

L'application du principe de subsidiarité dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne / The Principle of Subsidiarity within the External Action of the European Union

Isabelle Bosse-Platière

Abstract

Prescribed in Article 5 TEU, the principle of subsidiarity is one of the constitutional principles of the EU regarding the exercise of non-exclusive powers of the European Union. Its function in the EU system is to determine the pertinent level of action considering the criteria of insufficiency of Member States action and added value of the one conducted by the EU (Article 5, paragraph 3, TEU).

The question addressed in this chapter is whether and to what extent the principle of subsidiarity is applicable in the external action of the EU. This is a very sensitive question considering the symbolic dimension of subsidiarity as a federal principle. Considering the general nature of the principle, there is no doubt it is applicable in the field of external action of the EU, although it rarely motivates the decisions to conclude international agreements. Nevertheless, the application of the subsidiarity principle may raise important issues regarding the visibility of the EU on the international stage. The first issue concerns the scope of the principle in the context of a complex distribution of external powers between the EU and Member States. As is well known, it is not easy to determine the exact nature of the external competences of the EU and the principle shall not apply when the conditions provided in Article 3, paragraph 2, TFEU are fulfilled. The first two conditions are quite simple to assess, as they require the previous adoption of an internal act. One can assume that the subsidiarity test was carried out when internal acts were adopted, long before international agreements were adopted. The third condition – the criterion of necessity – is much more interesting regarding the implementation of subsidiarity. In this context, subsidiarity and necessity derive from the same logic: the realisation of the objectives set out in the Treaties. The implementation of subsidiarity in case of non-exclusive powers can concern a large range of situations in which this principle plays a more or less important role:

shared competences (Article 4, paragraph 2, TFEU), parallel competences (Article 4, paragraphs 3 and 4, TFEU) and the competence in the CSFP area. The second question regarding the implementation of subsidiarity in the external action concerns its consequences for the Member States and for the EU institutions. For the Member States, the principle requires that the complementarity of both national and European actions shall be respected. As for the institutions, a better involvement of national parliaments during the negotiation process could be a solution ensuring an efficient ratification of mixed agreements as well as respect of subsidiarity.

« Principe d'essence politique »¹, le principe de subsidiarité avait fait une apparition remarquée en droit primaire lors de l'Acte unique européen², mais ce n'est qu'avec le traité de Maastricht qu'il a acquis la portée de principe du droit de l'Union européenne qu'on lui connaît aujourd'hui³. Désormais inscrit à l'article 5 du Traité sur l'Union européenne (TUE), il est, avec le principe de proportionnalité, l'un des deux principes qui « régissent l'exercice des compétences [de l'Union] ». S'appliquant aux compétences non exclusives attribuées à l'Union, il a essentiellement pour fonction de permettre la détermination du niveau pertinent de l'action, celui auquel devront s'exercer les compétences au regard de l'objectif poursuivi, en fonction des critères posés à l'article 5, paragraphe 3, TUE d'insuffisance de l'action des Etats membres d'une part, et de la valeur ajoutée de l'action de l'Union d'autre part. Considéré à la fois comme un frein au développement excessif de la réglementation de l'Union dans les domaines où la compétence de principe reste entre les

-
- 1 Commission européenne, *Le principe de subsidiarité*, SEC (1992) 1990 final, 27 octobre 1992, reproduit in *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 28, n°4/1992, p. 728.
 - 2 Lors de l'attribution à la Communauté européenne d'une nouvelle compétence en matière d'environnement.
 - 3 V. K. Lenaerts, P. Van Ypersele, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *Cahiers de droit européen*, vol. 10, n°1-2/1994, p. 3; H. Bribosia, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Commentaire sur l'article 3B du traité de Maastricht », *Revue du marché unique européen*, n°4/1992, p. 165.

maines des Etats⁴ et comme un « principe instrumental »⁵ favorisant l'action de l'Union dans ces domaines, le principe de subsidiarité est frappé d'une incontestable ambiguïté⁶. Il joue en tout cas un rôle ambivalent dans la construction européenne, compte tenu de l'appréciation très politique sur laquelle repose sa mise en œuvre et de la difficulté de son contrôle juridictionnel⁷.

Si le principe de subsidiarité a fait l'objet de nombreuses analyses en droit de l'Union européenne⁸, son application en droit des relations extérieures a assez peu mobilisé la doctrine⁹. Sans doute cette relative indifférence peut-elle s'expliquer par le fait que ce principe est très rarement évoqué au titre de la motivation des actes en matière externe. Tout au plus le trouve-t-on abordé, de manière souvent lapidaire, voire elliptique, dans les éléments juridiques présidant à la présentation des propositions d'actes élaborées par la Commission européenne¹⁰. La Cour de justice, quant à elle, n'a jamais été appelée à trancher un litige dans lequel était en cause l'application du principe de subsidiarité en matière externe.

4 V. D. Gadbin, « Organisation des compétences et stratégies d'intégration communautaire après le traité de Maastricht », *Revue du droit public*, n°5/1995, p. 1293.

5 G. Strozzi, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 30, n°3/1994, p. 375.

6 M. Blanquet, « Compétences de l'Union européenne. Exercice – Régulation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 175, septembre 2014, point 16.

7 C. Blumann, « Le contrôle juridictionnel des principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit de l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 439; B. Bertrand, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 48, n°2/2012, p. 329.

8 Pour une analyse récente, v. T. van den Brink, « The Substance of Subsidiarity : the Interpretation and Meaning of the Principle after Lisbon », in M. Trybus, L. Rubini (dir.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Birmingham, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 160.

9 Une référence est toutefois à signaler : A. Martinache, « Une application de la subsidiarité : la Cour de justice et les compétences externes », *Revue des affaires européennes/ Law & European Affairs*, vol. 8, n°1-2/1998, p. 63.

10 Par exemple, voir la proposition de décision concernant la conclusion du protocole modifiant l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part, COM(2010) 208 final/2, 4 mai 2010, 10 p.

Il est vrai que l'affirmation de l'Union en tant qu'acteur sur la scène internationale est toujours une question sensible pour les Etats membres qui restent des sujets de droit international. Et la dimension symbolique du principe de subsidiarité en tant que principe d'essence fédéral n'est pas un facteur encourageant. L'application de la subsidiarité « à l'externe » est donc susceptible de revêtir des enjeux importants en termes de visibilité de l'Union sur la scène internationale, parfois au détriment de celle des Etats membres. Faut-il pour en autant en déduire que ce principe ne serait pas opposable à l'action extérieure ou, plus largement, que celle-ci serait rétive à son application? A l'évidence, non. Tout d'abord, il découle d'une jurisprudence bien établie de la Cour que l'absence d'une référence explicite au principe de subsidiarité dans la motivation d'un acte ne fait pas obstacle à ce qu'il ait effectivement présidé à son adoption¹¹ et donc à son contrôle. Ensuite, inséré au sein du titre I du TUE consacré aux « Dispositions communes », l'article 5 TUE est formulé en termes généraux : le paragraphe 1^{er} établit les rapports entre les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité pour l'ensemble des compétences de l'Union¹² et le paragraphe 3 TUE définit les conditions de mise en œuvre du principe de manière générale, sous réserve de son application aux compétences non exclusives de l'Union. D'ailleurs, dans son avis 2/94, la Cour de justice a pris soin de préciser que le respect du principe d'attribution des compétences « s'impose tant pour l'action interne que pour l'action internationale de la Communauté »¹³. Il en découle que la même constatation doit être également faite pour les principes qui régissent l'exercice des compétences.

Certes, une telle interprétation pourrait éventuellement être contredite par une interprétation de l'article 5, paragraphe 3, TUE en liaison avec le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui se réfère uniquement aux « actes législatifs », c'est-à-dire, en vertu de l'article 289, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de

11 Arrêt de la Cour du 13 mai 1997, *Allemagne / Parlement européen et Conseil*, C-233/94, EU:C:1997:231, point 28.

12 « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ».

