

CHAPITRE I.

Domaine des compétences d'exécution ⁽¹⁾

Robert SCHÜTZE ⁽²⁾

SECTION I. INTRODUCTION : UNION EUROPÉENNE ET COMPÉTENCE D'EXÉCUTION

L'Union européenne serait-elle un géant législatif aux pieds d'argile ? Est-il vrai que « l'Union européenne, à quelques exceptions près, n'a pas de compétence originaire pour mettre en œuvre le droit de l'Union » ⁽³⁾ ? Cette question n'est pratiquement jamais soulevée dans la doctrine européenne ⁽⁴⁾. Deux modèles fédéraux existent pour analyser la répartition de la compétence « exécutive » ⁽⁵⁾, que l'on retrouve, d'un point de vue empirique, dans deux ordres constitutionnels classiques. Selon le fédéralisme américain, les pouvoirs législatifs et exécutifs de l'Union sont « coextensifs » et l'Union établit alors ses propres cadres d'exécution pour mettre en œuvre le droit fédéral. Par contraste, le fédéralisme allemand insiste sur le fait que les compétences exécutives de l'Union sont réduites par rapport à ses compétences législatives. Par conséquent, l'Union doit s'en remettre à ses États membres pour exécuter le droit fédéral.

Au cours de l'histoire de l'intégration européenne, les deux systèmes fédéraux ont existé. Le premier a été développé dans le cadre de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, qui avait opté pour la « solution américaine ». Le traité de Rome a reconnu expressément à la Communauté la compétence pour n'adopter des décisions que dans des domaines limités et semble donc avoir retenu la « solution allemande ». La Communauté était-elle alors condamnée à s'en remettre à ses États membres pour exécuter ses normes ? Et lequel de ces deux modèles le traité de Lisbonne a-t-il choisi pour l'Union européenne ? Quelles sont les limites à la compétence exécutive de l'Union, et quelle est sa nature ? Ce chapitre souhaite montrer que l'Union a choisi une voie qui combine les solutions américaine et allemande. C'est-à-dire que les compétences d'exécution de l'Union sont « coextensives » avec ses compétences législatives ; pourtant, les compétences exécutives de l'Union restent subsidiaires par rapport à celles des États membres. Afin d'étayer cette thèse, nous identifierons brièvement les traits des approches américaine et allemande concernant l'exécution du droit fédéral (section II), avant d'analyser le domaine et la nature de la compétence d'exécution de l'Union (section III). Une conclusion résumera et évaluera les différents résultats (section IV).

SECTION II. FÉDÉRALISME ET FONCTION EXÉCUTIVE : MISE EN ŒUVRE CENTRALISÉE ET DÉCENTRALISÉE

Le principe fédéral s'appuie sur un régime dual : la duplication des fonctions gouvernementales. Ce dualisme s'étend classiquement aux trois branches du pouvoir. Les États fédéraux ont deux pouvoirs législatifs, ils dédoublent généralement le pouvoir exécutif (et même le pouvoir judiciaire) ⁽⁶⁾. Cependant, le domaine de l'exécutif fédéral peut différer, selon que la fédération opte pour une application centralisée ou décentralisée du droit fédéral. Selon le modèle de centralisation, l'exécution du droit fédéral revient aux autorités administratives fédérales. Afin de mettre en œuvre son droit, la fédération établit ses propres infrastructures indépendantes. Au contraire, le modèle de décentralisation laisse l'exécution du droit fédéral aux États membres de l'Union. Les compétences exécutives de l'Union sont par conséquent plus réduites que ses compétences législatives.

Cette section analyse les deux modèles en s'appuyant sur les expériences des États-Unis et de la République fédérale d'Allemagne.

A. Centralisation exécutive : États-Unis

Le fédéralisme américain considère que les compétences d'exécution de l'Union sont en corrélation avec ses compétences législatives. La Constitution de 1787 a expressément reconnu au législateur le pouvoir de « faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous les autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au gouvernement des États-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires » ⁽⁷⁾ et a conféré en même temps le pouvoir « exécutif » au Président américain ⁽⁸⁾. Ainsi, il y a une coïncidence entre les domaines législatifs et exécutifs.

Les compétences fédérales d'exécution ne sont toutefois pas des compétences exclusives. Les États peuvent de manière autonome exécuter le droit fédéral. De plus, l'Union est autorisée à « inciter » les États fédérés à mettre en œuvre les standards fédéraux ⁽⁹⁾. Il n'en demeure pas moins que toute décentralisation administrative reste entièrement spontanée. Dans la sphère de l'exécutif, le cœur constitutionnel du fédéralisme américain est le principe de « non-commandement » : l'Union ne peut pas commander les États fédérés dans l'exécution du droit fédéral. Et, parce qu'elle ne peut pas obliger les États à mettre en œuvre son droit, l'Union doit utiliser ses propres compétences exécutives. Ces compétences ont été largement mises en œuvre pour établir les propres cadres et mécanismes administratifs de l'Union.

Le principe selon lequel l'Union ne peut pas « commander » les États fédérés pour exécuter le droit fédéral a fait l'objet d'une clarification à l'occasion du jugement *New York c/ United States*⁽¹⁰⁾. La Cour suprême a considéré qu'en créant l'Union de 1787 « les rédacteurs de la Constitution ont choisi une constitution qui donne au Congrès le pouvoir de réguler les comportements individuels, pas ceux des États ». Ainsi, « même lorsque le Congrès a l'autorité en vertu la Constitution d'adopter des lois exigeant ou prohibant certains actes, lui fait défaut le pouvoir de contraindre directement les États d'exiger ou d'interdire ces actes ». Quel était le fondement de cette interdiction constitutionnelle ? « Lorsque le gouvernement fédéral dirige les États pour dans le cadre de l'exécution, ce sont les représentants de l'État fédéré qui devront entendre les récriminations du public, alors que les autorités fédérales qui ont déterminé cette politique seront à l'abri des conséquences électorales de leurs décisions. L'obligation de rendre des comptes est ainsi diminuée »⁽¹¹⁾. Mais d'une manière beaucoup plus significative : « Les États ne sont pas uniquement des subdivisions politiques des États Unis. Les gouvernements des États ne sont ni des offices régionaux ni des agences administratives du Gouvernement fédéral ». Ayant conservé une « souveraineté résiduelle et inviolable », l'Union ne peut pas « contraindre les États à adopter ou à administrer un programme de régulation fédéral »⁽¹²⁾. Alors que la législation fédérale prime évidemment sur la législation des États⁽¹³⁾, les États en tant qu'entités incorporées ne sont toutefois pas « subordonnés » à l'Union⁽¹⁴⁾.

