

Proposition de contribution dans le cadre de l'atelier 4 « **Ordres constitutionnel, international et européen** »

XIe Congrès français de droit constitutionnel, 16 juin 2023

La qualification juridique, outil de *redélimitation* des compétences de l'Union ?

Marie GLINEL

Il est désormais devenu commun de relever les divers débordements de l'Union dans l'exercice de ses compétences d'attribution. Au-delà d'un simple *ajustement* ponctuel de compétences déjà délimitées, nous assistons à un *débordement* au-delà des compétences attribuées. C'est ainsi que progressivement, un décalage s'institue, entre le champ des compétences attribuées et l'étendue des compétences effectivement exercées.

Ce décalage induit diverses problématiques. Le principe d'attribution détermine la délimitation des compétences entre l'Union et les États, à partir du transfert de compétences auquel ces derniers ont *expressément* consenti. En ce sens, le principe d'attribution est une garantie du respect de la souveraineté des États, souveraineté traduite par le consentement formel et exprès au transfert de leurs compétences. L'État n'est souverain qu'à la condition d'être l'auteur du transfert de ses compétences. Or, le dépassement de compétences observé, n'a pas pour origine les États membres. Ce dépassement a pour conséquence de *redélimiter* le champ des compétences attribuées, *sans* les États, en dehors de la procédure *constituante* de révision des Traités.

De nombreux travaux ont déjà été consacrés à ce que la doctrine appelle « l'évolutionnisme » des compétences. Le but de cette contribution est d'envisager le rôle de la qualification juridique, comme cause probable de cet évolutionnisme (que nous nommons *redélimitation*). La qualification est composée de deux *fonctions* (interprétation du droit et appréciation des faits), en principe réalisées par deux *organes* distincts (Union, États). En dépit de la séparation de ces fonctions, la Cour de justice apprécie la situation factuelle « telle que celle en cause au principal », alors qu'elle n'y est pas invitée. Lorsqu'elle apprécie les faits, la Cour appose sa propre qualification juridique, qui s'impose aux États, alors privés de leur marge d'appréciation nationale. Par cette opération, la Cour classe les faits dans des catégories, et participe dès lors à la redélimitation des compétences attribuées, en fonction de la finalité qu'elle imprime aux normes qu'elle interprète, et aux faits qu'elle apprécie.

Le but de cette démonstration est d'étudier en quoi la qualification juridique peut être considérée comme un outil de redélimitation du champ des compétences attribuées. Si le principe d'attribution est favorablement réévalué lors des dernières négociations de Lisbonne (I), sa puissance dans l'établissement d'une délimitation supposée rigide des compétences est néanmoins affaiblie par une lecture fonctionnelle et téléologique du champ d'application du Traité qui, en tout état de cause, abouti à un flottement dans la lecture des compétences traduit par un évolutionnisme de celles-ci (II). Or, ce prisme de lecture de l'élargissement des compétences n'épuise pas toutes les manifestations de ce que l'on peut aborder comme une « redélimitation » des compétences attribuées. Loin d'évaluer l'opportunité de ce phénomène, il est question ici d'en détailler les conditions de réalisation, à travers l'étude du rôle de la qualification (III).

I. Le postulat de la délimitation étatique des compétences

1. La présente réflexion part du postulat qu'il existe une délimitation des compétences, formalisée par le principe d'attribution des compétences et matérialisée par le transfert de compétences des États à l'Union. Ce postulat découle de la lecture des Traités où la tendance est à la consécration du principe d'attribution. Le principe d'attribution est ici considéré, non comme un principe creux mais bien comme un principe dont la consécration est croissante, tel qu'en témoigne la dernière révision du traité en 2007 et les débats qui la précédaient. Le principe d'attribution affirme une délimitation d'origine étatique des compétences de l'Union. Ce stade du raisonnement n'entend qu'observer l'état du droit positif, indépendamment (pour l'instant) de son exercice : les États consentent à transférer certaines de leur compétence et délimitent ainsi le champ des compétences attribuées à l'Union (A), sous la forme de catégories juridiques de compétences (B).