13 Avis de la Cour du 28 mars 1996, 2/94, *Adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, EU:C:1996:140, point 24.

l'Union européenne (TFUE), aux « actes juridiques adoptés par procédure législative ». Or, on sait que la qualification de la procédure de conclusion des accords externes prescrite à l'article 218 TFUE en tant que procédure législative peut prêter à discussion¹⁴. Toutefois, si une interprétation restrictive devait être retenue, faisant de la procédure de l'article 218 TFUE une procédure innommée, non législative, cela aurait peu d'incidence sur l'application du principe de subsidiarité à l'action extérieure de l'Union européenne. En effet, le protocole n° 2 n'a pas pour fonction de définir la portée du principe; il a seulement pour objet d'en préciser les modalités de mise en œuvre et de contrôle s'agissant des actes législatifs. Il n'exclut donc pas que le principe, rédigé en termes très généraux à l'article 5 TUE, puisse être applicable à l'ensemble de l'activité de l'Union, y compris son action extérieure.

L'application du principe de subsidiarité en matière d'action extérieure pose de redoutables questions, compte tenu de la complexité du mode de répartition des compétences externes de l'Union et de ses Etats membres et de leur exercice. En effet, l'application du principe de subsidiarité suppose qu'aient été préalablement résolues les questions liées à l'existence et surtout à la nature de la compétence. Or, la détermination de la nature de la compétence externe est souvent une question délicate qui nécessite un effort interprétatif dont les rouages ne sont parfois pas seulement juridiques et ne sont d'ailleurs pas nécessairement étrangers à une certaine logique de subsidiarité (I). Parallèlement, l'application de la subsidiarité est également sous-tendue par des enjeux politiques internationaux toujours sensibles en termes d'affirmation de l'Union et de préservation de la liberté d'action des Etats membres. Elle revêt donc une dimension plus institutionnelle : à ce titre, elle constitue un principe fondamental de l'Union

14 V. arrêt de la Cour du 21 décembre 2015, *Conseil / Front Polisario*, C-104/16 P, EU:C:2016:973. Dans ses conclusions présentées le 13 septembre 2016, l'Avocat général Wathelet, confirmant en cela la position retenue précédemment par le Tribunal (v. arrêt du Tribunal du 10 décembre 2015, *Front Polisario / Conseil*, T-512/12, EU:T:2015:953), considère que la procédure de conclusion des accords externes doit être considérée comme une procédure législative (v. conclusions présentées le 13 septembre 2016, EU:C:2016:677, points 151 à 161) mais dans son arrêt, la Cour ne se prononce pas sur cette question. En revanche, dans l'arrêt du 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie / Conseil* (C-643/15 et C-647/15, EU:C:2017:631) la Cour semble infirmer la thèse défendue par l'Avocat général Wathelet. Sur les incidences de cette question sur le contrôle de la subsidiarité en matière externe, voir *infra*.

en liaison avec le principe d'ouverture et l'objectif de « création d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe dans lesquelles les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité »¹⁵. Dès lors, dans un contexte actuel marqué par une crispation des Etats membres sur la question des compétences externes et par des tensions vives entre l'Union et les Etats membres autour de la négociation et de la ratification de certains accords¹⁶, notamment mixtes, la question se pose de savoir si la subsidiarité ne pourrait pas apparaître comme un facteur de rationalisation de ces relations au service d'une meilleure articulation des niveaux de pouvoirs européens et étatiques en matière externe (II).

I. Le champ d'application du principe de subsidiarité confronté à la complexité du mode d'organisation des compétences externes

Le champ d'application du principe de subsidiarité est défini à l'article 5, paragraphe 3, TUE par défaut : il s'applique « dans les domaines qui ne relèvent pas de [la] compétence exclusive » de l'Union. Dès lors, la règle posée par le traité est *a priori* fort simple : à partir du moment où une mesure est envisagée par l'Union européenne dans un domaine qui ne relève pas de sa compétence exclusive, l'adoption de cette mesure est soumise au respect du principe de subsidiarité et ne peut donc se justifier que si elle satisfait aux conditions, fixées à l'article 5, paragraphe 3, TUE. Or, envisagée à l'aune des compétences externes, cette règle se heurte en pratique à la difficulté de déterminer avec certitude la nature des compétences externes, et ce malgré les clarifications apportées par le traité

15 C'est également en ce sens que l'ex-article 2 TUE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, prévoyait que « les objectifs de l'Union sont atteints conformément aux dispositions du présent traité, dans les conditions et selon rythmes qui y sont prévus, dans le respect du principe de subsidiarité ». C'est ce qui d'ailleurs avait pu justifier que l'on considère alors que la subsidiarité était applicable à l'ensemble de l'UE, y inclus les 2^{ème} et 3^{ème} piliers. A ce sujet, v. H. Brimbosia, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres », *supra* note 3, spéc. p. 178.

16 Tensions dont se font l'écho les nombreux contentieux portés devant la Cour de justice depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et dans lesquels sont en cause l'articulation des compétences et des pouvoirs en matière externe.

de Lisbonne¹⁷. Il en découle que le principe ne saurait s'appliquer lorsque l'Union dispose d'une compétence exclusive pour conclure un accord externe (A). Parallèlement, le régime des compétences partagées étant moins monolithique que ne le laissent penser les dispositions des traités, derrière le caractère englobant de la formule des « compétences non exclusives » se dessine une mosaïque de situations au sein de laquelle le principe de subsidiarité s'appliquera de manière variable (B).

A. La non-application du principe de subsidiarité aux compétences externes exclusives

La détermination des compétences exclusives conditionne le champ d'application du principe de subsidiarité. Les traités envisagent deux hypothèses de compétences exclusives pour lesquelles l'exclusion du principe de subsidiarité se pose de manière différente : l'exclusivité par nature et l'exclusivité par exercice.

Les compétences exclusives par nature sont définies de manière exhaustive par le TFUE à l'article 3, paragraphe 1^{er}. Elles ne soulèvent pas de problème particulier au regard de principe de subsidiarité dans la mesure où, par définition, il ne trouve pas à s'appliquer. En effet, les domaines concernés ont fait l'objet d'un transfert de compétences des Etats à l'Union, les privant ainsi du droit d'agir conformément à l'article 2, paragraphe 1, TFUE¹⁸. Outre la politique commerciale commune qui est, en tant que telle une politique externe¹⁹, l'article 3, paragraphe 1, TFUE en-

17 I. Bosse-Platière, « Le traité de Lisbonne et la clarification des compétences », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 520, juillet-août 2008, p. 441; C. Flaesch-Mougin, « Les compétences externes de l'Union européenne », in *Commentaire Mégret, Relations extérieures*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, à paraître, 112 p.; E. Neframi, « La compétence de l'Union européenne pour conclure un accord international », in *Revue de droit public*, n° 6/2016, p. 1639.

18 « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que 's'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ».

19 Ainsi que la Cour l'a affirmé dans son avis 1/75 s'agissant de la politique commerciale commune, « on ne saurait, dès lors, admettre que, dans un domaine tel que celui [de l'arrangement OCDE faisant l'objet de la demande d'avis] et qui relève de la politique d'exportation et plus généralement de la politique commerciale

visage quatre autres domaines de compétences exclusives de l'Union²⁰ mais dont la dimension externe est variable²¹, voire inexistante²².

