politique de protection du consommateur dans les autres politiques communautaires : "*les exigences relatives à la protection du consommateur devront être prises en considération lors de la définition et de la mise en œuvre des autres politiques et activités de la Communauté*".

- Enfin, les termes d'*actions spécifiques* qui désignaient les actions que la Communauté était autorisée à prendre sur base de l'article 153 indépendamment des "*mesures*" fondées sur l'article 95 sont désormais remplacés par le terme générique "*mesures*".

Cependant, l'accès du consommateur à la justice n'est toujours pas mentionné et l'idée selon laquelle subsiste un lien étroit entre la politique de protection du consommateur et la réalisation du marché intérieur reste présente alors qu'il aurait été souhaitable de dissocier complètement la compétence de la Communauté en matière de protection des consommateurs de cette réalisation.

**61.** Le projet de traité établissant la Constitution pour l'Europe mentionne la protection des consommateurs parmi les politiques de l'Union (partie III de l'article III – 132). L'Union devra assurer un niveau élevé de protection aux consommateurs et contribuer à la protection de leur santé, de leur sécurité, de leurs intérêts économiques ainsi qu'à la protection de leurs droits, à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. Toutefois, de tels objectifs ne pourront être réalisés que par des mesures adoptées dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ou des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres.

Dans les clauses d'application générale aux politiques de l'Union, la Constitution prévoit que les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union (partie III, article III – 5).

La protection des consommateurs figure parmi les domaines de compétences partagées entre l'Union et les Etats membres (partie I, article 13, pt 2). La nouvelle disposition relative à la politique de protection des consommateurs illustre cette compétence partagée puisqu'elle donne la faculté aux Etats membres de maintenir ou d'établir des dispositions de protection plus strictes qui devront être compatibles avec la Constitution et notifiées à la Commission.

La protection des consommateurs est également mentionnée dans la charte des droits fondamentaux de l'Union (partie II, article II – 38). La charte prévoit qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.

Le projet de Constitution apparaît ainsi décevant pour l'avenir de la protection des consommateurs. Il n'offre aucune perspective nouvelle, n'introduit pas de véritable base juridique pour l'harmonisation future de cette protection et omet d'indiquer l'un des droits fondamentaux des consommateurs, l'accès à la justice. Les exigences de la protection des consommateurs doivent toujours être prises en considération dans les autres politiques de l'Union mais ne devront pas y être véritablement intégrées.

La seule véritable avancée est indirecte. Elle réside dans l'insertion de la charte des droits fondamentaux, comprenant la protection des consommateurs, dans la Constitution. La portée et l'interprétation de la charte ont néanmoins reçu un caractère restrictif (partie II – 52).

#### **Section 4 : Les critères du choix de la base juridique**

**62.** L'existence de bases juridiques concurrentes et la sélection de la base juridique adéquate par les institutions ont donné lieu à un important contentieux résultant notamment de l'introduction du nouvel article 95 sur le rapprochement des législations, de l'accroissement des compétences communautaires, du développement du recours à la majorité, de l'extension de la procédure de coopération à de nouveaux domaines et de l'introduction d'un pouvoir de codécision législatif en faveur du Parlement européen.

Quelques règles essentielles se dégagent de l'abondante jurisprudence de la Cour.

##### 4.1. Le choix de la base juridique est fonction du but et du contenu de l'acte

**63.** Ainsi, la Cour a-t-elle jugé que le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre uniquement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs, susceptibles de contrôle juridictionnel, tels notamment le *but* et le *contenu* de l'acte<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> CJCE, 26-3-1987, aff. 45/86, Commission c/ Conseil, Rec., p. 1493; CJCE, 11-6-1991, aff. C-300/89, Commission c/ Conseil, Rec., p. 2867; CJCE, 17-3-1993, aff. C-155/91, Commission c/ Conseil, Rec., p. 939; CJCE, 26-3-1996, aff. C-271/94 Parlement c/ Conseil, Rec. I, p. 1705;

Cette jurisprudence constante révèle, dès lors, qu'il ne suffit pas - dans le domaine de l'harmonisation - que l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur soit concerné pour qu'automatiquement l'article 95 du traité CE, qui impose la procédure de codécision, soit applicable. En effet, le recours à ce texte ne se justifie pas, par exemple, lorsque l'acte adopté n'a qu'accessoirement pour effet d'harmoniser les conditions du marché intérieur<sup>43</sup>.

**64.** Par ailleurs, dans la mesure où la compétence d'une institution repose sur deux dispositions du traité, cette institution doit les prendre en compte.

#### 4.2. Si la compétence d'une institution est fondée sur deux dispositions, le fondement de l'acte réside dans ces deux dispositions

Si la compétence d'une institution repose sur deux dispositions du traité, cette institution a l'obligation d'adopter les actes correspondants sur le fondement de ces deux dispositions<sup>44</sup>. On constate cependant que dans la mesure du possible, la Cour que celle-ci souhaite éviter la multiplication des bases juridiques et va dès lors appliquer un certain nombre de principes..

##### *a) Le recours à l'article 308 ne peut être que subsidiaire*

**65.** Comme il a été indiqué ci-dessus, la Cour a souligné que le recours à l'article 308 comme base juridique d'un acte n'est justifié que si aucune autre disposition des traités ne confère aux institutions la compétence nécessaire pour arrêter cet acte<sup>45</sup>. En pratique, on constate qu'elle a eu tendance à favoriser les solutions permettant l'adoption de texte à la majorité<sup>46 47 48</sup>. Toutefois, elle a admis, dans certains cas, l'utilisation de l'article 308 de manière complémentaire avec d'autres dispositions du traité lorsque ces dispositions apparaissaient comme insuffisantes pour adopter les mesures concernées<sup>49</sup>.

On rappellera à cet égard que le règlement CEE n°40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire a été fondé sur l'article 308 CE<sup>50</sup>.

---

C.J.C.E., 4 avril 2000, Commission / Conseil, C 296/97, Rec. I, 2257; C.J.C.E. 19 septembre 2002, Autriche / Huber, C 336/00, Rec. I, 7736; C.J.C.E. 30 janvier 2001, Espagne / Conseil, C 36/98, Rec. I, 810

<sup>43</sup> CJCE, 28-6-1994, aff. C-187/93, Parlement c/ Conseil, Rec., p. 2857 ; C.J.C.E., 5 octobre 2000, C 376/98, Allemagne / Parlement européen et Conseil, Rec. I, 8498

<sup>44</sup> Avis 2/00 du 6 décembre 2001, Rec. I, 9713; C.J.C.E. 19 septembre 2002, C 336/00, Autriche / Huber, Rec. I, 7736

<sup>45</sup> CJCE, 29-3-1990, aff. C.-62/88, République hellénique c/ Conseil, Rec., I, p. 1527. V. à ce sujet, WACHSMANN, "Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour", Europe, janvier 1993, chr. 1.

<sup>46</sup> CJCE, 23-2-1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. 68/86, Rec., p. 855. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que des directives pouvaient légitimement être fondées sur le seul article 43 du Traité CEE relatif à la politique agricole commune, impliquant un vote à la majorité et non conjointement sur les articles 43 et 100 imposant l'unanimité.

<sup>47</sup> V. ci-dessous, n° 796

<sup>48</sup> CJCE 13-7-1995, aff. C 350/92, Espagne soutenue par la Grèce / Conseil soutenu par la France, précitée, attendu 27, Rec. I, 2003

<sup>49</sup> CJCE, 30-5-1989, aff. 242/87, Commission c/ Conseil, Rec., p. 1425. V. également CJCE, 27-9-1988, aff. 165/87, Commission c/ Conseil, Rec., p. 5545 dans lequel la Cour a également admis le recours à l'article 308 (ex-article 235).

<sup>50</sup> Règlement précité.

En outre, la Cour prend également en compte la nature de l'intervention du Parlement.

*b) Quelle est la nature de l'intervention du Parlement dans la procédure d'adoption*

**66.** La nature de l'intervention du Parlement est importante et conditionne également le choix de la base juridique exclusive. Ainsi, dans l'important arrêt *Dioxyde de titane*, la Cour de justice a décidé que, lorsque deux bases juridiques pouvaient être adoptées et que celles-ci impliquaient des procédures différentes, il convenait de privilégier la procédure la plus favorable au respect démocratique, c'est-à-dire celle où intervenait le Parlement européen. Dans cette décision, la Cour a dès lors préconisé le recours à l'article 95 plutôt qu'à l'article 174 du traité<sup>51</sup>. Le cumul de bases juridiques aurait eu, en l'espèce, pour conséquence de « ...vider la procédure de coopération de sa substance même ». La Cour a ainsi décidé que, dans une telle hypothèse, le cumul de bases juridiques n'était pas acceptable et qu'il convenait de déterminer laquelle des deux dispositions concernées constituait la base juridique adéquate<sup>52</sup>.

Au centre de cette jurisprudence, on retrouve la préoccupation constante de la Cour de préserver strictement l'équilibre institutionnel tel qu'il s'est progressivement présenté à la suite des modifications apportées au texte originaire des traités. C'est afin de garantir cet équilibre que la Cour a insisté sur le respect de l'obligation de consultation du Parlement dans les cas prévus par le traité. La Cour a attribué au Parlement européen le pouvoir de former un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission adopté en violation de ses prérogatives. Celles-ci sont en particulier lésées lorsque le Conseil adopte un acte sur une base juridique ne prévoyant pas la consultation préalable du Parlement alors que l'acte en question aurait dû être adopté sur le fondement d'une disposition du traité qui prescrit une telle consultation. En pareil cas, peu importe qu'une consultation facultative ait quand même eu lieu puisque le respect de la procédure prévue par le traité ne saurait en aucun cas être laissé à la discrétion de l'institution qui adopte l'acte.

Le Parlement s'est également fait reconnaître le droit à être reconsulté chaque fois que le texte finalement adopté par le Conseil s'écarte dans sa substance même de celui sur lequel le Parlement a déjà été consulté<sup>53</sup>.

Mais cette interprétation favorable à la procédure d'adoption la plus démocratique ne peut se faire de façon isolée et doit se cumuler avec l'identification de l'objet de l'acte concerné et l'arrêt *Dioxyde de Titane* apparaît actuellement comme un arrêt isolé.

*c) L'identification de l'objet de l'acte à la lumière de son but et de son contenu*

**67.** En favorisant dans sa jurisprudence la plus récente, une seule base juridique, la Cour s'attache, comme il a été indiqué ci-dessus, à identifier l'objet de l'acte à la lumière de son but et de son contenu. Elle va fréquemment recourir à la théorie du principal et de l'accessoire et privilégier la base juridique applicable à l'objectif principal de l'acte.

Dans deux arrêts relatifs à l'utilisation d'hormones et l'autre établissant une norme minimale pour la protection des poules pondeuses en batteries, le Royaume-Uni, soutenu par le Danemark, avait contesté

---

<sup>51</sup> CJCE, 11-6-1991, aff. C-300/89, Commission c/ Conseil, Rec., I, p. 2867.

<sup>52</sup> CJCE, 11-6-1991, aff. C-300/89, Commission c/ Conseil, Rec., p. 2867; CJCE, 17-3-1993, aff. C-155/91, Commission c/ Conseil, Rec., I, p. 939.