A. Les formes du consentement des États au transfert de leurs compétences

2. La notion de *compétence* a donné lieu à de très nombreuses recherches¹, et la présente étude n'entend pas ajouter une nouvelle conception. Dans le cadre du droit de l'Union, les États

¹ Voir notamment CONSTANTINESCO Vlad, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, Thèse, 1974 ; BOSKOVITS Kosmas, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Thèse, Univ. Strasbourg, Bruylant, 1999 ; LENAERTS Koen, *Le juge et la constitution aux États-Unis et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988 ; SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit fondamental, 3e édition, 2001, p. 127 et s. ; GAUTIER Yves, « La compétence communautaire exclusive », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 155-164 ; CONSTANTINESCO Vlad, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, LGDJ, 2004, pp. 165-189 ; QUERMONNE Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, Montchrestien, 7e édition, 2009, §66-

exercent souverainement et librement en commun certaines de leurs compétences. Dans l'opération de transfert des compétences², les États concèdent expressément des parts de *puissance publique*, laquelle représente « le pouvoir de l'État, divisible, elle peut se partager, être morcelée, sans que l'État perde sa qualité d'État souverain »³ qui peut en « confier l'exercice aux institutions communautaires »⁴. Dès lors, l'objet du transfert de compétences par les États est, précisément, la compétence transférée. *A contrario* « la souveraineté, définie comme le degré suprême de ce pouvoir est indivisible et inaliénable. Elle est un attribut étatique indisponible »⁵. En définitive, c'est bien parce qu'il consent expressément au transfert de ses compétences que l'État est souverain⁶ et qu'il peut « décider de se dessaisir de ses prérogatives de puissance publique, en les transférant à un autre sujet de droit international ou en les mettant en commun »⁷.

68 ; LEVADE Anne, *Souveraineté et compétences des États*, Thèse, Paris 12, 1997 ; CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, « Compétences de l'Union européenne, Établissement des compétences », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2011, actualisé en 2017, § 210 ; SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, *op.cit.* ; DELMAS-MARTY Mireille, « Au pays des nuages ordonnés », in DELMAS-MARTY Mireille, PINTO Monica et CATALANO Pierangelo (dir.), *Cultures juridiques. Aspects n°1*, Revue d'études francophone sur l'État de droit et la démocratie, Archives contemporaines, Broché, 2008 ; CHALTIEL Florence, « Droit communautaire, Le traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres », *Les Petites Affiches*, 15 février 2008, n°34, pp. 6-16 ; LESGUILLONS Henry, « L'extension des compétences de la Communauté économique européenne par l'article 235 du traité de Rome », *AFDI*, 1974, pp. 887-904 ; BRIBOSIA Emmanuelle, « La répartition des compétences entre l'Union et ses États membres », in DONY Marianne et BRIBOSIA Emmanuelle (dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 47-82 ; AFDA (dir.), *La compétence. Actes du colloque de Nancy, 12 et 13 juin 2008*, LexisNexis, coll. Colloque & débats, 2008. Notamment sous l'angle du principe de subsidiarité, comme en témoignent les travaux de DELPEREE Francis (dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, n°37, 2002 (notamment les articles de DEHOUSSE Renaud, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité »).

² A propos des autorisations de ratification d'un traité, les juridictions constitutionnelles ont parfois « enregistré une certaine dissolution de la notion de souveraineté dont elles avaient la garde. Ainsi, par exemple, le conseil constitutionnel français a-t-il d'abord distingué entre les limitations de souveraineté – compatibles avec la constitution parce qu'autorisées par le préambule de la constitution de 1946 – et les transferts de souveraineté, prohibés, et nécessitant donc une révision de la constitution. Le vocabulaire du conseil constitutionnel a ensuite évolué pour évoquer les transferts de compétence : les compétences qui ne se rattachent pas aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale pouvant être transférées sans révision constitutionnelle, tandis qu'au contraire une révision serait indispensable si un transfert de compétences portait atteinte à ces mêmes conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (CONSTANTINESCO Vlad, « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne », *L'Europe en formation*, n°368, vol. 2, 2013, p. 119-135, p. 119-135).

³ DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Thèse, Univ. Paris 2, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2004, p.10. Sur la puissance publique de l'État dans le contexte supranational, voir notamment COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 47.

⁴ DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p.10.

⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶ Qu'il nous soit permis de ne pas retracer l'intégralité des travaux relatifs à la souveraineté, tant ils sont nombreux, riches et divers. Notre propos est ici de démontrer que la souveraineté des États est censée être indisponible et inaliénable. Nous renvoyons, pour de plus amples précisions, notamment aux travaux de BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, PUF, 1994 ; TROPER Michel, *La souveraineté, inaliénable et imprescriptible*, *Le Droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 77-98 ; TROPER Michel, *L'Europe politique et la souveraineté des États*, in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L'État au XXe siècle*, Vrin, 2004, pp. 181-194 ; TROPER Michel, *La souveraineté comme principe d'imputation*, in MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les Évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, pp. 69-80 ; MORTIER Pauline, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de l'Université d'Angers, 2011 ; BARANGER Denis, *Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme)*, *Annuaire de l'institution Michel Villey*, vol. IV, Dalloz, 2012.

⁷ DENIZEAU Charlotte, *L'idée de puissance publique*, *op. cit.*, p. 11.

3. Souveraineté et puissance publique. Rien *n'oblige* la souveraineté⁸ car elle est « la capacité exclusive de déterminer l'étendue de son propre ordre juridique »⁹. A l'inverse, la puissance publique est *divisible*, susceptible d'*amenuisement*¹⁰. La distinction entre la souveraineté et la puissance publique permet, selon C. Denizeau, d'expliquer que « les États, sans perdre leur souveraineté, ont pu partager la puissance publique et en confier l'exercice aux institutions communautaires »¹¹. Cela impliquerait donc que l'Union jouit de « prérogatives de puissance publique, sans pour autant être une entité étatique souveraine »¹². La puissance publique est donc la face interne de la souveraineté, en vertu de laquelle l'État jouit de la puissance positive de « commandement unique, exclusive et irrésistible »¹³ ; alors que la souveraineté *stricto sensu* est la face externe, en vertu de laquelle l'État jouit du pouvoir négatif de ne se soumettre à aucune entité. Ainsi, lorsque l'État décide de transférer des compétences (des domaines d'action), il ne limite pas sa souveraineté¹⁴, mais il limite des prérogatives de puissance publique. Cela signifierait que la l'expression ultime de la souveraineté l'État réside dans son pouvoir de consentir expressément aux limitations de sa souveraineté. Le pouvoir de consentir est de l'ordre de la souveraineté indivisible, tandis que le choix de l'étendue des compétences transférées, est de l'ordre de la puissance publique divisible. C'est donc en vertu de leur souveraineté que les États « ont pu décider (...) de conférer certaines de leurs compétences à l'ordre qu'ils ont créé, sans pour autant compromettre ou renoncer à leur souveraineté, laquelle constitue précisément leur titre à pouvoir le faire »¹⁵. L'indisponibilité de la souveraineté des États signifie que ces derniers disposent d'un « minimum irréductible, inaliénable, vital »¹⁶ qui constitue l'essence de leur souveraineté. D'un côté, la dimension matérielle de la souveraineté suppose son indivisibilité, concrétisée par l'*omnicompétence* de l'État. De l'autre côté, la dimension formelle de la souveraineté implique que l'État « ne peut donc pas, à ce sujet, se voir imposer contre son gré la compétence d'autres collectivités ou d'autres personnes juridiques »¹⁷. Cette conception implique qu'un État « reste juridiquement souverain si la détermination de ses compétences continue de ne dépendre que de lui-même »¹⁸.

4. La signification de l'attribution d'une compétence. L'attribution des compétences concerne donc le champ de la puissance publique divisible. La compétence, en droit de l'Union est

⁸ LABAND Paul, Le droit public de l'Empire allemand, Giard et Brière, 1900, tome 2, p. 124.

⁹ JELLINEK Georg, L'État moderne et son droit, Giard, 1912, tome 2, p. 136.

¹⁰ VIGNES Daniel, L'amenuisement de la souveraineté des États membres des Communautés européennes et l'intégration régionale européenne, volume XLVII, Studia Diplomatica, n°2, 1994, p. 49.

¹¹ DENIZEAU Charlotte, L'idée de puissance publique, *op. cit.*, p. 10.

¹² *Ibid.*, p. 10.

¹³ BEAUD Olivier, La puissance de l'État, *op. cit.*, p.18

¹⁴ CHALTIEL Florence, La souveraineté de l'État et l'union européenne. L'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre, Thèse, Bibliothèque constitutionnelle, LGDJ, 2000.

¹⁵ CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, Compétences de l'Union européenne, Répertoire de droit européen, Dalloz, juin 2011, actualisé en 2017, §19.