L'autre hypothèse d'exclusivité envisagée à l'article 3, paragraphe 2, TFUE est plus intéressante à évoquer au regard du principe de subsidiarité, dans la mesure où la nature de ces compétences ne s'impose pas d'emblée. L'exclusion du principe de subsidiarité ne se présume donc pas mais dépend de l'exercice de la compétence. Il s'agit de la codification par le traité de Lisbonne de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux compétences implicites et qui reprend les conditions d'exclusivité de la compétence externe découlant de cette jurisprudence, initialement fixées dans l'arrêt *AETR*²³ et précisées par la suite notamment dans l'avis 1/94²⁴, les arrêts dits « Cielles ouverts »²⁵ ou encore l'avis 1/03²⁶. L'article 3, paragraphe 2, TFUE prévoit que « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ». Le champ d'application de cette disposition est néan-

commune, il y ait une compétence des Etats membres parallèle à celle de la Communauté, dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international ». V. avis de la Cour du 11 novembre 1975, 1/75, *Arrangement OCDE concernant une norme pour les dépenses locales*, EU:C:1975:145.

- 20 Il s'agit de l'union douanière, de l'établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, de la politique monétaire des Etats membres dont la monnaie est l'euro et de la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche.
- 21 C'est le cas de la politique monétaire pour les Etats membres qui ont l'euro qui donne lieu à relativement peu d'accords externes et à la conservation des ressources biologiques de la mer.
- 22 Ainsi, l'union douanière n'a pas d'autre volet externe que la politique commerciale commune et, en matière de concurrence, l'exclusivité de la compétence est circonscrite à l'établissement des règles « nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur ».
- 23 Arrêt de la Cour du 31 mars 1971, *Commission / Conseil (AETR)*, 22/70, EU:C:1971:32.
- 24 Avis de la Cour du 15 novembre 1994, 1/94, *Compétence de la Communauté pour conclure les accords issus du cycle d'Uruguay*, EU:C:1994:384.
- 25 Parmi les 7 arrêts, v. par exemple, arrêt de la Cour du 5 novembre 2002, *Commission / Allemagne*, C-476/98, EU:C:2002:631.
- 26 Avis de la Cour du 7 février 2006, 1/03, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle Convention de Lugano*, EU:C:2006:81.

moins plus large que la seule théorie des compétences implicites dans la mesure où elle est également susceptible de s'appliquer dans le cadre de l'exercice d'une compétence externe expressément prévue par le traité. En principe, il ne devrait pas y avoir application du principe de subsidiarité dans cette hypothèse mais, en réalité, la situation est plus complexe qu'il n'y paraît : il s'agit, en effet, de compétences partagées entre les Etats membres et l'Union, telles qu'elles sont énoncées à l'article 4, paragraphe 1, TFUE, et qui acquièrent le statut de compétences exclusives car elles ont été exercées préalablement au plan interne ou simultanément au plan externe par l'Union. Dès lors, il n'est pas exclu que le principe de subsidiarité ait un rôle à jouer dans l'exercice préalable de la compétence. Il convient, à cet égard, de distinguer les différentes situations envisagées par l'article 3, paragraphe 2, TFUE.

Les deux premières supposent l'adoption préalable par l'Union d'un acte interne qui conduit à l'exclusivité de la compétence externe, soit parce que cet acte prévoit la conclusion d'un accord, soit parce qu'il fixe des règles communes susceptibles d'être affectées par la conclusion d'un accord. On peut alors penser que c'est au stade de l'adoption de l'acte interne que le principe de subsidiarité a été amené à s'appliquer. Par exemple, dans l'avis 1/13, la Cour était interrogée sur le point de savoir si l'acceptation de l'adhésion d'un pays tiers à la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant relevait de la compétence exclusive de l'Union²⁷. Au terme d'une « analyse globale et concrète de la relation existant entre l'accord international envisagé et le droit de l'Union en vigueur [...] afin de vérifier si l'accord en question est susceptible de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles de l'Union »²⁸ – en l'occurrence le règlement (CE) n° 2201/2003²⁹ – la Cour conclut à l'exclusivité de la compétence de l'Union. Dans ce cas, le principe de subsidiarité a bien trouvé à s'appliquer à l'externe, mais de manière indirecte, le « test de subsidiarité » ayant été réalisé en amont, au stade de l'adoption de l'acte interne, ce que vien-

27 Avis de la Cour du 14 octobre 2014, 1/13, *Adhésion d'États tiers à la convention de La Haye*, EU:C:2014:2303.

28 *Id.*, point 74.

29 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338, du 23 décembre 2003, p. 1.

nent d'ailleurs confirmer les dispositions du règlement (CE) n° 2201/2003³⁰. Au stade de la procédure de conclusion de l'accord, il n'est donc plus besoin de s'interroger sur la pertinence ou la valeur ajoutée d'une action européenne. Les Etats membres ont, lors de l'adoption de l'acte interne, entériné l'idée que cette valeur ajoutée serait susceptible de se prolonger au plan externe : soit ils l'ont explicitement prévu dans l'acte – c'est l'hypothèse de la clause habilitante – soit cette valeur ajoutée est implicite dans le cas où la conclusion d'un accord est susceptible d'affecter les conditions de l'application de l'acte.

Mais qu'en est-il lorsque l'examen du droit interne ne permet pas de conclure à l'exclusivité de la compétence? Autrement dit qu'en est-il lorsque le critère de l'affectation des règles internes ne peut s'appliquer par insuffisance du taux de couverture³¹ et que l'effet préemptif de l'exercice préalable de la compétence interne n'est pas suffisant pour se prolonger à l'externe? Cet aspect mérite d'autant plus d'être souligné que le Protocole n° 25 restreint l'effet préemptif de l'exercice de la compétence aux seuls « éléments régis par l'acte » et non à la totalité du domaine³². Ce fut le cas, par exemple, en matière sociale, lors de l'avis 2/91 relatif à la Convention n° 170 de l'OIT³³ ou encore, en matière environnementale pour la conclusion du Protocole de Cartagena ayant donné lieu à l'avis 2/00³⁴. Dans ce cas, et également lorsque la compétence interne de

30 V. le considérant n° 32 du règlement précité qui motive l'adoption de l'acte au regard des critères de la subsidiarité fixés à l'ex-article 5 CE.

31 Selon la Cour, le critère de l'affectation des règles internes doit être interprété en ce sens que « la portée des règles communautaires est susceptible d'être affectée ou altérée par de tels engagements internationaux lorsque ces derniers relèvent d'un domaine déjà couvert en grande partie par de telles règles ». Pour une application concrète, v. arrêt de la Cour du 26 novembre 2014, *Green Network SpA*, C-66/13, EU:C:2014:2399, point 31.

32 En vertu du Protocole n° 25, « En ce qui concerne l'article 2, paragraphe 2, TFUE relatif aux compétences partagées, lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ».

33 Avis de la Cour du 19 mars 1993, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, 2/91, EU:C:1993:106.

34 Avis de la Cour du 6 décembre 2001, *Protocole de Cartagena*, 2/00, EU:C:2001:664.

l'Union ne donne pas lieu à l'adoption de règles communes³⁵, la compétence entre l'Union et les Etats membres est partagée et, en principe, potentiellement aussi bien les Etats membres que l'Union sont en droit d'agir, dans le respect du principe de subsidiarité. De fait, on peut penser que même si le test de subsidiarité a été fait lors de l'adoption de l'acte interne, il devrait être à nouveau fait si l'Union a l'intention d'exercer sa compétence au plan externe. En réalité, on peut se demander si, dans une telle situation, le principe de subsidiarité trouve réellement à s'appliquer dans la mesure où, en matière externe et sauf cas particuliers³⁶, une compétence partagée conduit en principe à la conclusion d'un accord mixte.³⁷ Dès lors, la mixité – c'est-à-dire la participation conjointe de l'Union et des Etats membres à la conclusion de l'accord – pourrait rendre sans objet la question du choix du niveau pertinent de l'action, sauf si l'on considère que l'Union peut exercer une compétence implicite partagée sur le plan externe³⁸.