<sup>53</sup> Voir conclusions de l'avocat général G. Tesauro, aff. C 65/93, Parlement / Conseil de l'Union européenne.

la validité de deux directives du Conseil adoptées sur la base de l'article 43 seul et non pas sur la double base juridique de l'article 43 et de l'article 100 suivant un usage habituel du Conseil.

Dans ces deux espèces, la Cour a reconnu que la réglementation des conditions de production et de commercialisation de la viande et la protection des poules pondeuses en batteries rentrait dans le cadre des mesures prévues par les organisations communes de marché et contribuait à la réalisation des objectifs de la politique agricole commune énoncée à l'article 43 du traité.

Elle a donc consacré le recours à l'article 43 à l'exclusion de l'article 100.

**68.** L'arrêt *Dioxyde de titane* précité avait trait à une directive qui consistait tant en une action en matière d'environnement au sens de l'article 130 R qu'en une mesure d'harmonisation dont l'objet est l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur au sens de l'article 100 A. Après avoir constaté que le recours à l'article 130 R viderait de sa substance le mécanisme de coopération prévu à l'article 100 A, la Cour a relevé que le traité lui-même prévoyait la possibilité que les exigences de protection de l'environnement soient, au besoin, satisfaites par des politiques communautaires autres que celle de l'environnement et, en particulier, dans le cadre de l'harmonisation des réglementations nationales visées par l'article 100 A. Ainsi a-t-elle jugé qu'une mesure ne saurait relever de l'article 130 R du seul fait qu'elle poursuit également des objectifs de protection de l'environnement. A son sens, une mesure qui vise également à rapprocher les règles nationales relatives aux conditions de production dans un secteur particulier de l'industrie dans le but d'éliminer les distorsions de concurrence est de nature à contribuer à la réalisation du marché intérieur et relève de ce fait de l'article 100 A. La Cour a conclu, sur la base de ces considérations, que dans l'hypothèse de concours entre l'article 100 A et l'article 130 R, c'est l'article 100 A qui doit prévaloir, en ce sens que l'acte devra être adopté exclusivement sur la base de cette dernière disposition<sup>54</sup>.

L'analyse du but et du contenu de la mesure implique que le recours à l'article 100 A ne se justifie pas, par exemple, lorsque l'acte adopté n'a qu'accessoirement pour effet d'harmoniser les conditions du marché intérieur<sup>55 56</sup>. L'objectif principal de l'acte déterminera la base juridique pertinente.

**69.** L'Avocat général Tesouro s'est livré dans l'affaire *Commission c/ Conseil* à une excellente synthèse à propos de la base juridique de la directive déchets, synthèse dont il convient de reproduire un des passages substantiels " *l'article 100A (devenu article 95) ne doit être considéré comme pertinent pour l'adoption d'un certain acte, que si l'acte lui-même a pour "objet" l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, que si, par conséquent, il régit spécifiquement les conditions de concurrence ou des échanges à l'intérieur de la Communauté. Par contre, l'article 100A (devenu article 95) doit être considéré comme non applicable lorsque l'action en question, en poursuivant certains objectifs entrant dans le cadre d'une action ou d'une politique communautaire spécifique, produit aussi, accessoirement, des répercussions sur les conditions du marché. Cette lecture de l'article 100A (devenu article 95) est conforme au texte de la disposition qui fait référence aux mesures ayant pour "pour objet" l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. En outre, cette interprétation apparaît cohérente avec la nécessité systématique (...) de ne pas élargir excessivement le champ d'application de l'article 100A (devenu article 95) au détriment d'autres bases juridiques spécifiques avec lesquelles la règle relative au marché intérieur peut, dans l'abstrait, se trouver en concurrence*"<sup>57</sup>.

**70.** Dans une affaire opposant le Parlement européen au Conseil et relative au règlement du Conseil du 1er février 1993 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets, la Cour de justice a confirmé que le seul fait que l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur soit concerné ne

---

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> CJCE, 4-10-1991, aff. C-70/88, Parlement c/ Conseil, *Rec.*, I, p. 4529.

<sup>56</sup> CJCE, 9-11-1995, aff. C-426/93 RFA c/ Conseil, *Rec.*, p. 3743, attendu 33.

<sup>57</sup> V. en ce sens Avocat général, concl. aff. C-155/91, Commission c/ Conseil précitée, considérant 4.

suffit pas pour que l'article 100 A du traité soit d'application alors que l'acte à adopter n'a qu'accessoirement pour effet d'harmoniser les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté.

Même le fait que le règlement attaqué se substitue à un autre acte qui était fondé sur l'article 100 du traité n'implique pas nécessairement le recours par le règlement à cette disposition ou à l'article 100 A. La détermination de la base juridique d'un acte doit en effet se faire en considération de son but et de son contenu propre. En l'espèce, l'objectif du règlement attaqué n'était pas de définir les caractéristiques que doivent posséder les déchets pour circuler librement dans le marché intérieur mais de fournir un système harmonisé de procédures par lesquelles la circulation des déchets pouvait être limitée afin d'assurer la protection de l'environnement. C'est donc à juste titre que le Conseil a écarté l'article 100 A et a choisi comme base juridique l'article 130 R du traité<sup>58</sup>.

**71.** Dans une affaire opposant le Parlement européen au Conseil et relative aux réseaux télématiques, la Cour a réitéré les principes de sa jurisprudence<sup>59</sup>. En l'espèce, le Parlement européen contestait l'utilisation de l'article 235 comme base juridique d'une action de la Communauté dans le domaine de l'échange d'informations statistiques à propos des réseaux télématiques européens et soutenait que la base juridique pertinente était l'article 129 D ou, à titre subsidiaire, l'article 100 A. Il rappelait ainsi qu'il devait être pleinement associé au processus décisionnel, soit par la procédure de coopération, soit par la procédure de codécision, prévues respectivement par les précédents articles.

La Cour analysera la pertinence de l'article 129 D et écartera l'argumentation du Conseil selon lequel cet article seraient inapproprié et nécessiterait une définition préalable des orientations poursuivies dans le cadre de l'article 130 A. L'examen des considérants de la décision et du contenu même de celle-ci indique que l'acte querellé poursuit bien l'objectif inscrit dans ces dispositions du traité. Il ne résulte pas de l'économie des articles portant sur les réseaux transeuropéens que leur utilisation soit obligatoirement subordonnée à l'établissement d'orientations générales. Quant à l'application de l'article 100 A, la Cour examinera l'objet principal de l'acte examiné qui tend à assurer l'interopérabilité des réseaux nationaux et juge, comme accessoires, les objectifs du marché intérieur qui permettraient de retenir la disposition d'harmonisation. La Cour conclut dès lors que la décision litigieuse aurait d'être adoptée sur la base de l'article 129 D, 3ème alinéa et qu'elle doit en conséquence être annulée.

On constate ainsi une désaffection de la Cour de justice pour les doubles bases juridiques et la Cour aura tendance à privilégier la disposition constituant la base adéquate en fonction de l'objectif principal poursuivi par l'acte même au détriment de l'intervention du Parlement. La Cour le rappelle dans un arrêt intéressant rendu le 9 octobre 2001<sup>60</sup>. Les Pays-Bas poursuivaient l'annulation d'une directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques mettant à charge des Etats membres la protection de telles inventions au moyen de leur droit national des brevets. La Cour rappelle que le recours à l'article 100 A comme base juridique est possible en vue de prévenir l'apparition d'obstacles futurs aux échanges résultant de l'évolution hétérogène des législations nationales pour autant que l'apparition de tels obstacles est vraisemblable et que la mesure en cause a pour objet leur prévention. C'est en fonction de l'objet principal de l'acte qu'il convient de déterminer la base juridique sur le fondement de laquelle il doit être adopté. La directive poursuit l'objectif de favoriser la recherche et le développement dans le domaine du génie génétique et vise à lever les obstacles d'ordre juridique que constitue dans le marché intérieur les différences législatives et jurisprudentielles entre Etats membres, susceptibles d'entraver et de déséquilibrer les activités de recherche et de développement dans ce domaine. Le rapprochement des législations des Etats membres ne constitue donc pas un objectif incident auxiliaire de la directive mais correspond à son essence même.

<sup>58</sup> Arrêt du 28 juin 1994, aff. C 187/93, Parlement européen / Conseil et Royaume d'Espagne, Rec. 1994, I, p. 2874

<sup>59</sup> CJCE, 26-3-1996, aff. C-271/94, Parlement européen c/ Conseil, Rec. 1996 I, 1705.

<sup>60</sup> C.J.C.E. 9 octobre 2001, Royaume des Pays-Bas, Italie et Norvège / Parlement européen et Conseil

Dans un arrêt du 12 décembre 2002<sup>61</sup>, la Cour confirme que lorsqu'un accord poursuit principalement ou de façon prépondérante l'un des deux objectifs qu'il poursuit, il devra être fondé sur une base juridique unique. Si les objectifs poursuivis sont indissociables, il devra reposer sur une double base juridique.

c) L'importance de la compétence d'attribution de la Communauté dans la jurisprudence récente

72. Dans sa jurisprudence récente, la Cour a souligné que la compétence d'attribution de la Communauté figurant à l'article 5, alinéa 1 du traité, avait une importance essentielle et qu'il convenait d'interpréter cette compétence d'attribution de manière restrictive. Elle est en effet confrontée à un renouveau du contentieux de la base juridique dû au développement de nouvelles politiques communautaires dans le cadre des traités de Maastricht et d'Amsterdam.

Dans un premier arrêt du 4 avril 2000<sup>62</sup>, la Cour a réaffirmé que le choix de la base juridique reposait sur des critères objectifs donnant prééminence à la règle de droit. Elle a rejeté l'argumentation de la Commission qui plaidait pour l'utilisation de l'article 95 dans un règlement établissant à la fois un système d'identification et d'enregistrement des bovins fondé sur l'article 37 relatif à la politique agricole commune. La Commission soutenait que l'objectif principal du règlement était la protection de la santé humaine. Le Parlement européen soutenait quant à lui que les mesures prises par le règlement visait à la fois la protection de la santé publique et du consommateur et invoquait l'équilibre institutionnel. La Commission et le Parlement rejetaient la jurisprudence dioxyde de titane, privilégiant l'utilisation de la « *lex specialis* ». La Cour a confirmé que la base juridique appropriée était bien l'article 37.

73. Dans un second arrêt plus connu relatif à l'annulation de la directive « publicité du tabac » et rendu le 5 octobre 2000<sup>63</sup>, la Cour répète son interprétation restrictive de la compétence d'attribution. L'article 95 du traité ne peut pas servir de base juridique à une directive dont l'objectif essentiel est la protection de la santé publique. Le recours à d'autres articles du traité comme base juridique ne doit pas être utilisé comme un moyen pour contourner l'exclusion explicite de toute harmonisation telle qu'elle est énoncée par l'article 152, § 4 du traité.

Au surplus, l'article 95 n'attribue pas une compétence générale au législateur communautaire pour réglementer le marché intérieur. Si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales et du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence était suffisante pour justifier le choix de l'article 95 comme base juridique, le contrôle juridictionnel du respect de la base juridique pourrait être privé de toute efficacité.

Au surplus, la possibilité d'appliquer l'article 95 n'existe que lorsque les distorsions de concurrence qu'il s'agit d'éliminer sont sensibles.