Ce principe de « non-commandement » a été confirmé s'agissant précisément du pouvoir exécutif *stricto sensu* dans la décision *Printz c/ United States*⁽¹⁵⁾. La législation fédérale avait tenté d'obliger les agents de l'État à exécuter le droit fédéral. Mais la Cour suprême a rejeté catégoriquement cette forme d'exécution décentralisée involontaire. La Constitution a établi un système de « souveraineté duale », selon lequel les États conservent « une souveraineté résiduelle et inviolable »⁽¹⁶⁾. Il s'agit d'une attribution de la souveraineté des États en vertu de laquelle « ils restent indépendants et autonome dans le cadre de leur propre sphère d'autorité ». Était alors incompatible avec cette indépendance le fait que « leurs agents soient “contraints” dans le cadre de l'administration du droit fédéral ». L'aptitude de l'Union « à diriger le fonctionnement de l'exécutif de l'État » compromettrait « le cadre structurel de la souveraineté dualiste »⁽¹⁷⁾. L'idée de souveraineté dualiste exigeait par conséquent une indépendance institutionnelle entre l'Union et les États⁽¹⁸⁾. Les États ne pouvaient pas être réduits à de simples agents de l'Union ; et cela signifiait que l'Union ne pouvait pas contraindre les États à légiférer ou à exécuter en fonction du droit fédéral.

B. Décentralisation exécutive : République fédérale d'Allemagne

Le « modèle de décentralisation » confie l'exécution du droit fédéral aux États membres. Cette idée a été développée sous le nom de « fédéralisme exécutif » (*Vollzugsföderalismus*). Cette forme est caractéristique du fédéralisme allemand (et Suisse⁽¹⁹⁾).

Le fondement central du fédéralisme exécutif en Allemagne est l'article 83 de la Loi fondamentale allemande : « Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ». Même s'il existe des exceptions constitutionnelles, la mise en œuvre décentralisée du droit fédéral est la règle constitutionnelle⁽²⁰⁾. La Constitution allemande distingue deux régimes d'exécution décentralisée. Ils se différencient en fonction du degré de contrôle fédéral sur les administrations étatiques. Le régime « ordinaire » est déterminé par l'article 84 de la Loi fondamentale. Selon cette disposition, les États exécutent le droit fédéral « à titre de compétence propre » et sont « non seulement compétents mais aussi obligés de mettre en œuvre le droit fédéral sur le fondement de leur propre responsabilité exécutive »⁽²¹⁾. Un régime « spécial » d'exécution décentralisée du droit fédéral est établi par l'article 85 de la Loi fondamentale. Les États interviennent alors en vertu de « délégations fédérales »⁽²²⁾.

Quels sont les principes constitutionnels applicables à l'exécution étatique du droit fédéral ? L'article 84 de la Loi fondamentale allemande nous indique que « [l]orsque les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre, ils doivent établir les autorités nécessaires et les procédures administratives applicables »⁽²³⁾. Pourtant, le gouvernement fédéral est fondé à adopter « des règles administratives générales »⁽²⁴⁾, et dans des circonstances exceptionnelles, l'Union peut même « formuler des instructions dans des cas particuliers »⁽²⁵⁾. Ces mécanismes de contrôle sont même renforcés par l'article 85 de la Constitution. L'Union peut établir des organes administratifs d'*État* pour assurer l'exécution efficace du droit fédéral⁽²⁶⁾, et est fondée à codécider en ce qui concerne la nomination des fonctionnaires supérieures étatiques⁽²⁷⁾. Enfin, elle bénéficie même d'un droit général d'adresser des instructions aux organes administratifs de l'État⁽²⁸⁾.

Comment se caractérise la spécificité de l'approche allemande du fédéralisme exécutif ? La Cour constitutionnelle allemande a insisté sur l'exigence « d'une pratique administrative uniforme » au sein de l'Union. « La validité uniforme des normes juridiques sur le territoire serait rendue illusoire, lorsque leur exécution décentralisée au travers des États fédérés mène à des différences significatives »⁽²⁹⁾. La fédération allemande a ainsi utilisé de manière extensive ses compétences pour adopter des règles administratives générales. Cependant, le pouvoir de l'Union pour adresser des instructions aux administrations des États affecte leur autonomie administrative encore plus significativement. Le « commandement » fédéral transperce le « voile de souveraineté » des États. Comme les instructions fédérales ne sont pas adressées aux États en tant que tels mais aux organes administratifs directement⁽³⁰⁾, le fédéralisme exécutif allemand est donc caractérisé par deux éléments : la subordination hiérarchique et l'intégration institutionnelle. Le pouvoir fédéral de

« commander » les administrations des États subordonne et intègre ces derniers au sein de l'administration fédérale⁽³¹⁾. L'exécution décentralisée du droit fédéral montre donc des éléments caractéristiques d'« administration mixte », et ce, en dépit d'un déni orthodoxe traditionnellement cher au constitutionnalisme allemand⁽³²⁾. Cette forme d'« administration intégrée » est particulièrement évidente, lorsque les administrations des États fédérés agissent en tant que « commission fédérale »⁽³³⁾.

Ces éléments unitaires de la dimension institutionnelle du fédéralisme exécutif allemand correspondent au caractère unitaire de sa dimension fonctionnelle. En effet, les décisions des administrations fédérées seront valables sur l'ensemble du territoire de l'Union⁽³⁴⁾.

SECTION III. FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA COMPÉTENCE EXÉCUTIVE : DE ROME À LISBONNE

La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) « était essentiellement une organisation administrative »⁽³⁵⁾. Le Traité CECA avait établi une Haute Autorité chargée d'appliquer le Traité CECA dans des situations individuelles. L'instrument général dans le cadre du Traité CECA était en effet la décision⁽³⁶⁾. Cet instrument permettait à la Communauté d'adopter des règles générales aussi bien que des décisions individuelles⁽³⁷⁾. Le champ de la fonction « législative » et celui de la fonction « exécutive » de la Communauté coïncidaient. Sur ce point, la CECA suivait donc la solution américaine.

À la différence du « système administratif » établi par la CECA, la Communauté (économique) européenne était en premier lieu conçue comme un système législatif⁽³⁸⁾. Le traité de Rome de 1957 distinguait les « règlements » d'application générale des « décisions » à portée individuelle et précisait, en tant que règle, l'instrument qui pouvait être utilisé pour intervenir au sein du marché commun⁽³⁹⁾. La grande majorité des compétences de la Communauté étaient des compétences régulatrices ou législatives. La compétence exécutive de la Communauté *stricto sensu* était reconnue, au contraire, seulement dans des domaines très limités⁽⁴⁰⁾. Partant, dans tous les domaines qui ne mentionnaient pas expressément la compétence de la Communauté pour adopter des décisions, la Communauté devait s'en remettre aux administrations des États pour mettre en œuvre le droit de l'Union dans des cas individuels. La Communauté européenne suivait donc la solution allemande de la décentralisation exécutive.

Ces solutions théoriques seraient-elles confirmées par la pratique constitutionnelle ? Quels ont été la nature et le domaine des compétences exécutives européennes ? Étaient-elles des compétences générales implicites ? Examinons ces questions grâce à l'analyse, ambivalente, des fondements constitutionnels de la compétence exécutive européenne d'après le traité de Rome (A). C'est seulement à partir de ce contexte historique que nous pourrions évaluer les réformes textuelles introduites par le traité de Lisbonne (B).

A. « Communauté européenne » : fondements ambivalents de la compétence exécutive

« L'absence de base constitutionnelle claire pour l'administration publique »⁽⁴¹⁾ dans le traité de Rome ressortait particulièrement pour ce qui concernait la division verticale du pouvoir exécutif. Quelle était la sphère exécutive de la Communauté ? Au-delà des quelques compétences d'exécution spécifiques, telles qu'en matière de concurrence, y avait-il des compétences exécutives générales au profit de la Communauté ?

Quatre dispositions semblaient pouvoir offrir des solutions potentielles.