Une question reste cependant en suspens : lorsque l'Union « choisi[t] d'exercer [sa compétence] partagée en devenant partie à [une] convention », selon la formule de la Cour dans l'arrêt dit de l'Usine MOX³⁹, à quelles considérations obéit ce choix? Il y a en effet nécessairement un moment où l'Union décide d'exercer sa compétence, même conjointement avec les Etats membres. On peut penser qu'elle le fait parce qu'elle considère – et les Etats membres avec elle – que cela représente un intérêt pour la réalisation de ses objectifs et une valeur ajoutée par rapport à l'action des Etats membres. Certes, la conclusion ou l'adhésion de l'Union à une convention internationale a une dimension globalisante et il n'est pas toujours aisé de répartir les causes juridiques, en termes de compétences, présidant à une telle décision. Les déclarations de compétences qui accom-

35 Avis de la Cour du 16 mai 2017, *Accord de libre échange avec la République de Singapour*, 2/15, EU:C:2017:376, points 227 et s. V. la contribution de Nicolas Pigeon dans cet ouvrage.

36 Ce sont les cas visés à l'article 4, paragraphes 3 et 4, TFUE. Voir *infra* B.

37 E. Neframi, *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, Systèmes Droit, LGDJ, 2010, p. 76.

38 V. dans ce volume, les contributions de Merijn Chamon et de Eleftheria Neframi. V. aussi arrêt de la Cour du 5 décembre 2017, *Allemagne / Conseil*, C-600/14, EU:C:2017:935.

39 Arrêt de la Cour du 30 juin 2006, *Commission / Irlande*, C-459/03, EU:C:2006:345, point 120.

pagent les décisions de conclusion d'une convention internationale⁴⁰, adoptées par le Conseil, rendent parfaitement compte de cette étroite imbrication de compétences nationales, de compétences exclusives de l'Union et enfin de compétences partagées, la frontière entre les deux dernières étant d'ailleurs susceptible d'évoluer en fonction des règles internes adoptées. Quoiqu'il en soit, si le principe de subsidiarité n'est pas expressément visé dans les motivations des décisions de conclusion adoptées par le Conseil, il n'est pas exclu que, s'agissant des domaines de compétences couverts par une convention, une « certaine logique de subsidiarité »⁴¹ ait présidé à leur adoption. Par exemple, dans la décision de conclusion de l'Accord de Paris sur le climat adoptée en octobre 2016⁴², le Conseil indique que cet accord est conforme aux objectifs de la politique environnementale de l'Union et que la mise en œuvre de l'accord requiert une action conjointe avec ses Etats membres. La déclaration de compétence qui accompagne la décision, quant à elle, confirme la compétence de l'Union en matière d'environnement, conformément à l'article 191 TFUE, sans autre précision quant au partage de cette compétence avec les Etats membres dans le champ couvert par l'Accord de Paris.

Il convient enfin d'évoquer la dernière hypothèse d'exclusivité par exercice des compétences externes prévue par l'article 3, paragraphe 2, TFUE, relative au critère dit de nécessité. Dans l'avis 1/76 concernant l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation sur le Rhin et la Moselle, la Cour a en effet considéré que « la compétence pour engager la Communauté vis-à-vis des tiers découle néanmoins de manière implicite des dispositions du traité établissant la compétence interne, pour autant que la participation de la Communauté à l'accord international, comme en l'occurrence, est nécessaire à la réalisation des objectifs de la Communauté »⁴³. Par la suite, la Cour a retenu des conditions très strictes

40 C. Flaesch-Mougin, « Déclaration de compétences et affirmation de l'identité de l'Union européenne sur la scène internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 233.

41 A. Martinache, « Une application de la subsidiarité : la Cour de justice et les compétences externes », *supra* note 9, p. 63.

42 Décision (UE) 2016/1841 du Conseil du 5 octobre 2016 relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord de Paris adopté au titre de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, *JO* L 282, du 19 octobre 2016, p. 1.

43 Avis de la Cour du 26 avril 1977, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, 1/76, EU:C:1977:63, point 4.

d'application du critère de nécessité qui rendent difficile sa mise en œuvre pratique⁴⁴. On peut néanmoins se demander si l'application du critère de nécessité n'entretient pas des liens étroits avec celle du principe de subsidiarité. En effet, les deux procèdent de la même logique : la réalisation des objectifs des traités commande l'action de l'Union. Dès lors, on peut considérer que l'exercice directement à l'externe par l'Union de sa compétence partagée, en application du critère de nécessité, conformément à l'article 3, paragraphe 2, TFUE, se confond avec l'application du principe de subsidiarité dans ce contexte. Ainsi, s'agissant par exemple des accords concernant la libéralisation des visas ou des accords de réadmission, il n'est pas toujours évident, sur la base des propositions ou des décisions de conclusion, de déterminer si leur adoption obéit au principe de subsidiarité ou à un critère de nécessité au sens de l'avis 1/76. Pour autant, si le résultat est le même, critère de nécessité et principe de subsidiarité ne doivent pas être confondus, dans la mesure où leur régime et leurs conséquences pour les Etats sont très différentes. Dans le cas du critère de nécessité visé à l'article 3, paragraphe 2, TFUE, l'exercice par l'Union de sa compétence conduit à un dessaisissement des Etats membres. La compétence change donc en quelque sorte de nature pour devenir exclusive. En revanche, dans le cadre de l'application du principe de subsidiarité, la compétence demeure partagée et pourrait donc être récupérée par les Etats membres si l'Union cessait de l'exercer.

B. L'application du principe de subsidiarité à une mosaïque de compétences externes non exclusives

Les traités envisagent plusieurs catégories de compétences non exclusives qui ne peuvent en aucun cas devenir exclusives par exercice. Ces catégories sont celles qui sont le plus directement concernées par l'application du principe de subsidiarité. Il s'agit des compétences partagées dites parallèles, des compétences d'appui, de coordination et de complément et enfin de la compétence de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

S'agissant tout d'abord des compétences dites parallèles, il s'agit des domaines de compétences partagées prévus à l'article 4, paragraphes 3 et

44 Voir l'interprétation donnée du critère de nécessité dans l'avis 1/94, *supra* note 24.

4, TFUE : la recherche, le développement technologique et l'espace d'une part et la coopération au développement et l'aide humanitaire d'autre part. Est aussi vraisemblablement concernée par cette catégorie, bien qu'elle ne soit pas mentionnée à l'article 4 TFUE, la compétence de l'Union en matière de coopération économique, financière et technique⁴⁵. Pour ces domaines et par dérogation à l'article 2, paragraphe 2, TFUE, la préemption ne joue pas et l'exercice par l'Union de sa compétence ne saurait donc « avoir pour effet d'empêcher les Etats membres d'exercer la leur ». Le caractère parallèle de la compétence de l'ancienne Communauté en matière de développement et d'aide humanitaire a été reconnu par la Cour de longue date, avant même son inscription dans le traité⁴⁶. Il découle des dispositions du TFUE que, dans les domaines de compétences partagées parallèles, l'Union peut conclure des accords avec des tiers ou des organisations internationales. Disposant d'une compétence, l'Union peut l'exercer seule, sans le concours des Etats membre. La pratique confirme d'ailleurs cette règle : ainsi l'Union conclut seule les accords de coopération scientifique et technique avec les Etats tiers et, même si la pratique a évolué depuis⁴⁷, la Communauté a conclu seule les premiers accords de coopération avec les pays tiers d'Amérique latine et d'Asie⁴⁸. Cette situation s'impose pour des motifs liés à l'application du principe de subsidiarité.