Cet arrêt s'inscrit dans une perspective d'interprétation restrictive du principe d'attribution des compétences communautaires.

**Section 5 : L'importance de la base juridique lors de la conclusion de conventions internationales**

74. La conclusion d'accords entre la Communauté et un ou plusieurs Etats ou organisations internationales est régie par l'article 300 CE, § 2 et 3 (ex-article 228). Sous réserve des compétences reconnues à la Commission, les accords sont conclus par le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur

<sup>61</sup> Commission / Conseil, C 281/01, Rec. I, 12075

<sup>62</sup> Commission c/ Conseil, C 269/97, Rec. I, 2257.

<sup>63</sup> Allemagne c/ Parlement et Conseil, C 376/98, Rec. I, 8498

proposition de la Commission. Le Conseil statue à l'unanimité lorsque l'accord porte sur un domaine dans lequel l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes... Le Conseil conclut les accords après consultation du Parlement européen sauf pour les accords visés à l'article 133 (ex-article 113, § 3) y compris lorsque l'accord porte sur un domaine pour lequel la procédure visée à l'article 251 ou 252 est requise pour l'adoption de règles internes...

Le choix de la base juridique joue donc un rôle déterminant non seulement au niveau interne à la Communauté mais également lorsqu'il s'agit d'approuver les conventions internationales. Par un avis rendu le 6 décembre 2001<sup>64</sup>, la Cour relève que le choix de la base juridique appropriée revêt une importance de nature constitutionnelle. *"En effet, la Communauté ne disposant que de compétences d'attribution, elle doit rattacher le protocole à une disposition du traité qui l'habilite à l'effet d'approuver un tel acte. Le recours à une base juridique erronée est donc susceptible d'invalider l'acte de conclusion lui-même, et partant, de vicier le consentement de la Communauté à être lié par l'accord auquel cette dernière a souscrit. Tel est le cas notamment lorsque le traité ne confère pas à la Communauté une compétence suffisante pour ratifier l'accord dans son ensemble, ce qui revient à examiner la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres pour conclure l'accord envisagé avec des pays tiers, ou encore lorsque la base juridique appropriée dudit acte de conclusions prévoit une procédure législative différente de celle qui a effectivement été suivie par les institutions communautaires"*<sup>65</sup>.

**75.** Dans un arrêt du 30 janvier 2001<sup>66</sup>, la Cour avait également appliqué ces principes à la convention conclue en 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la base juridique applicable à la conclusion de l'accord était l'article 175, § 1, prévoyant la majorité qualifiée en vue de réaliser les objectifs de la politique communautaire dans le domaine de l'environnement précisé à l'article 174 ou au contraire l'article 175, § 2, prévoyant l'unanimité lorsque les mesures à adopter concernent la gestion des ressources hydrauliques.

La Cour a considéré que l'article 175, § 2, relatif à la gestion des ressources hydrauliques n'a pas pour but d'exclure toute mesure qui a trait à l'utilisation de l'eau par l'homme, de l'application de l'article 175, § 2. Elle distingue les mesures qui concernent la gestion de ressources limitées dans ses aspects quantitatifs de celles qui concernent l'amélioration et la protection de la qualité de ces ressources.

Elle a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent le but et le contenu de l'acte. Si l'examen d'un acte communautaire démontre qu'il poursuit une double finalité ou qu'il a une double composante et si l'une de celles-ci est identifiable comme principale ou prépondérante tandis que l'autre n'est qu'accessoire, l'acte doit être fondé sur une seule base juridique.

En l'espèce, la convention sur le Danube a principalement pour objet la protection et l'amélioration de la qualité des eaux et ne vise que de façon accessoire les utilisations de ces eaux et leur gestion dans ses aspects quantitatifs. Par conséquent, des règles communautaires internes seraient adoptées sur le fondement de l'article 175, § 1 du traité et donc à la majorité qualifiée et non pas à l'unanimité.

#### Chapitre 4. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité

---

<sup>64</sup> Avis 2/00 de la CJCE, 6 décembre 2001, Rec. I

<sup>65</sup> Arrêt cité, pt 5.

<sup>66</sup> aff. C 36/98, Espagne / Conseil, Rec. 2001, I, 810

**76.** Le principe de subsidiarité, apparu de façon limitée dans l'Acte unique, a été consacré de manière générale dans le Traité de l'Union européenne par l'article 3, 2ème paragraphe (devenu article 5).

Conformément à ce principe, applicable dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté *"n'intervient, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire."*<sup>67</sup>

**77.** Le principe de subsidiarité recouvre :

- l'octroi de la compétence à la Communauté pour mener l'action en cause (critère d'attribution)
- le déclenchement de l'action proprement dit (critère de la nécessité d'agir ou de la subsidiarité au sens strict;
- l'intensité de l'action (critère de la proportionnalité).

**78.** Le principe d'attribution et le principe de subsidiarité sont deux principes corrélatifs. Le principe d'attribution régit la répartition des compétences entre les Etats et l'Union ou la Communauté.

Cependant, deux correctifs ont été apportés au principe d'attribution : l'article 308 du traité (compétence subsidiaire) et la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les institutions communautaires sont habilitées à exercer non seulement les compétences qui leur sont expressément attribuées mais également celles qui sont nécessaires pour donner un effet utile ou connexe aux dispositions leur conférant une attribution explicite (compétence implicite).

## **Section 1. Le principe de subsidiarité**

### *1.1. L'introduction du principe en droit communautaire*

**79.** Ce principe a un caractère constitutionnel en ce sens qu'il préside à l'élaboration du droit communautaire. Il a été introduit dans le droit communautaire de la manière suivante:

a) Avant le traité sur l'Union européenne :

---

<sup>67</sup> Ce principe était déjà expressément défini à l'article 12 du traité "Spinelli" sur l'Union européenne de 1984, adopté par le Parlement européen, le 14-2-1984 (JOCE, n°C 77 du 19 mars 1984, p. 33). Ce principe était déjà implicitement présent dans le Traité CECA, en particulier dans les articles 5 et 57, ainsi que dans l'Acte Unique européen à l'article 130R §4. Selon certains auteurs, l'article 235 du Traité CEE serait également une expression de ce principe (v. en ce sens CONSTANTINESCO, "Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?", in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS, p. 36; KAPTEYN, "Community law and the principle of subsidiarity", R.A.E., 1991, p. 38.). Il semble que cet article requiert plutôt, comme condition intrinsèque de son application, le constat préalable de la nécessité de renforcer l'action communautaire. La Cour a fait implicitement application de ce principe à travers la règle de la reconnaissance mutuelle (en ce sens, MATTERA, " Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes", RMUE 1992, p. 7 et s).

- l'ancien article 130 R, § 4 en matière d'environnement, introduit par l'Acte Unique européen: "la Communauté agit dans la mesure où les objectifs de préservation, protection et amélioration de la qualité de l'environnement, contribution à la protection de la santé des personnes, utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres".

Avant même l'insertion dans le droit communautaire de cette règle en matière d'environnement, les auteurs du traité avaient pris en compte la subsidiarité tant dans le choix des actions menées en commun, c'est-à-dire lors de la définition des compétences que dans celui des techniques de mise en œuvre :

- voir par exemple, la politique commerciale commune et la politique agricole commune nécessaires à la réalisation d'une union douanière et donc témoignent d'une compétence exclusive;

- voir également l'établissement d'un marché intérieur qui s'obtient notamment pas le rapprochement des réglementations nationales divergentes à forte incidence transnationale et donc par une action en commun, les mesures communautaires reposant toutefois sur la technique de la reconnaissance mutuelle préservant les spécificités nationales (ainsi, par exemple, la directive 89/48 relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes d'enseignement supérieur ne retient plus une approche sectorielle mais une approche horizontale reposant sur l'idée de comparabilité des formations);

- voir encore la sécurité sociale du travailleur migrant tendant à coordonner les régimes nationaux mais en conservant les spécificités nationales. Même s'il y a une certaine harmonisation, il s'agit de régler les rapports entre les systèmes nationaux de sécurité sociale en donnant effet à quelques principes essentiels pour garantir la protection des travailleurs;

- la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux repose également sur le principe de subsidiarité;

- la politique de concurrence est encore un exemple de subsidiarité puisqu'elle s'applique aux seules situations affectant le commerce entre Etats membres, la Commission n'intervenant que lorsque l'intérêt communautaire est en jeu;

- la jurisprudence de la Cour de justice témoigne également de la subsidiarité : voir l'arrêt Cassis de Dijon consacrant l'équivalence des réglementations et la reconnaissance mutuelle, principes qui constituent une expression concrète de l'approche subsidiaire de l'action communautaire, l'harmonisation des réglementations nationales devant limitée;

- l'arrêt Keck et Mithouard met en œuvre le principe de subsidiarité puisque la libre circulation des marchandises pourra s'accommoder de l'existence de disparités nationales touchant aux modalités de vente;

- l'arrêt Cassis de Dijon a été transposé en matière de libre prestation des services et le droit d'établissement et le principe de subsidiarité est donc implicitement applicable dans la jurisprudence relative à ces matières également.

b) Le traité sur l'Union européenne ("T.U.E.")

Le principe constitutionnel de subsidiarité est posé à l'article 3, §2 du traité de la CE mais de nombreuses autres références à la subsidiarité sont comprises dans le traité :

- dans les dispositions communes :

- le préambule, 12<sup>ème</sup> phrase;
- l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> du T.U.E.;
- l'article 2, alinéa 2 du T.U.E.;
- article 6, § 3 du T.U.E..

Certaines dispositions du traité de la CE concrétisent le principe de subsidiarité :

- la création du Comité des Régions (articles 263 à 265 du traité CE);
- les dispositions limitant l'action communautaire à des actions d'encouragement à l'exclusion de toute harmonisation (article 149, § 4 du traité CE pour l'éducation, article 151, § 5 du traité CE pour la culture, article 152, § 4, c) pour la santé publique).

D'autres dispositions du traité CE énoncent le critère de nécessité à prendre en considération par la Communauté avant de décider d'une action :

- l'article 155, § 1 concernant l'interopérabilité des réseaux transeuropéens;
- l'article 157, § 2 concernant la coordination des actions nationales pour assurer la compétitivité de l'industrie;
- l'article 159, alinéa 3 prévoyant des actions spécifiques pour renforcer la cohésion économique et sociale.

Enfin, d'autres dispositions prévoient que les mesures adoptées à l'échelle communautaire appuient et complètent la politique menée par les Etats membres :

- l'article 153, § 3, b) pour la protection des consommateurs et l'article 177, alinéa 1<sup>er</sup> relatif à la coopération au développement.

### *1.2. L'application du principe aux compétences non exclusives de la Communauté*

**80.** Conformément à l'article 5, § 2, le principe de subsidiarité ne s'applique que dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté.

Ainsi qu'il a été exposé précédemment, la compétence exclusive de la Communauté peut être une compétence par nature ou une compétence par exercice. La compétence de la Communauté est exclusive par nature lorsque le Traité lui-même exclut la compétence des Etats membres et lorsque le Traité établit des principes fondamentaux de droit communautaire ayant un effet direct.