¹⁶ POIRAT Florence, La doctrine des droits fondamentaux de l'État, Droits, n°16, 1992, p. 83.

¹⁷ BEAUD Olivier, La puissance de l'État, *op. cit.*, p. 135.

¹⁸ BARROCHE Julien, Théories fédéralistes et Union européenne, Civitas Europa, vol. 38, n°1, 2017, p. 348.

« le titre juridique qui habilite les institutions (...) à exercer le pouvoir d'adopter des actes produisant des effets de droit »¹⁹. C'est précisément parce qu'elle est « dépourvue de souveraineté (qu'elle) ne produit pas la norme fondamentale qui fonde tout pouvoir juridique »²⁰, elle dépend des « compétences qui lui sont attribuées par les Traités fondateurs conclus par les États membres »²¹. Le principe d'attribution des compétences « a toujours gouverné l'allocation de compétences, quand bien même il n'était pas expressément inscrit dans le Traité »²². C'est la persistance de ce principe qui permet d'affirmer que les États « conservent une plénitude de compétences – traduction, si l'on veut, de leur souveraineté et de leur caractère de sujets originaires du droit international »²³. La délimitation des compétences désigne la répartition des politiques publiques « selon des critères discutés et acceptés pendant l'opération constituante »²⁴. Si les compétences sont *délimitées*, c'est qu'elles sont *divisibles*²⁵, ce qui s'oppose à la concentration des compétences absolues et indivisibles de l'État souverain et unitaire²⁶. Ainsi, l'emploi de la notion de *délimitation des compétences* est *a priori* étranger aux systèmes constitutionnels de droit interne, alors qu'il régit l'intégralité de l'ordre juridique européen. La délimitation des compétences s'opère par le principe de la compétence d'attribution qui postule que « les limites à la souveraineté des État ne se présument pas et sont d'interprétation étroite »²⁷, et confirme que « l'Union ne dispose donc pas d'autonomie, mais demeure un ordre *hétéronormé* »²⁸ au moins en principe.

5. La compétence peut être perçue comme « modalité du règlement des rapports de productions normatives entre elles »²⁹ car, comme *pouvoir normateur*, la compétence est un « présupposé nécessaire à l'émission des actes normateurs que l'on cherche ensuite à ordonner selon le principe de compétence »³⁰. La compétence apparaît comme l'outil de distribution du pouvoir normateur des acteurs qui, ensemble, concourent à la réalisation des objectifs assignés à l'ordre auquel ils appartiennent. Cette conception permet de concevoir les rapports de normes, non plus sous un angle de subordination mais sous un rapport où « chaque norme doit intervenir dans les limites de son domaine de compétence »³¹. La norme de compétence « détermine donc un espace matériel d'intervention normative licite et, *a contrario*, délimite la frontière entre les actes

¹⁹ MARTUCCI Francesco, Droit de l'Union, Dalloz, coll. Hypercours, 2021, p. 183.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, Compétences de l'Union européenne, *op. cit.*, §57.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, §24.

²⁵ VIGNES Daniel, L'amenuisement de la souveraineté des États membres des Communautés européennes et l'intégration régionale européenne, IRRI, Studia Diplomatica, volume n°57, 1994, p. 49-73.

²⁶ BEAUD Olivier, Chapitre I. L'indivisibilité de la souveraineté : absolutisme politique ou unité de la puissance publique, in La puissance de l'État, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 133-151.

²⁷ BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Lexis Nexis, 6^e édition, 2016, p. 443.

²⁸ CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, Compétences de l'Union européenne, *op. cit.*, §57.

²⁹ TUSSEAU Guillaume, Les normes d'habilitation, Nouvelle bibliothèque de Thèses, LGDJ, 2006, p. 400.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 411.

licites et illicites susceptibles d'être adoptés dans le cadre de cet espace »³². Cette conception entretient un rapport très aigu et très rigoureux avec la puissance de la norme d'habilitation, qui intègre rigoureusement les exigences découlant naturellement de la distribution des compétences.