Dans le cadre de la recherche et de développement technologique, les accords ont pour objet d'étendre aux Etats tiers concernés les bénéfices et le régime du programme-cadre pluriannuel de l'Union⁴⁹. Fondée notamment sur l'article 182 TFUE⁵⁰, l'adoption de ce programme a été motivée

45 Sur ce point, voir C. Flaesch-Mouglin, « Les compétences externes de l'Union européenne », *supra* note 17, p. 96-97.

46 Arrêt de la Cour du 30 juin 1993, *Parlement européen / Conseil et Commission*, C-181/91 & C-248/91, EU:C:1993:271 et arrêt de la Cour du 2 mars 1994, *Parlement européen / Conseil*, C-316/91, EU:C:1993:271.

47 Voir C. Flaesch-Mouglin, « Les compétences externes de l'Union européenne », *supra* note 17.

48 C. Flaesch-Mouglin, J. Kasmi, J. Lebullenger « Les relations de la Communauté européenne avec les pays d'Asie et d'Amérique latine (ALA) », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 2230, septembre 2005.

49 Règlement (UE) n° 1291/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre de recherche et d'innovation « Horizon 2020 » (2014-2020), *JO L 347* du 20 décembre 2013, p. 104.

50 L'autre base juridique est l'article 173 TFUE relatif à la compétence de l'UE en matière d'industrie.

au regard du principe de subsidiarité⁵¹ et prévoit explicitement la possibilité d'y associer les pays tiers⁵². Toutefois, ainsi que le souligne Catherine Flaesch-Mougin, cette clause habilitante « acquiert dans ce cas une fonction différente de celle qu'elle joue dans les domaines de compétences partagées ordinaires : alors qu'elle entraîne, dans cette hypothèse, l'exclusivité de la compétence externe de l'Union, la clause habilitante, dans un domaine interne relevant d'une compétence partagée de type parallèle, fonde sa compétence externe et permet de justifier son intervention au plan externe »⁵³. S'agissant de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, le principe de subsidiarité est implicitement inscrit au sein des dispositions même du traité dans la mesure où les articles 209, paragraphe 2, TFUE et 214, paragraphe 4, TFUE donnent compétence à l'Union pour conclure « tout accord utile » à la réalisation des objectifs dans ces domaines. Cela implique que l'utilité d'un accord doit faire l'objet d'une évaluation dont les critères peuvent être ceux de la subsidiarité : insuffisance de l'action des Etats membres et valeur ajoutée de l'accord au regard des objectifs poursuivis. Certes, le principe, en lui-même, n'est pas systématiquement évoqué dans la motivation des décisions de conclusion des accords externes. Néanmoins, on le retrouve parfois dans les motivations juridiques présentées par la Commission dans sa proposition de décision de signature ou de conclusion des accords fondés, au moins partiellement, sur l'article 209 TFUE⁵⁴. Il est en revanche systématiquement présent dans les instruments unilatéraux : c'est le cas, par exemple, pour les sept règlements fixant les instruments de l'Union européenne pour le financement de l'action extérieure de l'Union. Fondés sur les articles 209

51 Voir le considérant 48 du règlement (UE) n° 1291/2013 *supra* note 49.

52 *Id.*, article 7.

53 C. Flaesch-Mougin, « Les compétences externes de l'UE », *supra* note 17 p. 98.

54 V. par exemple la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union et à l'application provisoire de l'accord-cadre entre l'Union européenne et ses Etats membres d'une part et l'Australie d'autre part, JOIN (2016) 8 final, 14 avril 2016, 6 p. spéc. p. 2-3.

TFUE et 212 TFUE⁵⁵, ces règlements sont tous motivés au regard du principe de subsidiarité⁵⁶.

Dans les domaines énoncés à l'article 6 TFUE, l'Union « dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres ». Cette compétence peut également se prolonger au plan externe afin de « favoris[er] la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales »⁵⁷. Même si la possibilité de conclure un accord n'est pas expressément prévue, la pratique témoigne notamment d'accords sectoriels conclus par l'Union dans les domaines concernés, y compris historiquement, sur le fondement de la compétence subsidiaire de la Communauté. La compétence de l'Union s'exerce conformément à l'article 2, paragraphe 5, TFUE dans le respect du principe de subsidiarité, envisagé de manière ascendante et justifiant l'action au niveau de l'Union. Les dispositions propres à chaque domaine sont fortement marquées par l'idée que les actions de l'Union « dans leur finalité européenne » doivent apporter une valeur ajoutée aux politiques nationales, sans remettre en cause leurs compétences. On notera d'ailleurs une certaine « indistinction du titulaire »⁵⁸ dans la dimension externe de ces compétences, les dispositions du TFUE se référant indifféremment à « L'Union et les Etats membres »⁵⁹. Cela n'a toutefois pas empêché l'Union de conclure seule des accords dans les domaines relevant de ces compétences. Ce fut par exemple le cas pour les accords avec le Canada ou les Etats-Unis établissant un cadre de coopération en matière d'en-

55 A l'exception de l'instrument d'aide à la préadhésion qui est uniquement fondé sur l'article 212 TFUE (coopération financière et technique) et l'instrument de partenariat et de coopération qui, en sus des articles 209 et 2012 TFUE est également fondé sur l'article 207 TFUE.

56 V., par exemple, le considérant 21 du règlement (UE) n° 236/2014 du Parlement européen et du Conseil énonçant les règles et modalités communes pour la mise en œuvre des instruments de l'Union européenne pour le financement de l'action extérieure, *JO L 77* du 15 mars 2014, p. 95.

57 C'est le cas en matière d'éducation et de formation professionnelle (articles 165, paragraphe 3 et 166, paragraphe 3, TFUE), de culture (article 167, paragraphe 3, TFUE), de santé (article 168, paragraphe 3, TFUE) et de réseaux transeuropéens (article 171, paragraphe 3, TFUE).

58 M. Blanquet, *Compétences de l'Union européenne. Architecture générale – Délimitation*, JurisClasseur Europe, Fasc. 170, janvier 2012, point 170.

59 V. par exemple, l'article 165, paragraphe 3, TFUE s'agissant de l'éducation, la formation professionnelle, jeunesse et sport.

seignement supérieur, de formation et de recherche⁶⁰ ou pour des accords avec la Bosnie-Herzégovine, la Serbie-Monténégro ou la Croatie concernant leur participation à certains programmes européens⁶¹. Toutefois, dans ces hypothèses, comme précédemment pour la recherche et le développement technologique, le « test de subsidiarité » a été réalisé antérieurement, lors de l'adoption des programmes de l'Union que ces accords ont vocation à étendre à des Etats tiers.

Enfin, la question de l'application du principe de subsidiarité à la PESC est un peu plus problématique. Sans entrer dans les débats relatifs à la nature de la compétence de l'Union en matière de PESC qui n'est pas qualifiée par les traités⁶², il peut être soutenu de manière certaine qu'elle n'est pas une compétence exclusive⁶³. Le principe de subsidiarité étant formulé en termes généraux à l'article 5, paragraphes 1^{er} et 3, TUE, il est d'application générale et devrait donc être applicable dans le cadre de la PESC⁶⁴, même si évidemment il ne saurait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel compte tenu de l'incompétence de la Cour. On notera néanmoins que dans un arrêt de 2006, le Tribunal a considéré qu'il n'était pas possible pour un requérant d'invoquer une violation du principe de subsidiarité lorsque la Communauté adopte, dans le cadre communautaire, des mesures restrictives prévues par une position commune PESC⁶⁵.

60 Pour l'accord avec le Canada : JO L 397 du 30 décembre 2006, p. 15. Pour l'accord avec les Etats-Unis : JO L 346 du 9 décembre 2006, p. 34.

61 V. JO L 192 du 22 juillet 2005, p. 9 (accord avec la Bosnie-Herzégovine), p. 16 (accord avec la Croatie) et 29 (accord avec la Serbie-Monténégro).