A côté de cette compétence exclusive par nature, il existe une compétence exclusive par exercice suivant l'étendue des mesures prises par les institutions communautaires pour l'application de dispositions du Traité et qui sont de nature à priver les Etats membres d'une compétence qu'ils pouvaient exercer auparavant.

Il convient de rappeler que l'ampleur de l'exclusivité résultant des dispositions du Traité revêtues d'un effet direct peut être précisée par la Cour de justice et que tel a été le cas dans l'arrêt Keck et Mithouard. Depuis cet arrêt, la compétence de la Communauté dans le domaine des modalités de vente n'est plus exclusive et les Etats membres ont à

nouveau une compétence résiduaire en matière de réglementation commerciale relative aux modalités de vente<sup>68</sup>.

### 1.3. *L'ambiguïté du principe*

**81.** L'interprétation du principe de subsidiarité soulève de nombreuses interrogations liées à l'ambiguïté de sa définition qui n'est pas strictement juridique mais qui a des contours politiques, aux incertitudes de son champ d'application et aux incidences qu'il peut avoir sur le processus d'intégration européenne.

Selon une première analyse littérale de l'article 5, § 2, la Communauté n'intervient que si les Etats membres ne peuvent agir " *de manière suffisante*" et que si les objectifs peuvent être "*mieux réalisés*" au niveau communautaire. Une double condition est posée à son intervention<sup>69</sup>.

**82.** Par une communication, du 27 octobre 1992, la Commission a exposé, avec une réelle prudence, son interprétation du principe de subsidiarité<sup>70</sup>. A son sens, "*la Communauté ne doit intervenir que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres. Il y a donc lieu d'examiner si les Etats membres disposent d'autres moyens, par exemple, un texte législatif, des instructions administratives ou un code de conduite, permettant d'atteindre les objectifs de manière suffisante. C'est le test "d'efficacité comparative" entre l'action communautaire et celle des Etats membres"*.<sup>71</sup> Toutefois, affirmait-elle, ce principe implique également "*pour les institutions communautaires et plus spécialement pour la Commission, l'application d'un simple principe de bon sens, en vertu duquel, dans l'exercice de ses compétences, la Communauté ne devrait faire que ce qui peut être mieux réalisé à ce niveau*"<sup>72</sup>.

Ces différentes considérations laissent transparaître l'ambiguïté, déjà décelée dans la définition de la subsidiarité<sup>73</sup>.

Le respect de la subsidiarité signifie que la Communauté doit choisir à efficacité égale le mode d'action communautaire qui laisse le plus de liberté aux Etats<sup>74</sup>. Toute intervention législative devrait, à son sens, être motivée par "*l'étendue du besoin d'uniformité au regard de l'objectif à atteindre et en particulier les exigences de non-discrimination et de sécurité juridique et, le cas échéant, le degré de complexité*

---

<sup>68</sup> voir pour plus de détails à ce sujet, K. Lenaerts et P. van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte, CDE 1994, pp. 1 et suiv.

<sup>69</sup> En ce sens, DOUTRIAUX, Le Traité sur l'Union européenne, p.107; DURAND, op. cit., p. 433.

<sup>70</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, précitée

<sup>71</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, précitée, p. 2.

<sup>72</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, précitée, p. 1.

<sup>73</sup> V. ci-dessus, n°. 95 et 96

<sup>74</sup> Une telle considération participe davantage du principe de proportionnalité que de subsidiarité.

*technique de la matière en cause (...)"<sup>75</sup>. Dans cette perspective, elle s'est dès lors engagée à ce que chaque proposition d'ordre législatif comporte une motivation visant à justifier celle-ci du point de vue de la subsidiarité.*

Dans son programme de travail 1993-1994<sup>76</sup>, la Commission donnait une interprétation encore plus généreuse de ce principe : *"Les mesures à entreprendre devront être appréciées au vu de ce qui résulterait de la simple abstention ou des dispositions susceptibles d'être prises à d'autres niveaux"<sup>77</sup>.*

Dans son rapport sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne du 10 mai 1995<sup>78</sup>, la Commission souligna avec plus d'audace, cette fois, qu'il importait de rendre à ce principe sa pleine signification politique : *"trop souvent, la subsidiarité, mise en avant pour des motifs particuliers ou de courte portée, a été vue comme un moyen d'affaiblir l'Union. Or, la subsidiarité s'applique aussi de manière positive pour justifier les actions qui sont mieux entreprises collectivement qu'isolément."<sup>79</sup>*

**83.** Selon la Présidence britannique du Conseil européen d'Edimbourg tenu en décembre 1992, il importe de vérifier:

- si des aspects transnationaux sont présents et requièrent une démarche différente, l'action des Etats étant insuffisante;
- si l'existence d'une action limitée au niveau national ou une absence d'action de la Communauté est contraire aux exigences du Traité, eu égard à la nécessité d'éliminer des distorsions de concurrence ou des restrictions aux échanges ainsi que de renforcer la cohésion économique et sociale;
- si une action menée au niveau communautaire présente des avantages manifestes, eu égard aux dimensions ou aux effets de celle-ci par rapport à une action au niveau des Etats membres.

Ainsi, il convient d'agir là où l'action est nécessaire pour atteindre les objectifs visés et se révèle plus efficace que celle des Etats membres, sans que soit clairement tranchée la question si l'action communautaire présuppose une insuffisance préalable des Etats membres. L'appréciation de la nécessité est sans doute plus délicate à formuler que celle de l'efficacité. Si ce premier critère de "la nécessité relève plus de l'opportunité d'agir, celui de l'"efficacité" peut être apprécié de façon plus objective, en prenant en considération des éléments économiques, techniques, sociaux, culturels, de nature juridique, sans qu'ils constituent isolément de véritables conditions à l'intervention. Seront par exemple, pris en compte les effets transnationaux de l'action ou encore son impact sur le marché intra-communautaire, compte tenu des objectifs d'intégration.

---

<sup>75</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, "Le principe de subsidiarité", *op. cit.*, p. 14.

<sup>76</sup>CCE, Programme de travail de la Commission 1993-1994, du 26 janvier 1993, SEC (93) 58 final.

<sup>77</sup> idem, p. 3

<sup>78</sup> CCE, Rapport sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne, Bruxelles, le 10-5-1995, SEC (95), 731 final, RTDE 1995, p. 624.

<sup>79</sup> Application du principe de subsidiarité, réponse de la Commission à la note transmise par le représentant permanent de l'Allemagne au secrétaire général de la Commission le 16-11-1993, Doc. C (94) 1251 final du 10.06.1994

**84.** Le Traité d'Amsterdam comprend un protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>80</sup> reprenant l'essentiel des conclusions du Conseil européen d'Edimbourg de 1992. Dans ce protocole, les auteurs du nouveau Traité lient directement le principe de subsidiarité au principe de proportionnalité. L'application de ces principes respecte les dispositions générales et les objectifs du Traité notamment en ce qui concerne le maintien intégral de l'acquis communautaire et de l'équilibre institutionnel. Pour toute proposition de texte législatif, il faut justifier la conformité aux deux principes.

Pour déterminer si les objectifs d'une action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l'action des Etats membres et peuvent être mieux réalisés par l'action de la Communauté, il convient de suivre les lignes directrices suivantes :

- la question examinée a des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par l'action des Etats membres;
- une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté serait contraire aux exigences du Traité ou léserait grandement les intérêts des Etats membres;
- une action menée au niveau communautaire présenterait des avantages manifestes en raison de ses dimensions ou de ses effets par rapport à une action au niveau des Etats membres<sup>81</sup>.

La forme de l'action communautaire doit être aussi simple que possible, la préférence étant donnée à des directives plutôt qu'à des règlements et à des directives cadres plutôt qu'à des mesures détaillées<sup>82</sup>.

Le protocole précise que dans le cas où l'application du principe de subsidiarité amène à renoncer à une action de la Communauté, les Etats membres sont tenus de conformer leur action à l'article 10 du Traité, principe constitutionnel de droit communautaire établissant une obligation de loyauté fédérale à charge des Etats membres<sup>83</sup>.

Enfin, différents conseils sont donnés à la Commission pour l'application du principe de subsidiarité. Elle est également invitée à présenter chaque année au Conseil européen, au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de l'article 5 du Traité, rapport annuel transmis au Comité des régions et au Comité économique et social.

**85.** La Commission a interprété largement les compétences exclusives de la Communauté. Le principe de subsidiarité doit en effet être mis en perspective avec l'acquis communautaire, l'équilibre institutionnel et les dispositions générales du traité.

Même quand la Communauté n'a pas de compétence exclusive, certains objectifs essentiels du traité, tels que le renforcement de la cohésion économique et sociale, s'accommodent mal d'une application trop stricte du principe de subsidiarité.

---

<sup>80</sup> Traité d'Amsterdam, JOCE n° C 340 du 10 novembre 1997, p. 105

<sup>81</sup> Protocole, cité, pt 5.

<sup>82</sup> Protocole, cité, pt 6.

<sup>83</sup> Protocole, cité, pt 8.

**86.** La Commission a mis au point une liste de questions afin de s'assurer que l'initiative répond aux exigences du principe de subsidiarité :

- quels sont les objectifs de l'action envisagée ?
- l'action envisagée relève-t-elle d'une compétence exclusive de la Communauté ou d'une compétence partagée ?
- quelle est la dimension communautaire du problème ?
- quelle est la solution la plus efficace par comparaison entre les moyens de la Communauté et ceux des Etats membres ?
- quelle est la plus-value concrète de l'action envisagée ?
- quelles modalités d'action sont à disposition de la Communauté ?
- une réglementation uniforme est-elle nécessaire ou suffit-il d'une directive posant des objectifs généraux en renvoyant l'exécution aux Etats membres ?

La Commission a également veillé à cibler davantage ses initiatives et à réduire le nombre de ses propositions tout en rendant les livres verts et les livres blancs plus homogènes, plus ciblés, ceux-ci étant désormais disponibles sur Internet.

#### *1.4. Le contrôle de la Cour de justice*

**87.** Le principe de subsidiarité ne saurait toutefois être considéré comme ayant un effet direct. Son interprétation et la vérification de la conformité à ce principe sont soumises au contrôle de la Cour de justice<sup>84</sup>. L'exercice de ce contrôle n'est guère aisé. Dans un premier temps, il appartient à la Cour de préciser la distinction entre les compétences exclusives et les compétences concurrentes. Elle doit ensuite examiner si la base juridique de l'intervention comporte des indications quant au niveau de prise de décision. Enfin, elle doit constater l'existence de motifs justifiant l'intervention.

La Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer à quelques reprises sur l'application du principe de subsidiarité et dans son examen, elle a également examiné l'application du principe de proportionnalité<sup>8586</sup>.

**88.** Dans un premier arrêt rendu du 12 novembre 1996, la Cour constate que l'article 118 A (devenu article 138 mais après modification du texte), base juridique de la directive contestée, charge le Conseil d'adopter des prescriptions minimales en vue de contribuer par la voie de l'harmonisation, à la réalisation de l'objectif d'élévation du niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qui incombe en premier lieu aux Etats membres. La Cour considère dès lors que le Conseil a constaté la nécessité d'améliorer le niveau existant de la sécurité et de la santé des travailleurs et d'harmoniser les conditions existantes dans ce domaine, la réalisation d'un tel objectif par voie de prescription minimale suppose nécessairement une action d'envergure communautaire qui du reste laisse, comme en l'occurrence, dans une large mesure aux Etats membres le soin de prendre les modalités d'application nécessaires<sup>87</sup>.