Parmi les compétences institutionnelles, l'ex-article 202 CE renvoyait au Conseil pour « assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité ». Pour parvenir à cette fin, le Conseil « dispose d'un pouvoir de décision ». Était-ce une compétence générale pour adopter des décisions qui relevaient du champ d'application du Traité ? Les termes de l'ex-article 202 CE remettent en cause une telle approche car il requiert que le Conseil prenne ses décisions « dans les conditions prévues par celui-ci (le Traité) » ? Il s'agissait d'une clarification constitutionnelle d'après laquelle cette clause n'était pas un réservoir de compétences exécutives. Le troisième point de l'ex-article 202 CE prévoyait que le Conseil pouvait conférer « à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit ». Mais cette disposition ne constituait pas une base légale pertinente⁽⁴²⁾. Elle permettait seulement de déléguer la compétence exécutive d'une institution à l'autre ; et ce que le Conseil n'avait pas, la Commission ne pouvait pas le recevoir.

La seconde disposition « prometteuse » pour fonder une compétence générale en matière d'exécution au profit de la Communauté était l'ex-article 211 CE. Cet article traitait des pouvoirs de la Commission. La Commission devait veiller « à l'application des dispositions du présent traité ainsi que les dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci ». C'est pourquoi elle « dispose d'un pouvoir de décision propre » ; pourtant, une fois encore, cette compétence était limitée par les « conditions prévues au présent traité ». La compétence d'exécution du droit de l'Union européenne devait être fondée sur une autre disposition du Traité⁽⁴³⁾.

Qu'en est-il alors des compétences générales de la Communauté ? Suivant l'Acte unique européen, l'ex-article 95 CE permettait à la Communauté d'adopter des mesures « relatives au rapprochement des dispositions législatives,

réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». La compétence d'adopter des « mesures » semblait inclure le pouvoir d'adopter des décisions administratives. Mais comment une décision administrative peut-elle « harmoniser » le droit national ou l'action administrative ? L'ex-article 95 CE pourrait-il permettre à la Communauté d'aller au-delà des « règles administratives générales »⁽⁴⁴⁾ ? Dans l'arrêt *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil*⁽⁴⁵⁾, ce point a été soulevé devant le juge dans le contexte de la directive relative à la sécurité générale des produits⁽⁴⁶⁾. L'Allemagne arguait du fait que le pouvoir d'« harmoniser » faisait obstacle à ce que le pouvoir exécutif adopte des décisions administratives⁽⁴⁷⁾ ; et, comme l'article 9 de la directive octroyait un tel pouvoir dans des situations précises, la disposition devait être annulée⁽⁴⁸⁾. La Cour a estimé au contraire que :

« Cette intervention ne se heurte pas aux dispositions de l'article 100 A, paragraphe 1, du traité. En effet, les mesures que le Conseil est habilité à prendre par cette disposition ont pour objet "l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur". Or, il est possible que dans certains domaines, et notamment celui de la sécurité des produits, le rapprochement des seules règles générales ne suffise pas à assurer l'unité du marché. Dès lors, la notion de "mesures relatives au rapprochement" doit s'interpréter comme englobant le pouvoir du Conseil de prescrire les mesures relatives à un produit ou à une catégorie de produits déterminés et, le cas échéant, des mesures individuelles concernant ces produits.

Quant à l'argumentation tirée de ce que le pouvoir ainsi confié à la Commission irait au-delà des compétences qui, dans un État fédéral tel que la République fédérale d'Allemagne, sont celles du Bund par rapport aux Länder, il convient de rappeler que les règles qui concernent les relations entre la Communauté et ses États membres ne sont pas les mêmes que celles qui unissent le Bund et les Länder. Les mesures prises pour la mise en œuvre de l'article 100 A du traité s'adressent, d'ailleurs, aux États membres et non aux collectivités qui les composent. Au surplus, les pouvoirs confiés à la Commission par l'article 9 de la directive sont sans incidence sur la répartition des pouvoirs au sein de la République fédérale d'Allemagne »⁽⁴⁹⁾.

L'ex-article 95 CE permettait ainsi à la Communauté d'adopter des décisions d'exécution. Pourtant, étant donné que le jugement portait sur une décision adressée à un État, son impact constitutionnel risquait d'être confiné à cette catégorie. Or, cette disposition pouvait-elle être aussi utilisée pour établir une procédure d'autorisation centralisée gérée par la Commission ou même la création d'une infrastructure exécutive propre à la Communauté ? La jurisprudence ultérieure a précisé que l'ex-article 95 CE pouvait en effet être utilisé à ces deux fins. En ce qui concerne l'adoption des décisions adressées aux individus, l'affaire de référence est l'arrêt *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil*⁽⁵⁰⁾. Elle concernait la validité du règlement n° 2065/2003 qui visait à assurer le fonctionnement effectif du marché intérieur grâce à une procédure communautaire d'autorisation. La mesure législative déléguait la compétence de délivrer ou de refuser l'autorisation à la Commission⁽⁵¹⁾ ; et ses décisions avaient pour destinataires des requérants individuels⁽⁵²⁾. Le gouvernement britannique avait protesté : « Le pouvoir législatif conféré par l'(ex-)article 95 CE est un pouvoir d'harmonisation des législations nationales, et non un pouvoir pour établir des organes communautaires ou pour attribuer des missions à de tels organes, ou pour établir des procédures d'approbation de listes de produits autorisés »⁽⁵³⁾. Pourtant, dans son jugement, la Cour a confirmé ce pouvoir. L'ex-article 95 CE pouvait donc être utilisé comme base légale pour l'adoption de décisions individuelles⁽⁵⁴⁾. En outre, la possibilité de se fonder sur l'ex-article 95 CE pour créer une agence européenne a finalement été confirmée dans l'arrêt *Royaume-Uni c/ Parlement et Conseil (ENISA)*, dans lequel la Cour a expressément jugé :

« Le législateur peut estimer nécessaire de prévoir la création d'un organisme communautaire chargé de contribuer à la mise en œuvre d'un processus d'harmonisation dans les situations où, afin de faciliter la mise en œuvre et l'application uniformes des actes fondés sur cette disposition, l'adoption de mesures d'accompagnement et d'encadrement non contraignantes semble appropriée »⁽⁵⁵⁾.

Enfin, il existait bien sûr une base légale encore plus générale pour fonder l'action de la Communauté : l'ex-article 308 CE. Cet article reconnaissait à la Communauté la possibilité « d'adopter des mesures appropriées », lorsque cela était nécessaire pour atteindre l'un de ses objectifs. Antérieurement, la Cour avait précisé que cette clause permettait à la Communauté d'« impliquer » un instrument qui n'était pas expressément mentionné dans une base légale spécifique⁽⁵⁶⁾. Le pouvoir d'adopter une décision individuelle a ainsi été reconnu dans tous les domaines entrant dans le champ du Traité, dès lors que cela était « nécessaire ». L'ex-article 308 CE fournit ainsi un réservoir de compétences exécutives qui coïncide avec le champ des compétences législatives de la Communauté. Ainsi le Traité CE a suivi la solution constitutionnelle américaine, même si cette conclusion a été nuancée par un point de vue qui insiste sur le fait que l'exécution décentralisée du droit européen fait partie de « l'identité constitutionnelle » de la Communauté européenne⁽⁵⁷⁾. Dans cette perspective, le fédéralisme exécutif en tant que tel pose une limite externe au pouvoir de la Communauté pour établir sa propre machine exécutive⁽⁵⁸⁾.