62 Le traité se borne à établir l'existence d'une compétence de l'Union pour « définir et mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune » (article 2, paragraphe 4, TFUE; v. également l'article 24 TUE). Mais la PESC n'est identifiée dans aucune des catégories de compétences visées aux articles 3, 4 et 6 TFUE.

63 Les Déclarations 13 et 14 insistent sur le fait que la PESC ne porte pas atteinte aux compétences de chaque Etat membre pour l'élaboration et la conduite de sa propre politique étrangère.

64 Déjà avant le traité de Lisbonne, le principe de subsidiarité était visé à l'ex-article 2 TUE en vertu duquel « les objectifs de l'Union sont atteints conformément aux dispositions du présent traité, dans les conditions et selon les rythmes qui y sont prévus, dans le respect du principe de subsidiarité, tel qu'il est défini à l'article 5 du TCE ». Cette disposition permettait de considérer qu'il était applicable aux deuxième et troisième piliers.

65 Arrêt du Tribunal du 12 juillet 2006, *Ayadi / Conseil*, T-253/02, EU:T:2006:200.

Même si le traité de Lisbonne a fait disparaître la référence à un critère de nécessité pour la conclusion des accords externes en matière de PESC⁶⁶, les dispositions du TUE confirment l'importance du principe de subsidiarité dans ce cadre : notamment l'article 28, paragraphe 1, TUE prévoit que « lorsqu'une situation internationale exige une action opérationnelle de l'Union, le Conseil adopte les décisions nécessaires ». Le traité de Lisbonne renforce d'ailleurs l'emprise de la subsidiarité dans la mesure où l'ex-article 14 TUE envisageait « certaines situations où une action opérationnelle est jugée nécessaire ». Même si les deux expressions véhiculent la même idée de « besoin impérieux »⁶⁷, l'emploi du singulier nous semble plus propice à l'application de la subsidiarité : en effet, c'est l'examen d'une situation internationale particulière – et non « certaines situations » envisagées de manière vague et au pluriel – qui justifiera que l'Union agisse. Elle le fera donc nécessairement par référence à la valeur ajoutée que représentera une telle action par rapport à celles des Etats membres pris isolément. Inversement, les Etats pourront considérer que la situation en cause ne justifie pas l'intervention de l'Union. En pratique, tous les accords dans le domaine de la PESC et fondés sur le seul article 37 TUE⁶⁸ ont été conclus par l'Union seule. Même si le principe de subsidiarité n'est pas évoqué dans la motivation des actes, on ne voit pas quelle autre considération pourrait justifier l'exercice par l'Union de sa compétence. En réalité, la plupart des accords PESC déjà conclus visent à permettre la participation des Etats tiers aux opérations de gestion des crises menées par l'Union européenne⁶⁹ et sont prévus par les décisions portant création de ces missions. Pour autant, la compétence de l'Union reste partagée dans la mesure où l'article 3, paragraphe 2, TFUE réserve l'exclusivité par exercice aux cas où la conclusion de l'accord est « prévue

66 L'ex-article 24 TUE prévoyait que « Lorsqu'il est nécessaire de conclure un accord avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales en application du présent titre... » alors que l'article 37 TUE se borne à établir la compétence de l'UE pour conclure des accords dans le domaine de la PESC.

67 E. Daniel, *La politique opérationnelle de l'Union européenne dans le cadre de la PESC : singularités et cohérences*, Thèse, Université de Paris I, juillet 2016, 687 p., spéc. p. 173.

68 La situation est différente pour les accords d'association post-Lisbonne qui sont fondés sur la double base juridique de l'article 217 TFUE et de l'article 37 TUE.

69 V. C. Schneider, « La participation des Etats tiers aux opérations de gestion des crises », in I. Bosse-Platière, C. Rapoport (dir.), *L'Etat tiers en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 255.

dans un acte législatif de l'Union ». Or, conformément à l'article 24 TUE, l'adoption d'acte législatif est exclue dans le domaine de la PESC.

II. La mise en œuvre du principe de subsidiarité au service d'une meilleure articulation des niveaux de pouvoirs dans le cadre de l'action extérieure

Dans le cadre de l'action extérieure de l'Union, la mise en œuvre matérielle du principe de subsidiarité requiert principalement la satisfaction des objectifs fixés par les traités en étroite complémentarité avec les actions nationales (A). D'un point de vue institutionnel, cette mise en œuvre requiert une clarification du rôle des différents acteurs, voire la promotion de celui des parlements nationaux, s'agissant plus particulièrement du contrôle de la subsidiarité (B).

A. La complémentarité des politiques et actions nationales et de l'Union sous le sceau de la subsidiarité

L'appréciation de la valeur ajoutée de l'action de l'Union se fait à l'aune de plusieurs éléments qui tiennent à la satisfaction des objectifs de l'action extérieure de l'Union européenne et qui doivent, s'agissant des principales compétences externes non exclusives de l'Union que sont la PESC et la coopération avec les tiers, s'apprécier au regard d'une exigence de complémentarité des actions nationales et européennes. En tant que « concept dynamique qui doit être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le traité »⁷⁰, la subsidiarité de l'action de l'Union doit être mise en œuvre à la lumière du système d'objectifs de l'action extérieure tel que mis en place par le traité de Lisbonne.

Certes, l'article 5, paragraphe 3, TUE se réfère aux objectifs de « l'action envisagée », au singulier. Mais le traité de Lisbonne enchâsse chaque action externe – conclusion d'un accord ou acte unilatéral – dans un réseau d'objectifs à la fois sectoriels et généraux. Par exemple, chaque acte adopté dans le cadre de la coopération au développement poursuit non seulement l'objectif qui lui est propre, mais doit également conduire à la

70 Conclusions du Conseil européen d'Edimbourg, 12 décembre 1992, p. 19.

réalisation de l'objectif spécifique de cette politique, de « réduction, et à terme, d'éradication de la pauvreté »⁷¹ et *in fine* doit s'inscrire, à l'instar de toute l'action extérieure de l'Union, dans le respect des objectifs généraux formulés à l'article 21 TUE. Dès lors, ainsi que le prévoit l'article 209, paragraphe 2, TFUE, l'examen de l'utilité d'un accord externe dans ce domaine doit conduire à apprécier s'il permettra la réalisation de l'ensemble de ces objectifs, à la fois sectoriels et généraux. Ainsi que l'a énoncé la Cour, « la décision portant signature d'un accord avec un pays tiers relevant d'un domaine de compétences de l'Union [...] implique d'apprécier, dans le respect des lignes stratégiques fixées par le Conseil européen ainsi que des principes et des objectifs de l'action extérieure de l'Union énoncés à l'article 21, paragraphes 1 et 2, TUE, les intérêts de l'Union dans le cadre des relations avec le pays tiers concerné et d'opérer des arbitrages entre les intérêts divergents relevant de ces relations »⁷².

Une telle opération n'est pas étrangère au « test d'efficacité comparative »⁷³ auquel obéit la mise en œuvre du principe de subsidiarité⁷⁴. La réalisation des objectifs de l'article 21 TUE impose donc de s'interroger sur la valeur ajoutée de l'action de l'Union, dans les domaines ne relevant pas de sa compétence exclusive. Or, certains domaines de l'action extérieure -par exemple, les questions touchant à la sécurité de l'Union dans ses différentes dimensions – sont très empreints d'une logique de subsidiarité. A cet égard, la nouvelle stratégie globale de sécurité présentée par la haute représentante F. Mogherini en octobre 2015⁷⁵ fait du principe d'unité, en réalité défini à l'aune de la subsidiarité⁷⁶, un des principes d'action de l'UE sur la scène internationale.