Enfin, se prononçant sur le contrôle juridictionnel des conditions précitées, la Cour reconnaît au Conseil un large pouvoir d'appréciation dans un domaine qui implique des choix de politique sociale et des appréciations complexes. Le contrôle juridictionnel de l'exercice d'une telle compétence doit pour la Cour se limiter à examiner s'il n'est pas

---

<sup>84</sup> L'absence d'effet direct a été rappelé par la Présidence britannique du Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992 concernant le principe de subsidiarité, *op. cit.*, p. 21, point 2 ii).

<sup>85</sup> Aff.C 104/94, Royaume-Uni / Conseil, Rec. I, 5793

<sup>86</sup> Point 46 de l'arrêt

<sup>87</sup> Point 47 de l'arrêt

entaché d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si l'institution concernée n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation<sup>88</sup>.

**89.** Dans un second arrêt rendu le 13 mai 1997 à propos de la directive relative au système de garantie des dépôts<sup>89</sup>, la Cour a estimé que le législateur communautaire avait bien vérifié que l'objectif poursuivi ne pouvait pas être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et a indiqué les raisons pour lesquelles une action communautaire s'imposait.

L'absence de référence au principe de subsidiarité ou à l'article 5 du Traité ne constitue pas une violation de l'obligation de motivation dès lors que l'adoption de l'acte communautaire est dûment justifiée dans la logique de la subsidiarité<sup>90</sup>.

Comme on le voit, il résulte de ces deux arrêts de la Cour de justice que le contrôle exercé par la Cour est marginal et que la Cour ne sera amenée à censurer le choix du législateur qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation ou en cas de disproportion manifeste entre les avantages prévus et les inconvénients résultant de la réglementation. Dans son appréciation du principe de subsidiarité, la Cour n'exige pas du législateur communautaire qu'il se réfère de manière explicite au principe dès lors que l'adoption de l'acte communautaire est dûment justifiée dans la logique de la subsidiarité.

**90.** Dans un arrêt plus récent du 9 octobre 2001<sup>91</sup> relatif à la directive 98/44 sur la protection juridique des inventions biotechnologiques, la Cour de justice a également rejeté la méconnaissance du principe de subsidiarité, l'un des moyens d'annulation soulevé.

Après avoir rappelé le texte de l'article 5, elle a considéré que l'objectif recherché par la directive, consistant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en prévenant des divergences entre les législations des différents Etats membres dans le domaine de la protection des inventions biotechnologiques, n'aurait pas pu être atteint par une action entreprise au niveau des seuls Etats membres; l'étendue de cette protection ayant des effets immédiats sur le commerce, l'objectif en question pouvait, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire.

Quant à la motivation, la Cour constate que les considérants de la directive justifient implicitement le respect de la subsidiarité puisqu'ils constatent qu'en l'absence d'une intervention communautaire, l'évolution des législations fait obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Dès lors, la directive est suffisamment motivée sur ce point.

Ainsi, la Cour confirme qu'il ne faut pas une motivation explicite du principe de subsidiarité.

Par ailleurs, elle prend en considération la nécessité de l'action envisagée, le critère n'étant pas celui de l'efficacité maximale mais celui d'une insuffisance d'action sur le plan

---

<sup>88</sup> Point 58 de l'arrêt.

<sup>89</sup> arrêt du 13 mai 1997, aff. C 233/94, RFA / Parlement européen et Conseil, Rec. I, 2441.

<sup>90</sup> points 22 à 28 de l'arrêt

<sup>91</sup> Aff. C 377/98, Pays-Bas soutenus par Italie, Norvège/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, soutenus par la Commission des Communautés européennes, Rec. I, 7149

national et des avantages manifestes que présenteraient une action menée au niveau communautaire par rapport à celle possible au niveau national.

**91.** Signalons également que dans l'affaire relative à l'annulation de la directive 98/43 sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac, le non respect du principe de subsidiarité avait été invoqué par la partie requérante et la question débattue par les différentes autres parties.

Le gouvernement allemand et les entreprises estimaient que les procédures d'évaluation de la dimension ou des effets des disparités entre les règles nationales telles qu'exposées par les lignes directrices du sommet d'Edimbourg de 1992 n'avaient pas été suivies. La réglementation de la publicité en faveur du tabac au simple niveau national aurait été suffisante et meilleure que l'interdiction totale et globale par la directive, surtout dans la mesure où les marchés de la publicité en faveur du tabac n'ont pas un aspect transnational notable.

Le Parlement européen estimait quant à lui que le rapprochement des législations sur le fondement de la base juridique de l'article 95 relève de la compétence exclusive de la Communauté et qu'il n'y a donc pas lieu d'analyser le principe de subsidiarité.

A titre subsidiaire, il soutenait que le caractère transnational de la publicité pour le tabac supposait que les Etats ne pouvaient pas réaliser de manière suffisante les objectifs de la directive, à savoir l'élimination des obstacles aux échanges ainsi que les distorsions de concurrence.

Le Conseil avait adopté une autre ligne de défense : le fait que les Etats conservent une certaine compétence notamment dans les domaines auxquels la directive ne s'applique pas et leur possibilité d'adopter des exigences plus strictes si ces dernières sont nécessaires pour la protection de la santé, impliquait qu'il n'y ait pas violation du principe de subsidiarité.

La Commission avait encore adopté une ligne de défense différente puisqu'elle considérait qu'un acte communautaire fondé sur une base juridique relevant de l'harmonisation des législations nationales est conforme, par sa nature même, aux conditions énoncées par l'article 5 du traité.

A titre subsidiaire, les entreprises et le gouvernement allemand soutenaient que la directive violait le principe de proportionnalité dans la mesure où elle allait au-delà de ce qui était nécessaire pour résoudre le problème posé et produisait des effets contre-productifs en érigeant de nouvelles barrières aux échanges dans le secteur du tabac. Elle était disproportionnée au regard des motifs de santé publique et dans la limitation apportée à la liberté d'expression.

La Cour n'a examiné aucun de ces moyens, une fois le moyen tiré du caractère erroné du choix de la base juridique considéré comme fondé.

**92.** Dans un arrêt du 10 décembre 2002 rendu à propos de la directive sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac, la Cour va se prononcer de manière plus complète sur les conditions d'application du principe de subsidiarité<sup>92</sup>. La Cour rappelle le texte de l'article 5 et le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elle indique ensuite à titre liminaire, répondant par là à l'argumentation développée par le Parlement européen dans le cadre du recours en

---

<sup>92</sup> C.J.C.E. 10 décembre 2002, *British American Tobacco & Imperial Tobacc*, C 491/01, Rec. I, 11550

annulation de la directive sur la publicité du tabac, que le principe de subsidiarité s'applique lorsque le législateur communautaire recourt à l'article 95 du traité CE, dans la mesure où cette disposition ne lui donne pas une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur mais seulement une compétence en vue d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci, par l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ou la suppression des distorsions de concurrence.

La Cour examine ensuite si l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire. Elle constate que la directive a pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences qui subsistent encore entre les dispositions des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, tout en assurant un niveau de protection élevé en matière de santé. Un tel objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls Etats membres et suppose une action au niveau communautaire comme le démontre l'évolution hétérogène des législations nationales en l'espèce.

En second lieu, la Cour constate que l'intensité de l'action entreprise par la Communauté en l'espèce a respecté les exigences du principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser.

La lecture de cet arrêt montre que la Cour exerce en l'espèce un contrôle plus que simplement marginal sur le choix du législateur communautaire. Elle apporte une précision intéressante quant à la compétence donnée à la Communauté par l'article 95 : il s'agit d'une compétence non exclusive qui tombe donc dans le champ d'application du principe de subsidiarité. Enfin, comme dans ses autres arrêts, elle examine le respect du principe de proportionnalité tout comme celui du principe de subsidiarité.

#### 1.5. *Le choix de l'instrument*

**93.** L'application de la subsidiarité soulève la question du choix de l'instrument nécessaire à l'action de la Communauté.

Dans le protocole du traité d'Amsterdam sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, il est prévu que la forme de l'action communautaire est aussi simple que le permettent la réalisation adéquate de l'objectif de la mesure et la nécessité d'une exécution efficace. La Commission ne doit légiférer que dans la mesure nécessaire et il faut donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements et à des directives cadres plutôt qu'à des mesures détaillées<sup>93</sup>.

La Commission avait également considéré que le législateur communautaire devait favoriser la directive, dans sa conception originelle, qui se borne à imposer une obligation de résultat, mais qui laisse aux Etats le choix des moyens. Dans cette perspective, elle recommanda également de recourir aux techniques de normes minimales et de reconnaissance mutuelle, l'usage du règlement devant rester l'exception, "*dûment motivée par d'impérieuses nécessités de règles uniformes*"<sup>94</sup>. Dans le même esprit, elle rappela

---

<sup>93</sup> Protocole, cité, pt 6.

<sup>94</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 27 octobre 1992, "Le principe de subsidiarité", *op. cit.*, p. 15.

la nécessité d'établir une véritable hiérarchie des normes<sup>95</sup> ainsi que celle d'introduire un nouvel acte, la loi-cadre. Cette hiérarchie des normes sera établie par le projet de Constitution européenne (articles 32 à 38).

Si ces considérations peuvent être suivies, encore ne faut-il pas omettre qu'en vertu du principe d'attribution des compétences, l'action de la Communauté se fondera nécessairement sur une ou plusieurs dispositions particulières du Traité. Ces dernières indiquent fréquemment la forme des mesures devant être adoptées.

En outre, la directive peut comporter certaines difficultés sous l'angle de la transparence et du contrôle. Le rapport Sutherland préconisait d'utiliser, dans une première phase, la directive et, dans une seconde, le règlement.

Dans le domaine du droit d'auteur, la Commission dispose, dans l'application de l'article 95 d'une liberté d'action puisque cette disposition se borne à faire référence aux "mesures" relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres.

C'est le cas également dans le domaine de la protection des consommateurs puisque l'article 153 autorise la Communauté à adopter des "mesures" telles que prévues à l'article 95.

De façon complémentaire au principe de subsidiarité, le traité consacre en termes généraux le principe de proportionnalité applicable - rappelons-le - tant aux compétences exclusives qu'aux compétences concurrentes.

## Section 2. Le principe de proportionnalité

94. L'article 5, § 3 précise que l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité. Il s'agit en l'occurrence d'un principe de bon sens, expression d'une jurisprudence constante<sup>96</sup> et considéré comme un principe de droit administratif communautaire, selon laquelle les mesures adoptées doivent être proportionnelles ou "nécessaires" à la réalisation des objectifs visés.

---

<sup>95</sup> Notons qu'une déclaration annexée au Traité de Maastricht prévoit que "la Conférence intergouvernementale qui sera convoquée en 1996 examinera dans quelle mesure il sera possible de revoir la classification des actes communautaires en vue d'établir une hiérarchie appropriée entre les différentes catégories de normes".