B. « Union européenne » (après Lisbonne) : les fondations solides d'une compétence exécutive ?

Dans quelle mesure le traité de Lisbonne a-t-il modifié les compétences exécutives de l'Union ? Alors que la jurisprudence relative aux compétences générales (exécutives) de l'Union sur le fondement des articles (actuels) 114 et 352 TFUE n'a pas changé, les amendements de Lisbonne concernant les pouvoirs d'exécution restaient nouveaux et

fondamentaux. Les compétences exécutives de l'Union ont bénéficié de fondements constitutionnels plus précis⁽⁵⁹⁾. Le nouvel article 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) confirme textuellement la connexion entre les compétences législatives et exécutives de l'Union. Il énonce :

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

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

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

Le paragraphe 1 confirme que les États membres détiendront par principe la compétence pour adopter des actes d'exécution contraignants. La reconnaissance d'une compétence nationale autonome est posée en termes d'obligation découlant du Traité : les États membres sont obligés d'utiliser leur compétence pour mettre en œuvre le droit européen. Cette obligation particulière découle du devoir général de « coopération loyale » consacré à l'article 4 TUE, selon lequel les États membres « prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union »⁽⁶⁰⁾. Le traité de Lisbonne confirme et constitutionnalise l'application décentralisée du droit de l'Union européenne par les États membres, et en même temps, avec elle, l'idée du fédéralisme exécutif.

Selon l'article 291 (2) TFUE, l'Union est néanmoins compétente pour mettre en œuvre son propre droit « [l]orsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires ». Doit-on dès lors considérer que l'article 291 (2) TFUE constitue une base légale indépendante pour fonder une action d'exécution de l'Union ? Ou bien doit-on limiter sa portée à une dimension interinstitutionnelle ? Les termes de la disposition semblent plaider en faveur de la dernière approche car, d'un point de vue textuel, il se rapproche de l'ex-article 202 CE. Cependant, des considérations systémiques et téléologiques peuvent conduire à une interprétation différente. Au contraire de l'article 202 CE, l'article 291 TFUE ne se limite pas à réguler les relations horizontales entre les institutions de l'Union. En effet, le paragraphe 1 vise les *relations verticales entre l'Union et ses États membres*. Une lecture systémique de l'article 291 TFUE peut donc suggérer que, alors que les États membres sont principalement responsables d'après le paragraphe 1, l'Union sera exceptionnellement compétente d'après le paragraphe 2. La compétence de l'Union dériverait alors de l'article 291 (2) en tant que tel, tandis que l'acte spécifique de l'Union régule la délégation de la compétence de mise en œuvre au profit de la Commission (Conseil⁽⁶¹⁾). Cette interprétation systémique est renforcée par des arguments téléologiques. Une lecture de l'article 291 TFUE en termes de compétence permettrait à l'Union d'adopter n'importe quel type d'acte d'exécution, y compris les décisions d'exécution, sans avoir recours à l'article 352 TFUE⁽⁶²⁾. Cette approche conférerait donc à l'Union un fondement solide et expresse à sa compétence d'exécution.

Si le constitutionnalisme européen venait à accepter l'article 291 (2) TFUE comme le nouveau fondement de compétence exécutive, quelles seraient ses caractéristiques juridiques ? La disposition remplacerait l'article 352 TFUE en tant que fondement de la compétence exécutive générale de l'Union, mais à l'instar de cette dernière elle serait seulement une *lex generalis*. Partout où les traités établiraient un régime spécifique pour l'exécution du droit de l'Union⁽⁶³⁾, ce dernier serait constitutionnellement prioritaire par rapport à l'article 291 TFUE. Mais, et c'est important, alors qu'il partage un caractère « subsidiaire » avec l'article 352 TFUE⁽⁶⁴⁾, la procédure qui permet à l'Union d'exercer ses compétences exécutives changerait fondamentalement. Si l'article 308 CE requiert l'unanimité au sein du Conseil, reconnaissant à chaque État membre un pouvoir de veto quant à l'adoption d'un acte d'exécution de l'Union, le traité de Lisbonne poursuit la transformation de la fonction exécutive d'un processus intergouvernemental à un processus décisionnel supranational. Même si les pouvoirs de la Commission feront l'objet d'un « contrôle par les États membres », ces mécanismes de contrôle ne donneront pas un pouvoir de veto à chaque État membre⁽⁶⁵⁾.

Que peut-on alors attendre des mécanismes de contrôle prévus par l'article 291 (3) TFUE ? Ce paragraphe se réfère au contrôle des *États membres*, et non à celui du Conseil ou du Parlement. Ces deux institutions de l'Union sont-elles alors constitutionnellement exclues du contrôle de la Commission ? Dès les origines, la Commission a développé un tel argument⁽⁶⁶⁾. Elle a considéré que l'article 291 TFUE « ne prévoit aucun rôle pour le Parlement européen et le Conseil pour contrôler la Commission », car « un tel contrôle peut seulement être exercé par les États membres »⁽⁶⁷⁾. Le nouveau règlement « comitologie » a suivi cette vue. Il a abandonné l'ancien système de comitologie et l'a remplacé par un nouveau système – radicalement – réformé⁽⁶⁸⁾. Le nouveau système distingue deux procédures – la procédure consultative et la procédure d'examen – selon lesquelles la Commission peut adopter des actes d'exécution⁽⁶⁹⁾. Les deux procédures obligent la Commission à « être assistée par un comité composé de représentants des États membres »⁽⁷⁰⁾ ; mais, et c'est important, aucune ne permet à un seul État membre d'opposer son veto à la (proposition de) décision exécutive de l'administration de l'Union.

SECTION IV. CONCLUSION : LE TRAITÉ DE LISBONNE – *LE GRAND SOIR* ?

Le Traité CE(E) – même après cinquante ans – avait été critiqué en raison de « l'absence d'une base constitutionnelle claire pour l'administration publique »⁽⁷¹⁾. Cette absence a été particulièrement remarquée au regard de sa dimension fédérale. Qui, alors, devait mettre en œuvre le droit européen : la Communauté ou les États membres ? Dans le traité de Rome originaire, très peu de bases légales conféraient expressément à la Communauté le droit d'adopter des décisions individuelles. L'application et la mise en œuvre du droit européen dans des cas individuels semblaient être laissées aux États membres. Ces derniers pouvaient et étaient obligés de prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté »⁽⁷²⁾. La Communauté européenne apparaissait alors être fondée implicitement sur la conception allemande du fédéralisme exécutif : la Communauté légifère, les États membres exécutent le droit européen. La Communauté européenne était-elle destinée à être un géant aux pieds d'argile ? Ou bien l'évolution constitutionnelle ultérieure de la Communauté pourrait-elle révéler des réservoirs de compétences exécutives insoupçonnés ? Qu'est-ce que les amendements apportés par le traité de Lisbonne signifient pour les fondements constitutionnels de la compétence exécutive européenne ? Cette contribution a cherché à analyser ces questions et a permis de dégager les conclusions suivantes.