B. Les catégories juridiques, support de la délimitation des compétences

6. C'est aussi la manière dont les « matières transférées à l'Union (...) tendent à *redéfinir* les États eux-mêmes »³³ qui nous intéresse. Seul un « acte constituant peut porter atteinte à la *nature étatique* de la puissance publique »³⁴. Dès lors, seule une révision formelle de la Constitution permet d'entériner la modification formelle et substantielle du contenu des compétences de l'État vis-à-vis des compétences transférées à l'Union. La modification de la délimitation des compétences ne peut être réalisée « que par un acte juridique modifiant l'acte qui a donné naissance à la compétence, conformément à la procédure prévue par cet acte ou par un acte hiérarchiquement supérieur »³⁵. Cette exigence traduit le principe d'attribution, en vertu duquel « les limites à la souveraineté des États ne se présument pas et sont d'interprétation étroite »³⁶ car « le recours au principe d'attribution des compétences suppose que soient énumérées, dans le texte fondamental, les compétences dévolues à l'Union »³⁷, comme en témoigne l'art. 5 TCE de Maastricht « la communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ». L'évolution du droit de l'Union tend à véritablement consacrer l'existence de catégories juridiques de compétences, dont les États entendent faire respecter la délimitation.

7. **L'existence de catégories juridiques de compétences depuis Lisbonne.** Avant le Traité de Lisbonne, les compétences étaient complétées par les objectifs qui étaient assignés à l'Union. Ces objectifs ont laissé au juge³⁸ le pouvoir « d'identifier, de préciser, parfois de reconstituer la détermination des compétences dans leurs dimensions non explicitées par les traités »³⁹ de manière téléologique et fonctionnelle⁴⁰. Depuis la Déclaration de Laeken puis la

³² MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Thèse, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2003, p. 26.

³³ BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 457.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, *Compétences de l'Union européenne*, *op. cit.*, §13.

³⁶ BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 443.

³⁷ AUBER Emmanuel, *La répartition des compétences, une comparaison États-Unis / Union européenne*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2009, p. 58.

³⁸ KOVAR Robert, « La contribution de la Cour de justice des Communautés européennes à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, vol. IV, 1993, p. 111.

³⁹ BLANQUET Marc, « L'exercice de la répartition des compétences », *op. cit.*

⁴⁰ PESCATORE Pierre, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice, Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea Walter Ganshof van der Meersch*, volume II, Bruylant, 1972, p. 327.

négociation du Traité de Lisbonne, où les États ont souhaité maîtriser les « élargissements furtifs »⁴¹ des compétences de l'Union, l'évolution de la perception du respect de la délimitation des compétences a sensiblement évolué. Elle a évolué à tel point que certains arguent du fait que « le message est clair : les limites du champ du droit de l'Union doivent correspondre strictement aux compétences attribuées à l'Union par les États membres »⁴², ce que dément pourtant la formulation, par la Cour, des compétences retenues des États. La délimitation des compétences de l'Union est régie par le principe d'attribution, et se décline en trois degrés de compétences⁴³. La délimitation « officielle » des compétences est donc le produit de négociations où les États membres choisissent d'exercer ou non en commun certaines de leurs compétences, et dont découle l'attribution des compétences à l'Union. Les États membres, rédacteurs du Traité, « (s'accordent) sur la *qualification* de chaque compétence »⁴⁴. Pour illustration, en classant la santé publique et la recherche dans les compétences d'appui, ils *qualifient* la santé publique de compétence d'appui, et le régime de la catégorie juridique des compétences d'appui signifie une compétence où l'Union ne jouit que du plus petit degré de compétences. À l'inverse, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique ou encore le marché intérieur, sont *qualifiés* de compétence partagée, dont le régime associé désigne la volonté d'exercer en commun cette compétence. La délimitation des compétences est une qualification primaire qui a un *sens*, elle donne la direction de la compétence à exercer en même temps que la signification de son régime. L'incertitude de la catégorie à appliquer au domaine d'action est source probable de contentieux car « la porosité entre les catégories de compétences exclusives et partagées est telle que des disqualifications et requalifications de compétences sont possibles »⁴⁵. C'est dans ce contexte flou, de requalifications possibles, que certaines compétences sont *redélimitées*.

⁴¹ Conseil européen, Déclaration de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, bull. PE 313.424, du 17.12.2001, pp. 27-48.

⁴² AZOULAI Loïc, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne » in NEFRAMI Eleftheria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 341-368.