<sup>96</sup> V. notamment les décisions suivantes, CJCE 11-10-1990 Nespoli, Rec. 1990, p. 3647; CJCE 13-11-1990 Fedesa; CJCE 26-2-1991 aff. 154/89; CJCE 8-4-1992 aff. 62/90; CJCE 26-6-1990 Vincenzo Zardi et Consorzio Agrario Provinciale di Ferrara, aff. 8/89 CJCE 27-6-1990 Firma Otto Lingenfelder et République Fédérale d'Allemagne aff. 118/89 CJCE 28-6-1990 Firma Hoche et Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung aff. 174/89 CJCE 10-7-1990 Anklagmyndighedelen et Hansen Son aff. 326/88 CJCE 12-6-1990 CCE c. contre République Italienne aff. 128/89 CJCE 12-7-1990 Etat belge et Philipp Broters aff. 155/89. Pour un exposé de ce principe, MATTERA, Le marché unique européen, p. 596 et s.; VAN GERVEN, "principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux, J.T. 1992, p. 305; MATTERA, "La jurisprudence de la Cour de Justice et du tribunal de première instance. Les principes de "proportionnalité" et de la "reconnaissance mutuelle" dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt "Thieffry" aux arrêts "Vlassopoulou", RMUE 1991, p. 191

En vertu de ce principe, lorsque plusieurs modes d'actions sont possibles, les institutions doivent choisir la moins dommageable et la moins contraignante à l'égard du sujet de droit. Ce principe se distingue de celui de la subsidiarité par un champ d'application plus étendu et notamment au domaine des compétences exclusives.

Les arrêts précités relatifs à l'application du principe de subsidiarité ont également traité du principe de proportionnalité. Il ressort de cette jurisprudence que le respect du principe de proportionnalité n'exige pas du législateur communautaire qu'il tienne compte du plus petit dénominateur commun, voire le niveau de protection le plus bas établi par les différents Etats membres.

Citons encore à titre exemplatif l'arrêt rendu le 10 décembre 2002 par la Cour à propos de la directive sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac<sup>97</sup>. La Cour rappelle que le principe de proportionnalité fait partie des principes généraux du droit communautaire et exige que les moyens mis en œuvre par une disposition communautaire soient aptes à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Quant au contrôle juridictionnel, la Cour souligne qu'il convient de reconnaître au législateur communautaire un large pouvoir d'appréciation dans des domaines qui impliquent des choix de nature politique, économique et sociale et dans lesquels il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée dans un tel domaine par rapport à l'objectif poursuivi peut affecter la légalité d'une telle mesure.

## TITRE IV. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES ET LES PROCEDURES DE RAPPROCHEMENT DES LEGISLATIONS

### Chapitre 1 : Les instruments juridiques de rapprochement des législations

#### **Section 1. Introduction**

**95.** L'article 249 du traité énumère les actes juridiques que peuvent édicter le Parlement européen, le Conseil et la Commission pour l'accomplissement de leurs missions respectives "*dans les conditions prévues au traité*".

Cette référence à la mission des institutions communautaires souligne la spécialité des habilitations établies par le traité et le pouvoir d'attribution de la Communauté. Un

---

<sup>97</sup> C.J.C.E. 10 décembre 2002, C 491/01, British American Tobacco & Imperial Tobacco, Rec. I, 11550

pouvoir normatif n'est accordé aux institutions que dans la mesure requise par la réalisation des objectifs de la Communauté.

Par ailleurs, la référence aux conditions prévues au traité réaffirme le principe de la subordination des actes de droit dérivé aux dispositions du traité, non seulement le traité dans son ensemble et en particulier, les principes fondamentaux d'application générale mais encore par rapport aux dispositions d'habilitation.

**96.** La référence aux conditions prévues par le traité n'exclut pas que certains actes soient pris sur base, non pas du traité, mais d'un acte de droit dérivé tel un règlement ou une directive du Conseil.

**97.** Lorsque la ou les dispositions formant la base juridique de l'acte précisent la forme d'acte à prendre par les institutions, celles-ci doivent en principe recourir à l'instrument juridique précisé.

Si au contraire, la base juridique pertinente ne précise pas la forme d'acte à adopter, l'institution appelée à agir peut avoir recours à l'acte qui lui paraît le plus conforme à la portée et au contenu des mesures envisagées. C'est donc le contenu matériel de l'acte plutôt que sa désignation formelle qui détermine sa nature juridique.

**98.** Les actes juridiques énumérés à l'article 249 du traité sont caractérisés par deux critères, d'une part les destinataires de l'acte en cause et d'autre part, leurs effets juridiques.

Ces critères sont essentiels et ils vont déterminer la véritable nature de l'acte quelle que soit la dénomination de celui-ci. L'article 230 du traité relatif au recours en annulation prévoit d'ailleurs que toute personne physique ou morale peut former un recours en annulation non seulement contre les décisions dont elle est le destinataire, mais encore contre les décisions qui bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concerne directement et individuellement.

Conformément à une jurisprudence constante, la Cour de justice a contrôlé la légalité de tous les actes juridiques pris par les institutions, dès que ceux-ci traduisent des effets juridiques et ce, quelle que soit la dénomination de l'acte<sup>98</sup>.

## **Section 2. Le règlement**

**99.** Selon l'article 249, alinéa 2, le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable de tout Etat membre.

Un acte juridique a une portée générale dès lors qu'il contient des règles générales et abstraites et que ses effets juridiques s'étendent à un groupe indéterminé de personnes et de faits définis d'une manière abstraite.

Un règlement aura néanmoins une portée générale même s'il est possible de déterminer le nombre, voire l'identité des sujets de droit auquel il s'applique, à condition que son application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait.

**100.** Le caractère obligatoire du règlement signifie qu'il engendre des droits et des obligations à l'égard de ses destinataires. Le règlement est obligatoire dans tous ses éléments tandis que la directive n'est obligatoire que quant au but poursuivi.

---

<sup>98</sup> Voir par exemple, arrêt du 31 mars 1971, AETR, Rec. 1971, p.265

Le caractère obligatoire du règlement a encore pour conséquence que les Etats membres ne peuvent pas :

- appliquer un règlement de façon sélective ou octroyer des exemptions à son application;
- ou encore, invoquer des difficultés d'ordre interne pour tenter de justifier le non respect d'un règlement.

**101.** Les règlements sont directement applicables, ce qui signifie pour la Cour de justice qu'ils déploient la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité, sans interposition du pouvoir normatif national<sup>99</sup>.

Par conséquent, les Etats membres ne peuvent prendre aucune modalité d'exécution susceptible de faire obstacle à l'applicabilité directe des règlements ou encore suspendre la naissance des droits individuels à des mesures d'application du règlement<sup>100</sup>.

**102.** C'est ainsi que même des dispositions de rang constitutionnel, notamment les dispositions budgétaires, ne peuvent faire obstacle au droit qu'un particulier tire de l'applicabilité d'un règlement communautaire<sup>101</sup>.

Cette applicabilité des règlements est une applicabilité directe à la fois verticale et horizontale, les règlements produisant leurs effets directs également en faveur des particuliers.

**103.** Le règlement n'est pas en principe approprié à l'harmonisation des réglementations nationales puisque son effet normal est de substituer une norme communautaire unique à des normes divergentes de droit interne.

Il n'est donc utilisé que dans la mesure où l'unification normative est recherchée de manière à éliminer tout risque de divergence ou toute difficulté née de la limitation du champ territorial d'application des normes nationales harmonisées pour autant que des dispositions du traité prévoient ou autorisent l'utilisation du règlement.

L'instrument juridique qu'est le règlement présente l'avantage d'éliminer toute divergence dans l'obligation ou l'interprétation de la norme communautaire tout en assurant son application simultanée dans tous les Etats membres.

### **Section 3. La directive**

**104.** La directive avait été considérée par les rédacteurs du traité originaire comme l'instrument habituel de rapprochement des législations, seul instrument prévu par l'article 100 du traité.

La directive a comme caractéristique de respecter le caractère national des régimes juridiques et des réglementations des Etats membres tout en imposant l'adaptation de ceux-ci à la réalisation d'un objectif commun qu'elle définit.

---

<sup>99</sup> CJ, 9 mars 1978, aff. 106/77, Simenthal, Rec. 1978, p.629

<sup>100</sup> CJ, arrêt du 17 mai 1972, aff. 93/71, Leonasio, Rec. 1972, p.287

<sup>101</sup> Arrêt Leonasio, cité

**105.** L'article 249 du traité dispose que la directive est un instrument juridique de nature contraignante qui n'est obligatoire que pour le ou les Etats membres auxquels elle est destinée.

Elle constitue à la fois un instrument communautaire d'élaboration d'un droit national harmonisé puisqu'elle n'affecte pas le caractère national des règles qu'elle tend à harmoniser et un instrument indirect de création de droit communautaire puisque le droit matériel qui en résulte est défini au niveau de la Communauté.

**106.** Le fait que les directives ne comportent d'effet obligatoire qu'à l'égard des Etats membres caractérise la directive mais ne la différencie pas pour autant de tous les autres actes mentionnés par l'article 249. La pratique communautaire offre, en effet, des exemples de règlements comprenant des dispositions qui ne comportent d'obligations que pour les Etats membres ainsi que de décisions ayant les Etats membres ou certains d'entre eux pour destinataires. Ainsi, il est fréquent que des obligations destinées aux seuls Etats membres soient définies non dans le cadre d'une directive mais dans celui d'une décision. En principe, une décision adressée aux seuls Etats membres ne doit comporter que des mesures d'application au niveau communautaire, comparables aux actes administratifs de droit interne, et dont l'exécution incombe aux Etats en leur qualité de membres de la Communauté et des signataires du traité.

Ce principe ne doit pas être interprété de manière trop absolue. Il serait contraire au traité d'adresser aux Etats membres une décision leur enjoignant de créer ou de modifier substantiellement les mesures de droit interne. mais ceci n'exclut pas que des injonctions, des autorisations ou des interdictions établies par des décisions adressées aux Etats membres aient pour conséquence de les contraindre à modifier des règles de droit interne devenues incompatibles avec l'exécution du traité.

La pratique communautaire montre que les institutions ont respecté cette différence fonctionnelle entre les décisions adressées aux Etats et les directives. De façon générale, les décisions adressées aux Etats membres ont pour objet de réaliser soit des mesures de tutelle administrative, soit des procédures d'information ou de consultation, soit encore la programmation d'actions communautaires à entreprendre.

**107.** La directive lie les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre et ne crée donc à leur charge qu'une obligation de résultat. Elle laisse aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens à mettre en œuvre pour parvenir au résultat recherché. Mais, la pratique communautaire qui a fait un usage intensif de la directive dans le rapprochement des législations, a montré le peu de précision qui permet de distinguer le résultat à atteindre des moyens à utiliser.

Les directives sont devenues de plus en plus précises, allant parfois jusqu'à spécifier dans le détail les modalités de la matière traitée en ne laissant aux Etats membres destinataires d'autre issue que de transposer purement et simplement la directive dans leur droit national. Cette pratique s'est principalement développée dans le domaine des entraves techniques.