Tout d'abord, il n'est pas vrai que « l'UE n'a (à quelques exceptions spécifiques) pas de compétence originaire pour exécuter le droit de l'Union »⁽⁷³⁾. Le Traité CE reconnaissait à la Communauté européenne deux compétences exécutives : les articles 95 et 308 CE. Ces deux dispositions pouvaient être employées dès lors que des conditions de mise en œuvre uniforme du droit de l'Union étaient nécessaires pour le fonctionnement du marché intérieur et qu'une base légale spécifique dans le Traité ne conférait pas le pouvoir d'adopter des décisions individuelles. En outre, les deux dispositions ont été utilisées de manière extensive dans le passé pour établir la propre infrastructure exécutive de la Communauté⁽⁷⁴⁾. S'agissant du domaine de ses compétences exécutives, la Communauté européenne était alors proche de la solution américaine. Néanmoins, les fondements constitutionnels de la compétence exécutive de l'Union étaient largement ambivalents. Désormais, le traité de Lisbonne consolide ces fondements grâce à l'introduction de l'article 291 TFUE. La nouvelle disposition précise clairement que la responsabilité première pour la mise en œuvre du droit de l'Union revient aux États membres. Cependant, il ajoute que lorsque des conditions de mise en œuvre uniforme sont requises, la compétence d'exécution doit revenir à la Commission (ou au Conseil). D'où vient ce pouvoir ? Une solution consiste à continuer à revenir aux (actuels) articles 114 et 352 TFUE ; l'autre consiste à considérer l'article 291 TFUE comme un réservoir de compétences exécutives. Si l'article 291 (2) TFUE pouvait être considéré en tant que tel comme une base légale pertinente, le traité de Lisbonne pourrait être « une révolution exécutive » qui poursuivrait la transformation de la branche exécutive de l'intergouvernementalisme vers le supranational.

Ensuite, et même si l'on met de côté la question de savoir si l'article 291 TFUE pourrait constituer un fondement pour une compétence exécutive générale de l'Union, le traité de Lisbonne a consolidé le fédéralisme exécutif propre à l'Union européenne. À l'instar du fédéralisme allemand, les États membres sont en effet compétents et obligés d'exécuter le droit fédéral ; mais à la différence du fédéralisme allemand, l'Union jouit d'une compétence exécutive générale qui correspond à sa compétence législative. Dès lors que l'exécution décentralisée s'avère défailante et que la mise en œuvre uniforme du droit fédéral est nécessaire, l'exécution centralisée du droit de l'Union restera possible. Ainsi, le constitutionnalisme européen suit partiellement la solution américaine selon laquelle les sphères législative et exécutive de l'Union coïncident⁽⁷⁵⁾ ; mais contrairement au fédéralisme américain, les compétences exécutives fédérales fournissent seulement une solution secondaire. Les compétences exécutives de l'Union sont subsidiaires par rapport à celles des États membres. Par conséquent, le constitutionnalisme européen combine les deux traditions fédérales, qui ont été discutées dans la section 2, dans son propre mode constitutionnel. Et toujours, derrière cette approche « européenne », subsiste le principe de subsidiarité : les États membres sont principalement responsables de l'exécution du droit de l'Union, alors que l'exécutif européen reste vigilant en arrière-plan. L'Union européenne interviendra seulement si les États membres échouent à établir des conditions uniformes pour la mise en œuvre du droit de l'Union et lorsque l'objectif de l'exécution est « mieux atteint au niveau de l'Union européenne »⁽⁷⁶⁾.

En conclusion, la fonction exécutive européenne a historiquement souffert d'un manque impressionnant de fondements constitutionnels clairs dans le passé. Le traité de Lisbonne y a remédié dans une certaine mesure ; toutefois, en ce qui concerne la dimension fédérale, beaucoup dépendent de la manière dont l'article 291 TFUE sera développé et il s'agira – sans aucun doute – d'une tâche constitutionnelle pour la Cour de justice de l'Union européenne.

(1) Traduit par Émilie Chevalier, maître de conférences en droit public – Université de Limoges.

(2) Professor of European and Global Law, Durham Law School.

(3) P. DANN, « European Parliament and Executive Federalism: Approaching a Parliament in a Semi-Parliamentary Democracy », *ELJ*, 2009, n° 9, pp. 549-552. Pour une approche similaire, voy. également E. SCHMIDT-ASSMANN, « Einleitung: Der Europäische Verwaltungsbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts », in E. SCHMIDT-ASSMANN et B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (éds.), *Der Europäische Verwaltungsbund*, Mohr Siebeck, 2005, pp. 1-2 : « die Gemeinschaft selbst verfügt nur über wenige eigene Verwaltungskompetenzen ».

(4) L'intérêt pour les questions relatives aux fondements constitutionnels du droit administratif européen s'est accru de manière significative ces dernières années. Pour des études générales, voy. M. KLEPPER, *Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht : Zulässigkeit – Modalitäten – Rechtsfolgen*, Baden-

Baden, Nomos, 2001 ; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006 ; M. CHITI et G. GRECO (éds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milan, Giuffrè, 2007 ; J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (éds.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; T. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 2008 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (éd.), *L'exécution du droit de l'Union – Entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; D. CURTIN, *Executive Power in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

(5) La notion de compétence exécutive englobe une dimension « régulatrice » et une dimension « d'application ». La première correspond au pouvoir de mettre en œuvre des normes abstraites au moyen de réglementations dérivées ; alors que la seconde représente le pouvoir d'appliquer des normes à des situations individuelles. Le présent article analyse la compétence exécutive *stricto sensu*. Il étudie les pouvoirs de l'Union pour appliquer elle-même les normes européennes à des cas individuels.

(6) Cette contribution ne traitera pas des relations judiciaires entre l'Union et ses États membres. Pour une comparaison entre les fédéralismes judiciaires américain et européen, voy. D. HALBERSTAM, « Gerichtliche Zusammenarbeit im föderalen System der USA: Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über die Gerichtsreform in der Europäischen Union », *RabelsZ*, 2002, n° 66, p. 216.

(7) Art. I, section 8, § 18, de la Constitution américaine.

(8) « Le pouvoir exécutif sera confié à un président des États-Unis d'Amérique » (art. II, sect. 1, § 1, de la Constitution américaine). Selon l'article II, section 3, paragraphe 4, le Président « veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées ».

(9) Ce point a été éclairci par la jurisprudence de la Cour suprême, voy. *South Dakota c/ Dole*, 483 U.S. 203 (1987) 206 : « Congress may attach conditions on the receipt of federal funds ». L'Union peut aussi « encourager » les États à réglementer une activité eux-mêmes avec la peur que les standards fédéraux préemptent sinon la législation des États (voy. *Hodel c/ Virginia Surface Mining & Recl. Assn.*, 452 U.S. 264 [1981]).

(10) *New York c/ United States et al.*, 505 U.S. 144 (1993). Ce principe n'est pas incontesté, voy. E. H. CAMINKER, « State Sovereignty and Subordinancy: May Congress Commandeer State Officers to implement Federal Law? », *Colum. L. Rev.*, 1995, n° 95, pp. 1001-1059 : « The Court's formalistic claim in New York that state sovereignty entails legislative and executive freedom from federal coercion is thus fundamentally misconceived ». Pour des critiques plus nuancées, selon lesquelles une compréhension originaire de la Constitution américaine confirme l'interdiction de commander les États fédérés dans le cadre législatif, mais pas dans le cadre des compétences exécutives, voy. S. B. PRAKASH, « Field Office Federalism », *Va. L. Rev.*, 1993, pp. 1957-1961 : « The Founding Generation, then, distinguished commandeering state legislatures from commandeering the magistracy (executives and judicial officers) ».