⁴³ L'article 2.1 du TFUE fixe la compétence exclusive. La structure de cet alinéa est identique à celle de l'alinéa consacré à la compétence partagée. La seule distinction porte naturellement sur le sujet de cette phrase « seule l'Union ». *A priori*, la compétence exclusive apporte à l'Union une légitimité maximale à ses œuvres. En conséquence, la liste des domaines visés est très courte. L'article 2.2 du TFUE prévoit la compétence partagée. Cette fois-ci, la compétence partagée implique deux déclinaisons de la relation entre l'Union et l'État membre. Premièrement, il existe une concurrence égalitaire de l'initiative de la décision juridique. Deuxièmement, il existe une subsidiarité non-réciproque de l'exercice des compétences dans le sens où les États membres n'interviennent que dans la mesure où « L'Union n'a pas exercé » sa compétence et où « l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». La compétence d'appui, prévue à l'art. 2.5 TFUE, est le lieu où l'Union jouit du plus petit degré d'influence. En effet, son action ne s'exerce pas sur le plan direct de la législation et de l'adoption d'actes juridiquement contraignants. Ici sa compétence la cantonne à « appuyer, coordonner ou compléter » l'action des États membres.

⁴⁴ BERTRAND Brunessen, « Les catégories établies par le Traité de Lisbonne : un mal nécessaire ? », *op. cit.*, p. 20.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44.

II. L'observation d'une redélimitation européenne des compétences

8. Alors que le principe d'attribution est favorablement réévalué lors des dernières négociations de Lisbonne, un débordement, un *évolutionnisme* des compétences est observable (A), dont les justifications, fondées sur des outils d'ajustement ponctuel des compétences, apparaissent insuffisantes pour expliquer les conditions de la « redélimitation » observée (B).

A. Le constat de « l'évolutionnisme »⁴⁶ des compétences de l'Union

9. Le droit de l'Union sort, progressivement, du « moule dans lequel on l'avait sans doute trop vite placé »⁴⁷. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce débordement de compétences attribuées, qualifié de « fulgurant »⁴⁸, « d'exponentiel »⁴⁹, « d'insatiable »⁵⁰, « d'extension »⁵¹, « progressif »⁵², « d'extensibilité »⁵³, de « jacobinisme »⁵⁴ ou « d'évolutionnisme »⁵⁵. L'origine de ce débordement de compétences de l'Union, en dehors de la procédure ordinaire de révision des Traités, est généralement attribuée à l'harmonisation des compétences ou encore à des procédures de révision simplifiée du Traité comme la clause passerelle⁵⁶ et la clause de flexibilité⁵⁷. Dans tous les cas, ces procédures de révision simplifiées ne peuvent être déclenchées qu'avec le consentement exprès et

⁴⁶ Expression attribuée à BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 7^e édition, 2019 (dernière édition, 2023).

⁴⁷ DUBOS Olivier et NOGUELLOU Rozen, « Introduction », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 11.

⁴⁸ POLLACK Mark, « Creeping competence: The Expanding Agenda of European Community », *Journal of Public Policy*, volume 14, n°2, 1994, pp. 95-154.

⁴⁹ ROLAND Sébastien, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 131.

⁵⁰ INSENSEE J, « Union – Nation – Région : eine schwierige Allianz », in DEPENHEUER O (dir.), *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur Staats- und Verfassungstheorie*, CF Müller, 2018, p. 624 (PIGNARRE Pierre-Emmanuel, *Le contrôle de la répartition des compétences dans l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Thèse, Univ. Paris 2, Bruylant, 2021, p. 575).

⁵¹ CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit dans la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 51.

⁵² BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, p. 476 : « placées sous le signe de la progressivité et de l'effet d'entraînement, les compétences de l'Union doivent pouvoir évoluer rapidement ».

⁵³ BLANQUET Marc, « L'exercice de la répartition des compétences », *op. cit.* : « c'est un ajustement jurisprudentiel des domaines de compétence et des pouvoirs, dans un cadre marqué par l'extensibilité et, jusqu'à présent, l'irréversibilité des compétences communautaires. L'ajustement se fait en utilisant les critères de l'affectation et de la nécessité ».

⁵⁴ Sur l'idée du jacobinisme européen, notamment en matière de subsidiarité, voir CHOISEL François, « Peut-on sortir d'une Europe jacobine ? », in GUILLEMAIN Benjamin (dir.), *La subsidiarité. Un grand dessein pour la France et l'Europe*, Éditions de Paris, 2005, p. 149.