Conformément au principe d'efficacité ou encore de l'effet utile de la directive, le choix des moyens, laissé théoriquement aux Etats membres destinataires, va dépendre de la finalité poursuivie par la directive. Ainsi, la Cour de justice a affirmé que *"la compétence laissée aux Etats membres en ce qui concerne la forme et les moyens ... est fonction du résultat à atteindre."*<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Arrêt du 23 novembre 1977, aff. 38/77, Enka, Rec. 1977, p.2203

**108.** La directive n'est pas destinée à créer un droit de substitution par rapport aux droits nationaux mais impose une modification de ceux-ci en tant qu'ils s'appliquent à des relations juridiques déterminées dans un secteur donné.

Le caractère contraignant des directives à l'égard des Etats destinataires présente plusieurs avantages : elle ne ménage pas aux Etats membres la possibilité de faire des réserves au niveau des mesures nationales d'exécution ou de n'adopter qu'une partie des dispositions des directives et elles ne permettent pas non plus aux Etats membres de s'écarter des exigences définies dans les directives.

La directive présente cependant certains inconvénients. Un inconvénient tient d'une part au risque d'une interprétation divergente par les Etats membres des dispositions qu'elle comporte. Ce risque peut avoir pour résultat des distorsions qu'on a qualifiées quelque fois d'entraves techniques de la seconde génération.

La directive a pour autre inconvénient qu'elle prévoit un délai de transposition par les Etats membres, généralement fixé à 18 mois. Certains Etats omettent, de façon parfois systématique de transposer les directives en droit national dans le délai imposé et il en résulte dès lors un manque d'uniformité dans l'application du droit communautaire et ce, d'autant que la directive n'a qu'une applicabilité directe limitée.

**109.** Comme on le sait, les directives ne sont pas, comme les règlements, directement applicables et seules les mesures prises par les Etats membres permettent aux directives de sortir leur plein effet. La doctrine est restée longtemps divisée quant à la possibilité pour une directive de produire des effets directs dans l'ordre juridique interne. Quant à la reconnaissance par la Cour de justice d'éventuels effets directs ou de droits subjectifs, elle s'est réalisée en plusieurs étapes.

En 1974, la Cour a reconnu pour la première fois que les obligations imposées aux Etats membres par une directive peuvent comporter des effets directs à l'égard de particuliers, dans la mesure où ces obligations apparaissent comme suffisamment précises, complètes et inconditionnelles. Il s'agissait de l'arrêt Van Dyun<sup>103</sup> qui concernait l'application de la directive n° 64/221 du 25 février 1964 portant coordination des mesures de police des étrangers. La Cour a constaté que l'article 3, § 1<sup>er</sup> de cette directive, selon lequel les mesures d'ordre public doivent se fonder exclusivement sur le comportement personnel des individus en cause, énonce une obligation qui n'est assortie d'aucune réserve ou condition et qui, par sa nature, ne nécessite l'intervention d'aucun acte soit des institutions, soit des Etats membres.

**110.** Cependant, l'effet direct des dispositions d'une directive sera limité à un plan vertical. Les individus pourront donc invoquer un droit subjectif devant leur juge national pour contraindre l'Etat membre dont ils relèvent à le respecter mais les directives ne créeront pas d'obligations dans le chef des particuliers, ce qui exclut de leur reconnaître une portée horizontale affectant les relations juridiques entre les justiciables. Cette limitation de l'effet direct des directives a été consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt Marshall rendu le 26 février 1986<sup>104</sup>.

L'arrêt de la Cour reconnaît à Melle Marshall le droit d'invoquer la directive à l'encontre d'une autorité de l'Etat agissant comme employeur mais précise que le caractère

---

<sup>103</sup> Arrêt du 4 décembre 1974, aff. 41/74, Van Duyn, Rec. 1974, p. 1337

<sup>104</sup> Aff. 152/84, Rec. 1986, p. 723

contraignant d'une directive n'existe qu'à l'égard d'un Etat membre destinataire mais ne peut pas créer d'obligation dans le chef d'un particulier.

**111.** A partir de l'arrêt Marshall, la Cour de justice va cependant tenter d'étendre l'applicabilité directe limitée des directives et à cette fin, elle va utiliser deux moyens : une interprétation extensive de la notion d'Etat destinataire des obligations imposées par la directive et la thèse de l'interprétation conforme.

**112.** L'interprétation large à donner à la notion d'Etat destinataire des obligations figurant dans une directive apparaît notamment dans l'arrêt Foster / British Gas, rendu le 12 juillet 1990<sup>105</sup>.

En l'espèce, le juge communautaire a constaté que la British Gas, quelle que soit sa forme juridique (il s'agissait d'une entreprise nationalisée) était chargée au moment des faits, en vertu d'un acte d'autorité publique, d'accomplir sous le contrôle de celle-ci, un service d'intérêt public en disposant de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers.

Cette interprétation extensive de la notion d'Etat est certainement favorable aux particuliers mais crée une certaine incertitude juridique notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises nationalisées ou privatisées.

**113.** Il importe de noter que pendant les mêmes années, la Cour a souligné que l'Etat membre défaillant ne peut lui-même invoquer l'effet direct d'une directive qu'il n'a pas transposée, pas plus qu'il ne peut en exciper pour justifier son abstention d'agir<sup>106</sup>.

L'autorité nationale ne peut donc se prévaloir contre un particulier de dispositions non encore transposées dans le droit interne, que la directive soit ou non en vigueur au moment de la constatation des faits.

**114.** Le second moyen imaginé par la Cour de justice pour élargir le champ d'application direct des directives est la théorie dite de "l'interprétation conforme". Dans un célèbre arrêt Marleasing rendu le 13 novembre 1990<sup>107</sup>, la Cour de justice a reconnu la possibilité pour un particulier d'invoquer l'existence d'une directive non transposée en droit national, non en tant que norme pouvant être opposée telle quelle à un particulier mais en tant qu'élément de la légalité communautaire. La directive s'impose alors au juge national et le contraint à interpréter les dispositions de droit interne, même antérieures à la directive, à la lumière des exigences qu'elle définit.

Dans un arrêt plus récent, la Cour a appliqué la doctrine de l'interprétation conforme du droit national à la lumière des dispositions des directives à la jurisprudence interne. Dans un arrêt rendu le 13 juillet 2000<sup>108</sup>, la Cour rappelle l'obligation du juge national d'interprétation conforme du droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive. Elle ajoute que cette obligation vaut comme obligation d'interpréter, non pas seulement la loi interne, mais également la jurisprudence interne dans le sens conforme aux exigences de la directive, dès lors que le délai de transposition est expiré et que le litige entre dans le champ d'application de la directive.

---

<sup>105</sup> Aff. C 188/89, Rec. 1990, p. 3313

<sup>106</sup> Voir par exemple arrêt du 8 octobre 1987, Ministère public / Kolpinguis, aff. 80/86, Rec. 1987, p. 3969

<sup>107</sup> Aff. C 106/89, Rec. 1990, p. 4135.

<sup>108</sup> Centro Steel, C 456/98, Rec. 2000, I,

**115.** Enfin, les arrêts de principe rendus par la Cour de justice à propos de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire viennent renforcer le caractère contraignant des directives. Le principe de la responsabilité des Etats membres, notamment lorsqu'une directive n'est pas transposée dans le temps imparti, avait été posé par la Cour dans le célèbre arrêt Francovich le 19 novembre 1991<sup>109</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée et précisée quant aux conditions d'application de la responsabilité de l'Etat par l'arrêt de principe rendu le 5 mars 1996 dans les affaires Brasserie du Pêcheur et Factortame<sup>110</sup>. Cet arrêt de principe a été suivi de nombreuses décisions relatives à la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire.

#### **Section 4. Les autres instruments juridiques prévus par l'article 249 du traité**

##### La décision

**116.** Conformément à l'article 249, alinéa 4, la décision est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne. En tant que moyen de règlement de cas particuliers, la décision constitue pour les institutions communautaires, la forme d'action appropriée pour l'accomplissement de leurs fonctions exécutives. En principe, cet instrument n'est pas utilisé pour le rapprochement des législations. Il existe cependant quelques exemples, notamment la décision du Conseil du 2 mars 1984 créant un système communautaire d'échange rapide d'informations sur les dangers découlant de l'utilisation des produits de consommation<sup>111</sup>.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Elle se distingue en cela de la directive qui comme on l'a vu, n'est obligatoire que quant au résultat.

A la différence du règlement, elle est adressée à un destinataire désigné. Les personnes physiques ou morales peuvent en être destinataires aussi bien que les Etats membres.

Selon la jurisprudence de la Cour, les décisions adressées aux Etats membres sont directement applicables, dans les mêmes conditions que les règles du traité et les règlements<sup>112</sup>.

##### La recommandation

**117.** Comme l'article 249 le précise, la recommandation ne lie pas. Dépourvue de force contraignante, elle constitue cependant un acte juridique susceptible de produire certains effets de droit. Ainsi, la formulation de recommandation par la Commission a été prévue en certaines matières comme un élément de la procédure de rapprochement des législations :

- soit par des dispositions du traité lui-même : ce fut le cas en ce qui concerne l'harmonisation des réglementations douanières au cours de la première étape du traité;

<sup>109</sup> Aff. jtes C 6/90 et C 9/90, Rec. 1991, I, p. 5403

<sup>110</sup> Aff. jtes C 46/93 et C 48/93, Rec. 1996, I, p. 1009

<sup>111</sup> JOCE n° L 70 du 13 mars 1984

<sup>112</sup> voir l'arrêt Grad, aff. 9/70, 6 octobre 1970, Rec. 1970, p. 838

- soit par des dispositions communautaires de droit dérivé : par exemple, en matière de politique commune des transports, une décision du Conseil de 1962 a prescrit aux Etats membres de communiquer à la Commission leurs projets de dispositions législatives, réglementaires et administratives afin de lui permettre d'orienter le rapprochement par voie de recommandations;
- dans d'autres domaines susceptibles de faire l'objet d'un rapprochement des législations, la Commission a également fait usage de recommandations (notamment en matière de droit d'établissement, de libre prestation des services, de législation sociale et de protection des consommateurs<sup>113</sup>).

**118.** La recommandation a pour objet de conseiller aux destinataires un comportement déterminé sans pour autant les lier juridiquement. Elle constitue donc un instrument souple et dynamique, donnant aux institutions un pouvoir d'orientation pour conseiller et guider les Etats membres.

La recommandation n'étant qu'une source indirecte de rapprochement des législations, elle nécessite toujours l'intervention de l'Etat qui peut décider de s'y conformer ou de l'ignorer.

Dès lors, la recommandation n'est utilisée que dans des domaines où il est prématuré d'intervenir au moyen d'un acte contraignant ou dans des domaines qui relèvent encore de la compétence des Etats membres.

**165.** Il résulte de ce qui précède que la recommandation n'est pas directement applicable et ne crée donc pas des droits subjectifs que les particuliers peuvent invoquer devant un juge national.

Toutefois, la Cour a considéré que les juges nationaux étaient tenus de prendre en considération les recommandations, notamment lorsqu'elles sont de nature à éclairer l'interprétation d'autres dispositions nationales ou communautaires<sup>114</sup>

## Chapitre 2 : Les procédures de rapprochement des législations

**119.** Comme on le sait, le pouvoir législatif est réparti entre la Commission, le Conseil et le Parlement, ce dernier ayant un rôle de plus en plus important depuis l'Acte unique européen.