(11) *New York c/ United States et al.*, 505 U.S. 166 et 169.

(12) *Ibid.*, 188 (avec une référence au *Federalist*, n° 39).

(13) Voy. art. VI, § 2 (« Supremacy Clause »).

(14) Selon E. H. Caminker (*supra*, n° 10), cette approche formelle des États conçus comme des entités institutionnelles autonomes est « relativement nouvelle » (*ibid.*, 1015) : « Until quite recently, the Supreme Court attempted to secure its view of the proper allocation of power between the two governmental systems through efforts to circumscribe the substantive content of enumerated federal power ».

(15) *Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana c/ United States*, 521 U.S. 898 (1997).

(16) *Ibid.*, 918-919 (avec une référence au *Federalist No. 39*).

(17) *Ibid.*, 928 et 932.

(18) Cette conception institutionnelle de la « souveraineté dualiste » contraste avec une lecture matérielle de la « souveraineté dualiste ». La dernière est connue comme le fédéralisme dualiste et est fondée sur l'existence de deux sphères mutuellement exclusives de compétences législatives (voy. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009).

(19) Voy. J. A. FROWEIN, « Integration and the Federal Experience in Germany and Switzerland », in M. CAPPELLETTI *e.a.* (éd.), *Integration through Law – Europe and the American Federal Experience*, vol. I, Berlin/New York, De Gruyter, 1986, p. 573 ; B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *Cah. dr. eur.*, 2003, vol. 38, p. 87.

(20) Art. 86 de la Constitution allemande. Les domaines d'exécution fédérale sont énumérés dans la Constitution. L'article 87 de la Loi fondamentale mentionne, entre autres, les affaires étrangères, l'administration fédérale des finances, et l'administration des voies navigables fédérales et de la navigation.

(21) *BVerfGE* 55, 274 (Berufsausbildungsabgabe), 317 (traduction – RS) : « The States have, to the extent that the Constitution does not state or permit otherwise, the comprehensive executive competence. It follows that they are not only entitled but also obliged to implement federal law as their own executive responsibility ».

(22) Ce régime spécial s'applique dès que la Constitution l'exige ; ou lorsque la Constitution permet à la fédération de l'établir sur la base du droit fédéral. Pour le premier scénario, voy. art. 90 (2) de la Constitution : « Les Länder ou les collectivités publiques qui sont dotées de l'autonomie financière et sont compétentes selon le droit du Land administrent par délégation de la Fédération les autoroutes et autres routes fédérales pour le trafic à grande distance ».

(23) Art. 84 (1) de la L. fondamentale.

(24) Art. 84 (2) de la L. fondamentale.

(25) Art. 84 (5) de la L. fondamentale : « Une loi fédérale, qui requiert l'approbation du Bundesrat, peut conférer au Gouvernement fédéral, en vue d'assurer l'exécution des lois fédérales, le pouvoir de donner des instructions spéciales pour des cas particuliers. Sauf si le Gouvernement fédéral estime qu'il y a urgence, elles doivent être adressées aux autorités administratives suprêmes des Länder ». Une instruction fédérale est un ordre administratif interne qui n'a pas d'effet sur les tiers. Alors que l'instruction fédérale doit, par principe, être adressée aux organes administratifs supérieurs, en cas d'urgence, l'ordre fédéral peut également être adressé à des échelons administratifs inférieurs. L'idée selon laquelle l'ordre fédéral devrait être principalement dirigé à l'égard des organes administratifs supérieurs a été formulée pour protéger, dans une certaine mesure, l'autonomie administrative des États. Pour des exemples d'ordre individuel adressés aux administrations des États, voy. W. BLÜMEL, « Verwaltungszuständigkeit », in J. ISENSEE et P. KIRCHHOF (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV*, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, p. 876.

(26) Art. 85 (1) de la L. fondamentale.

(27) Art. 85 (2) de la L. fondamentale.

(28) Art. 85 (3) de la L. fondamentale : « Les administrations des Länder sont soumises aux instructions des autorités fédérales suprêmes compétentes. Sauf si le Gouvernement fédéral estime qu'il y a urgence, les instructions doivent être adressées aux autorités administratives suprêmes des Länder. Les autorités administratives suprêmes des Länder doivent assurer l'exécution de l'instruction ».

(29) *BVerfGE* 11, 6 (Dampfkessel), 17.

(30) Ce n'était pas (encore) le cas dans la Constitution impériale de 1871. L'Union (d'alors) n'était pas autorisée à commander un organe ou un officiel des administrations des États directement. Voy. A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1892, 208 (translation – RS) : « The States face the Empire as *closed units* ».

(31) W. BLÜMEL, « Verwaltungszuständigkeit », *op. cit.*, p. 898 (translation – RS) : « Insofar, there exists not only a real hierarchical relation (superordination and subordination) between the federal and state authorities; the latter are in fact integrated into a unitary administrative structure ».

(32) La vision orthodoxe du constitutionnalisme allemand insiste sur la « séparation des sphères administratives » entre l'Union et les États et ainsi pose généralement le principe d'une « interdiction d'administration mixte ». La Cour constitutionnelle allemande a tenté de dépasser cette orthodoxie théorique dans la décision *BVerfGE* 63, 1 (Schornsteinfegerversicherung), pp. 39-40 : « There is no general constitutional principle according to which executive competences must be exclusively exercised by the Union or the States unless the Constitution expressly provides otherwise. Such a general principle cannot be derived from the general structure of the Constitution ». Cependant, la jurisprudence plus récente a ravivé cette idée, voy. *BVerfGE* 108, 169 (Telekommunikationsgesetz), 182.

(33) L'exécution par les États fédérés du droit fédéral par le biais d'une commission fédérale a été caractérisée comme un entre-deux entre l'administration de l'État et l'administration fédérale, voy. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Band 2*, Munich, C.H. Beck, 1980, p. 808 : « [E]in "Mittelding" zwischen landeseigener und bundeseigener Verwaltung » ; voy. également H.-H. TRUTE, « Artikel 85 », in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN et C. STARCK (éds.), *Kommentar zum Grundgesetz – Band 3*, Vahlen, 2005, p. 72 : « Zwischenform zwischen Landeseigenverwaltung und Bundesverwaltung ».

(34) *BVerfGE* 11, 6 (Dampfkessel), 18 (translation – RS) : « The executive sovereignty of a State is principally confined to its territory. However, it is an essential characteristic of the state execution of federal laws that the state administrative act that implements federal law will enjoy validity in the entire federal territory ».

(35) M. P. CHITI, « Forms of European Administrative Action », *Law & Contemp. Probs.*, 2004-5, vol. 68, pp. 37-38.

(36) L'article 14 CECA énonçait : (1) Pour l'exécution des missions qui lui sont confiées et dans les conditions prévues au présent traité, la Haute Autorité prend des décisions, formule des recommandations ou émet des avis. (2) Les décisions sont obligatoires en tous leurs éléments. (3) Les recommandations comportent obligation dans les buts qu'elles assignent, mais laissent à ceux qui en sont l'objet le choix des moyens propres à atteindre ces buts ».