71 Article 208, paragraphe 1, TFUE.

72 Arrêt de la Cour du 28 juillet 2016, *Conseil / Commission*, C-660/13, EU:C:2016:616, point 39.

73 Commission européenne, *Le principe de subsidiarité*, *supra* note 1, p. 729.

74 D'autant plus que l'impératif de satisfaire les objectifs de l'article 21 TUE ne concerne pas que les politiques, externes par nature mais également « les autres politiques dans leurs aspects extérieurs » (Article 21, paragraphe 3, TUE).

75 « Shared Vision, Common Action: A stronger Europe. A global Strategy for European Union's Foreign and Security Policy ». V. les conclusions du Conseil européen du 28 juin 2016 (EUCO 26/16); Page internet dédiée sur le site du SEAE : <http://europa.eu/globalstrategy/>.

76 « Together we will be able to achieve more than Member States acting alone or in a uncoordinated manner ». *id.*, p. 16.

L'unité de l'action est indissociable de la complémentarité des politiques nationales et européenne⁷⁷, telle qu'elle a été réaffirmée et même précisée par le traité de Lisbonne pour les compétences relevant de « la coopération avec les pays tiers et l'aide humanitaire »⁷⁸. La complémentarité implique en effet une prise en compte réciproque – et donc une mise en cohérence – des politiques respectives de l'Union et des Etats membres, tant dans leur définition que dans leur mise en œuvre. La prise en compte par l'Union des politiques nationales s'effectue dans le cadre du principe de subsidiarité, dont la complémentarité est une déclinaison, alors que la prise en compte par les Etats membres de la politique de l'Union devrait s'effectuer en vertu du principe de loyauté. La mise en œuvre du principe de subsidiarité s'analyse donc comme permettant d'assurer la complémentarité des actions des Etats membres et celles de l'Union, au service des objectifs de l'action extérieure.

Néanmoins, en dépit de leurs liens étroits, subsidiarité et complémentarité ne se confondent pas totalement. En réalité, elles ne doivent pas être mises sur le même plan. En effet, à un moment donné, lorsqu'une action est « envisagée », la mise en œuvre du principe de subsidiarité permet que l'unité d'action de l'Union soit assurée, par substitution à l'action étatique. Dès lors qu'une action envisagée remplit les conditions d'application de la subsidiarité, la question de la complémentarité avec les actions étatiques disparaît. Toutefois, cette unité d'action, par application du principe de subsidiarité n'est que ponctuelle. L'article 5, paragraphe 3, TFUE se réfère d'ailleurs aux objectifs de « l'action envisagée » (au singulier). L'application du principe de subsidiarité peut donc entraîner une substitution de l'action de l'Union à l'action étatique mais n'empêche pas qu'il existe, au niveau global de la conception, de la définition et de la mise en œuvre des politiques nationales et de l'Union, un impératif de complémentarité. Dans le cadre de la procédure de conclusion des accords externes, la mise en œuvre de cet impératif repose conjointement sur la Commission eu-

77 I. Bosse-Platière, *L'article 3 du traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 627.

78 Titre III de la 5^{ème} partie du TFUE. Désormais, la politique de coopération au développement (article 209, paragraphe 1, TFUE), la coopération économique, financière et technique (article 212, paragraphe 1, TFUE) et l'aide humanitaire (article 214, paragraphe 1, TFUE) de l'Union d'une part, et les politiques et actions des Etats membres, d'autre part « se complètent et se renforcent mutuellement ».

ropéenne (ou le haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité) et sur le Conseil⁷⁹ et vraisemblablement intervient très tôt.

En effet, à la différence de la procédure législative présidant à l'adoption des actes internes, la procédure de conclusion des accords externes prévue à l'article 218 TFUE se caractérise par le fait que son déclenchement requiert l'accord des deux institutions, le Conseil et la Commission (ou le haut représentant si l'accord porte exclusivement sur la PESC). Conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 218 TFUE, c'est le Conseil qui autorise l'ouverture des négociations mais il ne peut le faire que si la Commission (ou le haut représentant) lui a présenté une recommandation à cette fin. Cette règle se justifie pour des raisons à la fois d'unité, de cohérence et de crédibilité de l'Union à l'égard des Etats tiers⁸⁰. Dès lors, on peut penser que, si un test de subsidiarité est effectué, celui-ci a lieu très en amont de l'adoption de la décision de signature et, plus encore, de conclusion de l'accord. Il doit avoir lieu tout au début de la procédure, dès l'adoption par la Commission de la recommandation d'ouvrir des négociations et la formalisation par le Conseil de la décision autorisant la Commission à négocier l'accord. C'est à ce stade que les deux institutions décident conjointement de l'opportunité, voire de la nécessité pour l'Union de conclure cet accord au regard des objectifs envisagés. Ces actes étant très rarement publiés, il est cependant difficile d'apprécier la manière dont se déroule la discussion entre les deux institutions quant à la pertinence d'un accord éventuel et sa complémentarité avec les politiques nationales.

79 Il s'agit d'une dimension de l'exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne qui est prescrite à l'article 21, paragraphe 3, al. 2, TUE et dont la concrétisation repose sur le Conseil et la Commission, assistés du haut représentant.

80 En effet, il serait préjudiciable que la Commission commence à négocier un accord sans avoir au moins l'assurance que le Conseil – qui adoptera la décision finale de conclusion – est d'accord sur le principe même de l'accord.

B. Le contrôle de la subsidiarité dans le cadre de la procédure de conclusion des accords externes : vers une implication accrue des parlements nationaux?

En ce qui concerne le contrôle de la subsidiarité, seront seulement abordés quelques aspects relatifs à sa dimension politique⁸¹, notamment le rôle des parlements nationaux⁸² tel qu'il a été renforcé par le traité de Lisbonne⁸³, et seront évoquées quelques pistes de réflexion dans le contexte des accords mixtes⁸⁴. En effet, parmi les contraintes découlant de la pratique des accords mixtes, figure la nécessité de leur ratification par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles nationales, ce qui nécessite l'intervention de près d'une quarantaine de parlements nationaux. L'actualité récente a démontré les difficultés que cela peut générer pour l'Union et ses Etats membres. Ce fut le cas lors du referendum consultatif aux Pays-Bas du 6 avril 2016 par lequel les électeurs se sont prononcés contre la ratification de l'accord d'association entre l'Union européenne et l'Ukraine⁸⁵. En outre, à l'automne 2016, le Parlement régional de Wallonie a exercé des pressions préalables à la signature de l'accord économique et commercial global avec le Canada, utilisant son pouvoir de veto à la ratification de l'accord par la Belgique. Ces événements, qui sont le reflet d'une certaine défiance des citoyens à l'égard de l'action de l'Union, posent de réels

81 S'agissant du contrôle juridictionnel de la subsidiarité en matière externe, il nous semble encore plus difficile à mettre en œuvre dans le cadre de l'action extérieure de l'Union que dans le cadre de ses politiques et actions internes. Bien que la Cour ait établi des critères d'examen de la satisfaction des conditions de l'article 5, paragraphe 3, TUE et ait de nombreuses reprises contrôlé un acte de l'UE au regard de ces critères, son examen ne l'a jamais conduite à annuler un acte pour cette raison. La large marge d'appréciation dont bénéficie le législateur de l'Union justifie pleinement le contrôle restreint du juge.

82 Plus généralement sur cette question, v. C. Rapoport, « Les parlements nationaux et l'action extérieure de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes / Law & European Affairs*, n°1/2014, p. 55.

83 J. V. Louis, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 283.

84 Sur la problématique des accords mixtes, v. E. Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 711 p.; C. Hillion, P. Koutrakos (dir.), *Mixed Agreements Revisited*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 418 p.