⁵⁵ Le terme « évolution » ne suffirait pas, en dépit de la mobilité intrinsèque qu'il recèle, pour rendre compte du mouvement qui est impliqué par la mutation des compétences. Ainsi, en perpétuel mouvement, le terme « évolutionnisme » est apparu en doctrine pour désigner et amplifier le processus puissant d'évolution des compétences. BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.* ; BLANQUET Marc, « Le dialogue entre les juges constitutionnels et la Cour de justice : enfin des mots, toujours des maux ? ». *Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruylant, 2015.

⁵⁶ La clause passerelle est un type de procédure de révision simplifiée, qui autorise le Conseil européen à statuer à l'unanimité après approbation du Parlement (art. 48§7 du TUE).

⁵⁷ La clause de flexibilité de l'article 352 TFUE, est une des causes de cet évolutionnisme des compétences, qui permet un « accroissement des compétences proprement dites de l'Union, mais autoriserait seulement un ajustement des pouvoirs des institutions aux *compétences existantes* » (BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.* p. 445).

unanime des États membres, ce qui place ces derniers maîtres de leurs compétences. L'Union « deviendrait en quelque sorte maîtresse de ses compétences et disposerait de la compétence de la compétence »⁵⁸ dans la seule hypothèse où elle serait, seule, à l'origine du déclenchement des procédures de modification des compétences. L'évolution des compétences que permettent ces outils, n'aboutit qu'à un *ajustement* ponctuel de la compétence européenne, et non à une redéfinition *pérenne*.

B. L'insuffisance des justifications du dépassement du principe d'attribution

10. Interroger la redéfinition des compétences nous amène spontanément à envisager la recherche du véritable pouvoir constituant⁵⁹ ou du pouvoir originaire⁶⁰ de l'Union européenne, car « il est le seul à être véritablement souverain »⁶¹, et donc le seul à pouvoir procéder à une telle redéfinition. Les États membres exercent leur pouvoir constituant *à travers* la révision des Traités, réalisée via leur accord formel et indépassable⁶². Pourtant, le développement des compétences de l'Union peut se réaliser par des outils d'ajustement comme la connexité matérielle ou les compétences implicites. À côté de ce développement, le champ des compétences peut également être modifié par *l'exercice* des compétences par l'Union, comme c'est le cas de la préemption et de leur régulation par la subsidiarité et la proportionnalité ; et être transformé par *l'adaptation* des compétences, comme avec la clause d'adaptation et la révision des Traités. En effet, seuls les « projets tendant à la révision des traités (...) peuvent, entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités »⁶³. Cette disposition illustre l'importance de l'étendue des compétences attribuées, modulée uniquement par la voie formelle de la révision. Les Traités sont « une des modalités d'expression de la capacité souveraine des États »⁶⁴. L'obligation

⁵⁸ BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 445.

⁵⁹ Voir à ce propos la thèse de MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse, Univ. Nancy, Bruylant, 2012. Voir également TROPER Michel, « L'Europe politique et la souveraineté des États », in GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État au XXe siècle*, Vrin, 2004, pp. 181-194 ; MAULIN Éric, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, vol. 1, n°45, 2007, pp. 73-88.

⁶⁰ Voir la thèse plus ancienne de HERAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Thèse, Univ. Toulouse, Sirey, 1946.

⁶¹ CONSTANTINESCO Vlad, « La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne », *op. cit.*.

⁶² DE CARA Jean-Yves, « La révision des traités communautaires et le droit international », in Collectif (dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit communautaire*, Bruylant, 2001, pp. 9-24.

⁶³ Article 48§2 du TFUE.

⁶⁴ ROLAND Sébastien, « La souveraineté », in AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public français*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 133.

de révision expresse et l'existence d'une décision à l'unanimité⁶⁵ (donc de la possibilité de veto), illustrent l'importance accordée à la souveraineté des États⁶⁶.