Les procédures d'élaboration et d'adoption des actes de rapprochement des législations telles qu'elles étaient pratiquées avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique feront l'objet d'une première description et nous examinerons ensuite les procédures mises au point par l'Acte unique et ensuite celles découlant du traité sur l'Union européenne et du traité d'Amsterdam.

### **Section 1. Procédures avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen**

**120.** Le stade initial est déterminé par le pouvoir d'initiative que le traité réserve à la Commission. En matière de rapprochement des législations, le Conseil ne peut donc arrêter une directive ou un règlement que s'il était valablement saisi d'une proposition de la

---

<sup>113</sup> Voir par ex. la recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extra-judiciaire des litiges de consommation, JOCE n° L 115 du 17 avril 1998, p. 31.

<sup>114</sup> Arrêt Grimaldi du 13 décembre 1989, aff. 322/88, Rec. 1989, p.4407

Commission. L'avant-projet initial est élaboré par les services de la Commission mais il peut s'inspirer de propositions émanant d'organisations professionnelles intéressées. Une large consultation est normalement organisée parmi les milieux professionnels : secteur industriel, organisations syndicales, organisations du commerce, agriculteurs, union des consommateurs, etc...

Le plus souvent, l'avant-projet est également présenté aux experts gouvernementaux au sein d'un groupe de travail : cette consultation permet d'apprécier les perspectives d'adoption au Conseil.

Dans certaines matières mettant en cause des problèmes scientifiques particuliers, la Commission a institué pour l'assister, des organes consultatifs composés d'experts indépendants.

Le projet de directive ou de règlement est alors soumis à l'approbation de la Commission, selon ses procédures internes. La proposition, une fois adoptée, est traduite dans les différentes langues de la Communauté. Elle est alors transmise au Conseil accompagnée d'un exposé des motifs et est publiée quelques jours plus tard au Journal Officiel dans la série C.

**121.** Dans le système originaire, prévu notamment par l'article 100 du traité, la proposition de la Commission devait être transmise par le Conseil au Parlement européen et au Comité économique et social pour consultation. Cette consultation aboutit, respectivement, à une résolution du Parlement européen et un avis du Comité économique et social qui sont publiés au Journal Officiel, toujours dans la série C.

**122.** Au Comité économique et social, la proposition est confiée à une section (par exemple : section de l'industrie, du commerce, de l'artisanat et des services); celle-ci constitue un groupe de travail qui désigne en son sein un rapporteur. Le projet d'avis élaboré par le groupe de travail est soumis tour à tour à la section compétente et au Comité en session plénière.

**123.** Au Parlement européen, l'examen de la proposition est confié à une ou plusieurs commissions spécialisées (par exemple : commission économique et monétaire, commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs). Au sein de chaque commission, un rapporteur est désigné et élabore un rapport et, le cas échéant, des propositions d'amendement. Une fois acceptés, le rapport et les amendements sont soumis à l'approbation du Parlement en séance plénière. Le Parlement se prononce à la majorité absolue des suffrages exprimés.

Les objections éventuellement exprimées par le Parlement européen peuvent inciter la Commission à retirer sa proposition initiale pour la modifier, auquel cas, une nouvelle consultation du Parlement européen et du Comité économique et social est nécessaire.

**124.** Pendant la même période, les travaux ont normalement débuté au Conseil, au sein d'un groupe d'experts. Celui-ci fait rapport au Comité des représentants permanents (COREPER) qui va examiner l'aspect politique de la proposition après avoir entendu un représentant de la Commission sur les motifs de l'adoption du projet.

**125.** Conformément à l'article 205 du traité CE (ex-article 148), sauf dispositions contraires du présent traité, les délibérations du Conseil sont acquises à la majorité des membres qui le composent. Comme on le sait, avant la modification du traité par l'Acte unique, la plupart des actes d'harmonisation législative devaient être adoptés à l'unanimité.

Dans cette hypothèse, les abstentions des membres présents ou représentés ne font pas obstacle à l'adoption de l'acte du Conseil (article 205, alinéa 3, ancien article 148, alinéa 3). Chaque membre du Conseil ne peut toutefois recevoir procuration que d'un seul des autres membres (article 206, ex-article 150).

Dans les rares cas où la majorité qualifiée était prévue avant l'Acte unique européen, la pondération qui affecte les voix des membres du Conseil figure à l'article 205, § 2 (ex-article 148, § 2).

**126.** Lorsque l'acte communautaire de rapprochement des législations a été adopté par le Conseil, sa force exécutoire est déterminée par sa publication au Journal Officiel, s'il s'agit d'un règlement ou par notification aux Etats membres destinataires s'il s'agit d'une directive.

## **Section 2. Procédures adoptées par l'Acte unique européen**

**127.** Le processus décisionnel de la Communauté a été modifié sur trois aspects essentiels :

- l'extension de la capacité décisionnelle du Conseil;
- la procédure de coopération inter-institutionnelle par le rôle accru réservé au Parlement européen;
- l'accroissement du pouvoir de la Commission dans la procédure de coopération et par l'organisation systématique de ses compétences d'exécution.

**128.** L'Acte unique a ainsi étendu l'application de la majorité qualifiée à un certain nombre d'articles du traité et notamment à l'article 100 A qui détermine la procédure applicable en matière d'achèvement du marché intérieur.

**129.** L'Acte unique a également multiplié les cas où la consultation du Parlement européen sur la proposition de la Commission est requise. Mais encore et surtout l'Acte unique a développé le rôle du Parlement par la procédure dite de coopération figurant à l'actuel article 252 (ex-article 189 C). Cette réforme du processus décisionnel de la Communauté visait notamment à accroître la légitimité démocratique des actes législatifs en y associant le Parlement européen. La réforme était toutefois demeurée en-deça des aspirations du Parlement puisqu'il n'y avait pas un véritable pouvoir de codécision et que celui-ci ne lui sera attribué que par le traité sur l'Union européenne. Cependant, le Parlement s'est trouvé depuis l'Acte unique européen, pleinement associé au processus législatif, à tout le moins politiquement. Il a donc pu en influencer le cours, ce qui n'était pas le cas précédemment.

La procédure de coopération a donc été rendue applicable par l'Acte unique européen chaque fois que des mesures communautaires de rapprochement des législations étaient fondées sur l'article 100 A.

**130.** L'Acte unique européen a également renforcé le rôle de la Commission puisque la procédure de coopération interinstitutionnelle permet à la Commission d'intervenir activement à toutes les étapes du processus législatif communautaire, notamment en sélectionnant les amendements proposés par le Parlement avant la délibération du Conseil en deuxième lecture, ce qui impose au Conseil de statuer à l'unanimité et dans les trois mois s'il décide d'adopter des propositions d'amendements.

La Commission peut également, tant que le Conseil n'a pas statué, et compte tenu de l'évolution des délibérations, modifier sa proposition initiale ou même la retirer, ce qui lui

permet dans une certaine mesure, de conserver la maîtrise du processus législatif jusqu'à la décision finale réservée au Conseil.

### **Section 3. La procédure de codécision instituée par le traité sur l'Union européenne**

**131.** C'est par le traité sur l'Union européenne que le Parlement européen s'est vu reconnaître un rôle décisionnel plein et entier dans l'adoption des actes de rapprochement des législations. En effet, l'article 251 (ex-article 189 B) donne au Parlement européen un pouvoir de codécision et le place sur pied d'égalité avec le Conseil puisqu'il faudra désormais que l'Acte proposé soit approuvé à la fois par le Conseil et le Parlement européen pour qu'il soit adopté.

De manière à faciliter cette adoption, la procédure a prévu l'institution d'un comité de conciliation réunissant les membres du Conseil ou leurs représentants et autant de représentants du Parlement européen qui a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun à la majorité qualifiée. La Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toutes les initiatives nécessaires en vue de promouvoir un rapprochement des positions.

Toutefois, si ce comité de conciliation n'approuve pas le projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté.

Lorsque par contre, l'acte est adopté, il devient un acte du Parlement européen et du Conseil.

Cette procédure est désormais applicable à tous les actes de rapprochement des législations ayant pour base juridique l'article 95 du traité (ex-article 100 A).

### **Section 4. La procédure de codécision depuis le traité d'Amsterdam**

**132.** Le traité d'Amsterdam a encore renforcé la légitimité démocratique par l'extension des compétences du Parlement européen. Ainsi, la procédure de codécision qui, comme il a été exposé, permet au Parlement de participer activement et sur un pied d'égalité avec le Conseil, à l'action législative est devenue la procédure de droit commun. Elle a été prévue par de nombreuses dispositions nouvellement insérées dans le traité et également étendu un grand nombre de dispositions existantes qui prévoyaient précédemment soit la procédure de co-opération, soit la consultation simple, soit encore l'avis conforme.

**133.** Le traité d'Amsterdam a également simplifié la procédure de codécision qui se déroule actuellement de la manière suivante :

- la Commission présente une proposition au Parlement européen qui émet un avis, et au Conseil;

- le Conseil n'adopte pas de position commune mais arrête la proposition d'acte à la majorité qualifiée dans l'hypothèse où il approuverait tous les amendements figurant dans l'avis du Parlement européen où dans l'hypothèse où celui-ci ne proposerait aucun amendement;

- lorsque dans les autres cas, le Conseil adopte une position commune :

- l'acte est réputé arrêté conformément à celle-ci si, dans les trois mois après sa transmission au Parlement européen, celui l'approuve ou ne s'est pas prononcé;
- l'acte réputé non adopté lorsque, dans le même délai, le Parlement européen rejette la position commune à la majorité absolue des membres qui le composent;

- l'acte est transmis au Conseil et à la Commission lorsque le Parlement européen propose, dans le même délai et à la majorité absolue des membres qui le composent des amendements. Dans cette hypothèse :

- soit le Conseil (statuant à la majorité qualifiée ou à l'unanimité en cas d'avis négatif de la Commission) approuve dans un nouveau délai de trois mois, tous ces amendements et l'acte ainsi amendé est réputé adopté;
- soit le Conseil n'approuve pas tous les amendements et le comité de conciliation est convoqué par le président du Conseil en accord avec le président du Parlement européen dans un délai de 6 semaines;

- la procédure devant le comité de conciliation est, dans l'ensemble inchangée par rapport au traité de l'Union européenne, sauf sur les points suivants :

- il est expressément prévu désormais que, pour s'acquitter de sa mission, le comité examine la position commune sur la base des amendements proposés par le Parlement européen;
- lorsque le comité n'approuve pas de projet commun, la proposition est réputée non adoptée (alors que selon la procédure précédente, il restait possible pour le Conseil de confirmer la position commune et pour le Parlement européen de la rejeter);
- la suppression de la troisième lecture établit une véritable égalité entre les deux institutions en cause (en d'autres termes, si le Conseil veut préserver l'Acte, il est désormais obligé de compromettre);
- les délais de trois mois et de six semaines peuvent être prolongés respectivement d'un mois et de deux semaines au maximum à l'initiative du Parlement ou du Conseil (alors que selon la procédure instaurée par le traité sur l'Union européenne, une telle prolongation demandait un commun accord entre le Parlement européen et le Conseil).

**134.** En conclusion, le Parlement européen joue désormais un rôle essentiel dans le processus décisionnel de la Communauté.