85 JO L 161 du 29 mai 2014, p. 3.

problèmes pour l'affirmation de l'Union en tant qu'acteur international et pour la crédibilité de son action à l'égard des tiers. En tout cas, ils invitent à réfléchir à des solutions alternatives, dans le respect à la fois de la répartition des compétences et des principes démocratiques. Une meilleure implication des parlements nationaux autorisant leur intervention sous le sceau du contrôle de la subsidiarité, pourrait être une piste de réflexion. Il paraît ainsi possible de promouvoir l'application du Protocole n° 2, et notamment la procédure de contrôle du principe de subsidiarité⁸⁶, conduisant la Commission européenne à transmettre plus systématiquement aux parlements nationaux les propositions de décision de signature des accords externes ne relevant pas des compétences exclusives de l'Union⁸⁷.

D'un point de vue juridique, cela n'irait pas sans quelques clarifications préalables. D'une part, il conviendrait que la question de la nature de la compétence pour conclure ces accords externes soit réglée plus tôt qu'elle ne l'est actuellement. En pratique, cette question est volontairement et pour des raisons politiques, laissée dans le flou dans toute la phase précédente, de l'autorisation de négocier au déroulement des négociations. Ce n'est donc qu'au moment de l'adoption de la décision de signature de l'accord que cette question – à laquelle est étroitement liée celle de la mixité de l'accord – est abordée. Or, comme le fait observer à juste titre l'Avocat général E. Sharpston, « résoudre la question de la compétence, avant le début des négociations garantit indubitablement que seules les parties compétentes prendront place à la table des négociations, [...], offre une certaine sécurité juridique et sert les intérêts de l'Union, des Etats membres et des tierces parties associées aux négociations »⁸⁸.

La seconde clarification nécessaire est relative à la qualification de la procédure de conclusion des accords externes en tant que procédure

86 Articles 6 et 7 du Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

87 En pratique, il arrive que la Commission transmette ses propositions aux parlements nationaux mais il ressort d'un examen des informations disponibles sur le site de la Commission d'une part que cette transmission n'est pas systématique et, d'autre part, qu'elle ne se fait pas nécessairement au titre de l'application du Protocole n° 2. Voir le site : http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relation/relation_other/npo/index_en.htm.

88 Conclusions de l'Avocat général E. Sharpston présentées le 3 avril 2014 dans l'affaire C-114/12, *Commission / Conseil (Négociation d'une convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion)*, EU:C:2014:224, point 116.

législative, puisqu'en effet la procédure prévue par le Protocole n° 2 s'applique pour « les projets d'actes législatifs »⁸⁹. Si, avant le traité de Lisbonne, on pouvait émettre des doutes quant à la nature de la procédure prévue à l'ex-article 300 CE, il semble désormais possible de considérer que celle de l'article 218 TFUE constitue une procédure législative spéciale au sens de l'article 289, paragraphes 2 et 3, TFUE⁹⁰. Le Tribunal s'était prononcé en ce sens dans l'arrêt *Front Polisario/Conseil*⁹¹, mais dans son arrêt rendu sur pourvoi, la Cour ne s'est pas penchée sur cette question⁹². En revanche, dans un arrêt plus récent⁹³, la Cour a considéré qu'un acte juridique ne peut être considéré comme législatif que s'il a été adopté sur le fondement d'une disposition du traité se référant expressément à une procédure législative, ordinaire ou spéciale⁹⁴. Bien que l'arrêt n'intervienne pas en matière de relations extérieures et ne concerne pas la procédure de l'article 218 TFUE, cette position – qui demande à être confirmée – viendrait infirmer celle retenue par le Tribunal dans l'arrêt *Front Polisario/Conseil* précité.

Il n'en demeure pas moins qu'une application plus systématique du Protocole n° 2 à la procédure de conclusion des accords externes pourrait contribuer à renforcer l'implication des parlements nationaux : cela leur permettrait non seulement de faire entendre leurs préoccupations sur le contenu futur des accords relativement tôt dans la procédure mais également d'en hypothéquer collectivement la signature, en vertu de l'article 7,

89 Article 5 du Protocole n° 2, *supra* note 87.

90 En vertu de l'article 289, paragraphe 3, TFUE est un acte législatif, un acte adopté par procédure législative. Or, l'adoption d'une décision par le Conseil avec la participation du Parlement européen constitue une procédure législative spéciale (article 289, paragraphe 2, TFUE).

91 Arrêt du Tribunal du 10 décembre 2015, *Front Polisario / Conseil*, *supra* note 14, points 70 à 71.

92 Arrêt de la Cour du 21 décembre 2016, *Conseil / Front Polisario*, *supra* note 14. En revanche, dans ses conclusions présentées le 13 septembre 2016, l'Avocat général M. Wathelet, répondant au Conseil qui considérait que le Tribunal avait commis une erreur de droit sur ce point, avait rejoint la position du Tribunal considérant que la procédure de conclusion des accords externes de l'article 218 TFUE devait être qualifiée de procédure législative spéciale au sens du traité (EU:C:2016:973, points 151-161).

93 Arrêt de la Cour du 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie / Conseil*, *supra* note 14.

94 *Id.*, point 62.

paragraphe 2, du Protocole⁹⁵ en contraignant la Commission à réexaminer sa proposition. Le caractère collectif du carton jaune – au moins un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux – permettrait d’assurer le respect du principe démocratique, sans que, à lui seul, un parlement national (ou régional) ne puisse bloquer la conclusion d’un accord externe. Ce contrôle de la subsidiarité dans ce contexte pourrait même permettre d’assurer le respect des intérêts étatiques, sans pour autant conduire à la négociation d’un accord mixte, là où ce n’est pas juridiquement nécessaire. Il permettrait, en tout cas, de répondre à la tendance, regrettable mais de plus en plus importante, des Etats membres d’imposer la mixité de certains accords alors qu’elle ne se justifie pas nécessairement compte tenu des bases juridiques retenues⁹⁶. C’est le cas notamment des accords de partenariat et de coopération⁹⁷ signés ou conclus postérieurement à l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne ou pour les accords de partenariat stratégique⁹⁸. Si ces revendications étatiques procèdent de considérations essentiellement politiques, plus que juridiques, visant à limiter toute action internationale de l’Union suspectée d’être trop autonome, il n’en demeure pas moins qu’elles ouvrent aussi la voie à une contestation possible de ces accords par les parlements nationaux au moment de leur ratification, minorant du même coup le rôle du Parlement européen. Une application plus systématique du principe de subsidiarité dans ce contexte devrait donc d’autant plus être promue.

95 En vertu de l’article 7, paragraphe 2, du Protocole n° 2, « Dans les cas où les avis motivés sur le non-respect par un projet d’acte législatif du principe de subsidiarité représentent au moins un tiers de l’ensemble des voix attribuées aux Parlements nationaux, conformément au deuxième alinéa du paragraphe 1, le projet doit être réexaminé ».

96 Il s’agit des articles 207 TFUE et 209 TFUE pour les APC et des articles 31 TUE, 37 TUE et 212 TFUE pour les APS. Sur le caractère juridiquement contestable de la mixité des APC, voir C. Flaesch-Mougin, « Les compétences externes de l’Union européenne », *supra* note 17, p. 99.

97 Voir par exemple, la Décision (UE) 2016/2117 du 29 septembre 2016 relative à la conclusion, au nom de l’Union, de l’accord-cadre global de partenariat et de coopération entre l’Union européenne et ses Etats membres d’une part et la République socialiste du Vietnam, d’autre part, JO L 329 du 3 décembre 2016, p. 6.

98 Par exemple, la Décision (UE) 2016/2118 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à la signature, au nom de l’Union européenne, et à l’application provisoire de l’accord de partenariat stratégique entre l’Union européenne et ses Etats membres, d’une part, et le Canada, d’autre part, *supra* note 60.