(37) L'article 15 (2) CECA distinguait entre les décisions individuelles et à portée générale.

(38) L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union Européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, op. cit., pp. 1-2.

(39) E. GRABITZ, « The Sources of Community Law: Acts of the Community Institutions », in EC Commission (éd.), *Thirty Years of Community Law*, EC Commission, 1981, pp. 81-88 : « As a rule, the Treaties establishing the European Communities leave the Community institutions with no choice as regards the legal form which their acts take; on the contrary, for each enabling rule they prescribe the form in which the required provisions must appear ». La Communauté européenne n'a ainsi pas suivi le « principe d'intervention minimale » : pour un exposé sur ce principe, voy. R. SCHÜTZE, « The Morphology of Legislative Power in the European Community: Legal Instruments and the Federal Division of Powers », *YEL*, 2006, vol. 25, pp. 91-145.

(40) Le traité de Rome de 1957 mentionnait expressément le pouvoir d'adopter des « décisions » adressées aux individus dans trois domaines : agriculture (art. 43 CEE), transport (art. 79 et 80 CEE) et concurrence (art. 85 et s CEE).

(41) M. P. CHITI, « Forms of European Administrative Action », op. cit., pp. 37-42.

(42) Cela découlait de sa place au sein du Traité, qui régissait les relations interinstitutionnelles (voy. C. MÖLLERS, « Durchführung des Gemeinschaftsrechts: Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen », *EuR*, 2002, pp. 483-498). *This has been confirmed by Case C-257/01, Commission c/ Council*, [2005] ECR I-345, § 66 : « [T]he provision does not concern the division of powers between the Community and the Member States ».

(43) Pour une approche différente, voy. G. BIAGGINI, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, 77, argumentant en faveur d'une compétence exécutive autonome (limitée) de la Commission sur le fondement des articles 202 et 211 CE. Cependant, cette conception est difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour de justice, CJCE, 13 novembre 1991, *France c/ Commission*, aff. C-303/90, *Rec.*, p. I-5315, pt 30.

(44) Sur cette excellente question, voy. M. KLEPPER, *Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht*, op. cit., pp. 72-73.

(45) CJCE, 9 août 1994, *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil*, aff. C-359/92, *Rec.*, p. I-3681.

(46) Dir. 92/59/CEE, relative à la sécurité générale des produits, *JO*, L 228, 1992, p. 24. La directive est désormais remplacée par la directive 2001/95/CE, relative à la sécurité générale des produits (*JO*, L 11, 2002, p. 4).

(47) L'argument principal de l'Allemagne est cité au point 17 : « Le gouvernement allemand oppose, en substance, à cette argumentation que les articles 100 et suivants du traité, en particulier l'article 100 A, paragraphe 1, ont exclusivement pour objet le rapprochement des législations et ne comportent donc pas le pouvoir d'appliquer le droit aux cas particuliers, aux lieu et place des autorités nationales, comme le permet l'article 9 de la directive. Il ajoute que les pouvoirs qui sont conférés à la Commission en vertu de l'article 9 de la directive vont donc au-delà des compétences qui, dans un État fédéral tel que la République fédérale d'Allemagne, sont celles du Bund par rapport aux Länder, dans la mesure où, selon les dispositions de la loi fondamentale allemande, les Länder sont compétents pour l'exécution des lois fédérales. Enfin, selon lui, l'article 9 de la directive ne peut pas non plus être considéré comme une compétence d'exécution, au sens de l'article 145, troisième tiret, du traité car cet article ne contient aucune compétence matérielle propre mais habilite seulement le Conseil à conférer des compétences d'exécution à la Commission lorsqu'il existe dans le droit communautaire primaire une base juridique pour l'acte juridique à exécuter et pour les mesures d'exécution ». Cette conception est partiellement partagée par l'avocat général Jacobs, voy. *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil*, spéc. pt 36.

(48) Selon l'article 9 de la directive : « Si la Commission, par voie de notification faite par un État membre ou par des informations fournies par un État membre, notamment au titre des articles 7 et 8, a connaissance de l'existence d'un risque grave et immédiat qu'un produit présente pour la santé et la sécurité des consommateurs dans différents États membres, et si : a) un ou plusieurs États membres ont pris des mesures restreignant la mise sur le marché du produit ou imposant son retrait du marché, telles que celles prévues par l'article 6 paragraphe 1 points d) à h) et b) il existe une divergence entre les États membres en ce qui concerne l'adoption des mesures relatives au risque en question et c) le risque ne peut pas, compte tenu de la nature du problème de sécurité posé par le produit, de manière compatible avec l'urgence, être traité dans le cadre des procédures prévues par les réglementations communautaires spécifiques applicables au produit ou à la catégorie de produits concernés et d) le risque peut être éliminé efficacement seulement par l'adoption de mesures appropriées applicables au niveau communautaire afin d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs et le bon fonctionnement du marché commun, la Commission, après avoir consulté les États membres et à la demande d'au moins un d'entre eux, peut arrêter une décision, conformément à la procédure prévue à l'article 11, qui impose aux États membres l'obligation de prendre des mesures temporaires parmi celles prévues par l'article 6 paragraphe 1 points d) à h) ».

(49) CJCE, 9 août 1994, *République fédérale d'Allemagne c/ Conseil*, préc., pts 37-38. La Cour a également considéré que l'article 9 de la directive était une compétence exécutive « proportionnée » de la Communauté, voy. également point 46 : « Ces pouvoirs ne sont pas excessifs au regard des objectifs poursuivis. En effet, contrairement à ce que soutient le gouvernement allemand, la procédure de manquement, prévue à l'article 169 du traité, ne permet pas d'atteindre les résultats visés par l'article 9 de la directive ».

(50) CJCE, 6 décembre 2005, *Royaume-Uni c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-66/04, *Rec.*, p. I-10553. Concernant le recours à l'article 95 CE pour créer un organe communautaire, voy. CJCE, 2 mai 2006, *Royaume-Uni c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-217/04, *Rec.*, p. I-3771, spéc. pt 44 : « Il convient d'ajouter à cet égard que rien dans le libellé de l'article 95 CE ne permet de conclure que les mesures adoptées par le législateur communautaire sur le fondement de cette disposition doivent se limiter, quant à leurs destinataires, aux seuls États membres. Il peut en effet s'avérer nécessaire de prévoir, selon une appréciation faite par ledit législateur, l'institution d'un organisme communautaire chargé de contribuer à la réalisation d'un processus d'harmonisation dans des situations où, pour faciliter la mise en œuvre et l'application uniformes de actes fondés sur ladite disposition, l'adoption de mesures d'accompagnement et d'encadrement non contraignantes apparaît appropriée ».

(51) D'après la procédure d'autorisation prévue dans le règlement n° 2065/2003/CE (*JO*, L 309, 2003, 1), un requérant individuel doit envoyer sa demande à l'autorité nationale compétente, qui l'envoie à l'Agence européenne de sécurité alimentaire (voy. art. 7). L'agence transmet alors son avis sur la demande à la Commission, aux États membres et au requérant (art. 8). La Commission adopte enfin la décision finale (art. 9), selon la procédure prévue par l'article 19 (2) du règlement.

(52) Art. 9 (1) (b) du règl. ; voy. également : art. 11 (1) du règl.

(53) CJCE, *Royaume-Uni c/ Conseil*, préc., pt 18.

(54) *Ibid.*, pt 64.

(55) CJCE, 2 mai 2006, *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil*, C-217/04, *Rec. p. I-3771*, § 44.

(56) Sur la pertinence constitutionnelle de l'article 308 CE dans ce cadre, voy. R. SCHÜTZE, « Organized Change towards an "Ever Closer Union": Article 308 EC and the Limits to the Community's Legislative Competence », *YEL*, 2003, vol. 22, pp. 79-95 : « *The Two Dimensions of Power: Regulatory Instruments and Article 308 EC* ».

(57) Dans ce sens, voy. M. KLEPPER, *Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht*, op. cit., p. 89 : « *Beim Einsatz der Ermächtigung aus art. 308 EGV muß der Gemeinschaftsgesetzgeber stets darauf achten, daß er die Grenze zur Vertragsveränderung nicht überschreitet. art. 308 kann nur für solche Maßnahmen in Anspruch genommen werden, die sich in die vorgefundenen Grundstruktur des EG-Vertrages einfügen. Deshalb dürfen auf Art.308 EGV keine Kompetenzzuweisungen gestützt werden, durch die administrative Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten grundlegend verändert würde. Insbesondere scheidet die Einführung einer allgemeinen Vollzugsbefugnis der Gemeinschaft aus* ».

(58) Pour une discussion des « limites externes » de l'article 308 CE, voy. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism*, op. cit., pp. 140 et s.

(59) Pour une vue opposée M. NETTESHEIM, « Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa », *EuR*, 2004, vol. 39, p. 511, spéc. p. 522 : « *Eine wirkliche Lücke weist der Vertrag über eine Verfassung für Europa insofern auf, als er sich der Frage der Verteilung der Verwaltungszuständigkeiten nicht annimmt* ».

(60) Art. 4 (3) TUE.

(61) Certains ont même avancé l'idée que la Commission bénéficierait d'une compétence autonome sur le fondement de l'article 291 (2) TFUE, voy. J. P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne : une vue cavalière », *RTDE*, 2008, vol. 44, p. 439, spéc. p. 480 : « [L]e pouvoir d'exécution appartient à la Commission qui ne dispose plus, comme dans la situation actuelle, d'un pouvoir délégué, mais d'un pouvoir propre ».

(62) Par exemple, l'article 207 TFUE permet seulement à l'Union de mettre en œuvre sa compétence en matière de politique commerciale commune au moyen de deux instruments : le règlement et l'accord international. Toutes « mesures définissant le cadre dans lequel est mise en œuvre la politique commerciale commune » doivent être adoptées « par voie de règlements » et « conformément à la procédure législative ordinaire » (§ 2). L'article 207 TFUE ne permettra pas, en lui-même, à l'Union d'adopter des décisions individuelles. Cette limitation morphologique perdurera même si le législateur de l'Union décide de déléguer une compétence d'exécution à la Commission, dans la mesure où l'article 290 TFUE précise que la Commission peut seulement adopter « des actes non législatifs de portée générale » (§ 1).

(63) Il est possible d'identifier une *lex specialis* exécutive dans le domaine de la concurrence avec l'article 105 TFUE. Il prévoit que la Commission veille à l'application des principes fixés par les articles 101 et 102. Ainsi, elle « instruit [...] les cas d'infraction présumée aux principes précités ». Le paragraphe 3 offre une base juridique spécifique pour les mesures d'exécution de nature réglementaire : « La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'accords à l'égard desquelles le Conseil a adopté un règlement ou une directive conformément à l'article 103, paragraphe 2, point b) ». Après l'adoption du traité de Lisbonne, le règlement de base est encore le règlement n° 19/65 sur le fondement duquel la Commission a récemment adopté le règlement n° 330/2010 relatif à l'application de l'article 101 (3) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux catégories d'accords verticaux et aux pratiques concertées (*JO*, L 102/1, 2010).

(64) Sur le caractère subsidiaire de l'article 308 CE au sein de l'ordre juridique de l'Union, voy. R. SCHÜTZE, « Organized Change towards an “Ever Closer Union” : Article 308 EC and the Limits to the Community’s Legislative Competence », *op. cit.*, p. 99 et s.

(65) L'article 291 (3) TFUE prévoit que ces mécanismes de contrôle doivent être approuvés par la voie de la procédure législative « ordinaire ». Il est donc peu probable que le législateur de l'Union autorisera un droit de veto national.

(66) Commission européenne, Proposition de règlement établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

(67) *Ibid.*, art. 2.

(68) Règl. (UE) n° 182/2011, du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (*JO*, L 55, 28 février 2011, pp. 13-18). Le règlement fait actuellement l'objet d'un processus de réexamen, voy. COM(2017) 85 final, spéc. p. 2.

(69) *Ibid.*, art. 8.

(70) *Ibid.*, art. 3 (2).

(71) M. P. CHITI, « Forms of European Administrative Action », *op. cit.*, p. 42 ; et il poursuit (*ibid.*, spéc. p. 57) : « *What is lacking in Community administrative law is a complex of original principles similar to those worked out for the “constitutional” dimension of the Community legal order, principles such as supremacy of Community law, direct effect* ». « *Thus, the task awaiting scholars is the creation of new principles appropriate to the administrative law of European integration* ».

(72) Art. 5 (1) du Traité CEE (1957).

(73) P. DANN, « European Parliament and Executive Federalism: Approaching a Parliament in a Semi-Parliamentary Democracy », *op. cit.*

(74) À propos des agences européennes, voy. E. CHITI, « Agences, administration indirecte et co-administration », dans cet ouvrage.

(75) Pour une conclusion similaire, voy. B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *op. cit.*, pp. 17-97 : « Mais, contrairement à une idée assez largement répandue, la dissociation fréquente entre compétence exécutive et compétence législative ne résulte pas directement du caractère fonctionnel de ce principe [d'attribution]. En réalité, lorsque son attribution à l'un ou l'autre des niveaux de pouvoir ne ressort pas expressément d'une prescription des traités, la compétence d'exécuter le droit communautaire adopté en conformité avec les traités appartient aussi, sur le principe, à la collectivité titulaire de la compétence législative ». Cependant, l'auteur parvient à cette conclusion par une voie différente et, selon moi, erronée. Il se fonde notamment sur le fait que les articles 202 et 211 CE et l'article 6 (4) UE reconnaissent à la Communauté des compétences exécutives générales. Pour une position opposée, selon laquelle les compétences exécutives de l'Union demeurent des exceptions, voy. Chr. TRÛE, « Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages », *ZaöRV*, 2004, vol. 64, pp. 391-418 : « *[D]ie Vollzugskompetenzen in den meisten Gebieten ausschließlich bei den Mitgliedstaaten liegen* » ; P. DANN, « European Parliament and Executive Federalism: Approaching a Parliament in a Semi-Parliamentary Democracy », *op. cit.* ; également : E. SCHMIDT-ASSMANN, « Einleitung: Der Europäische Verwaltungsbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts », *op. cit.* : « *[D]ie Gemeinschaft selbst verfügt nur über wenige eigene Verwaltungskompetenzen* ».

(76) Art. 5 (3) TUE.