11. Transfert et limitation des compétences ? Le principe d'attribution est abordé de diverses manières en fonction des États, qui inscrivent dans leur Constitution leur rapport à l'intégration de l'Union. La thèse du *transfert*, favorable à une lecture communautaire s'oppose à la thèse de la *limitation* des compétences, favorable à une lecture étatique⁶⁷. Dans cette alternative, il est intéressant d'étudier des divergences d'approches entre les États membres. D'un côté, les Constitutions qui illustrent la conception du transfert de compétences, emploient un champ lexical très volontariste. Ces Constitutions sont localisées dans États du Nord, de tradition germanique et anglosaxonne. Par exemple les Pays-Bas, dans leur art. 92 disposent que les compétences sont « conférées par un traité », la Belgique parle d'un « exercice de pouvoirs déterminés » dans son art. 34. Le Luxembourg quant à lui vise la « dévolution temporaire de l'exercice d'attributions » dans son art. 49. Au sein de la tendance du transfert, existent des conceptions plus avancées, telles qu'en Allemagne et en Autriche où il est question de « transfert de droits de souveraineté » respectivement à l'art. 25§1 et 9§2. La Pologne, encore plus radicale, l'exprime en ces termes à l'art. 90 de sa Constitution « cession, en vertu d'un traité, des compétences de pouvoirs publics ». A l'inverse, dans une conception plus modérée du transfert des compétences, des États tels que la Slovaquie, s'expriment en ces termes « transférer l'exercice d'une partie de ses compétences » à l'art. 7§2, ou encore la Suède « transfert du pouvoir de décision si ça n'affecte pas les principes de la Constitution » à l'art. 5, qui dénote une forme de conditionnalité du transfert. De l'autre côté, les Constitutions qui illustrent la conception de la limitation sont clairement localisées dans les États de tradition romaine, latine et au Sud. Ici, le champ lexical est plus défiant, et conçoit ses rapports à l'ordre juridique de l'Union comme un *duel*. En Italie, l'art. 11 parle de « limitations de souveraineté », la Grèce quant à elle évoque à l'art. 28§3 des « restrictions à l'exercice de la souveraineté nationale » tout en concédant « qu'il est possible de reconnaître des compétences prévues par la Constitution ». Dans cette tendance, se dégage une propension à la mise en commun comme raison solidaire à la limitation des compétences. Par exemple, le Danemark, à son art. 20§1, accepte que « les attributions soient déléguées par une loi à des autorités en vertu d'une convention passée par accord réciproque avec d'autres États ». Le Portugal aussi, à l'art. 7§6, accepte un « exercice en commun, grâce à la coopération ou grâce aux institutions de l'Union, des pouvoirs nécessaires à l'édification et à l'approfondissement de l'Union ». La France s'illustre parfaitement

⁶⁵ En vertu de l'article 48 du TUE, « les modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives » (art. 48, §4.2 du TUE). Aussi, « le Conseil européen statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen, qui se prononce à la majorité des membres qui le composent » (art. 48, §7.3 du TUE).

⁶⁶ GAUDIN Hélène, « Souveraineté partagée et faisceau de compétences », in GUIOT François-Vivien (dir.), *La souveraineté en Europe. Du discours politique à une réalité juridique*, Mare & Martin, 2022, pp. 137-158.

⁶⁷ Au sens où les entend Marc BLANQUET (BLANQUET Marc, *L'exercice de la répartition des compétences, Compétences de l'Union*, fascicule n°170, Jurisclasseur Europe Traité, 2012).

dans cette tendance, à l'art. 88-1 de sa Constitution car elle a « choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Au-delà de ses diverses formes en fonction des États, le principe d'attribution est en réalité matérialisé par l'existence de catégories de compétences.

12. La réunion des États dans un système auquel ils participent. Il résulte de ces diverses approches de l'intégration, en fonction des États, différentes conceptions de l'origine des compétences, comme celle tendant à opposer la thèse de la *délégation*⁶⁸ ou *transfert* de compétence à la thèse de *l'attribution* ou de la *création* des compétences⁶⁹. La thèse de la délégation suppose le transfert de compétences initialement nationales à l'Union, ce qui signifie par conséquent que les compétences de l'Union sont en réalité « l'addition des éléments des compétences nationales transférées, soustraits désormais à l'emprise étatique »⁷⁰. Or, l'absence de « symétrie, d'identité ou d'équivalence entre les compétences perdues par les États et celles reçues par l'Union »⁷¹ plaiderait en faveur du dépassement de cette thèse, au profit de la thèse de l'attribution des compétences. En vertu de ce second modèle, les États ont expressément signifié et délimité les compétences qu'ils attribuent à l'Union, compétences qui n'étaient pas à l'origine étatiques, mais qui « (résultent) d'un processus d'innovation, se caractérisant par la création de nouvelles compétences »⁷². C'est une conception capable d'expliquer l'existence de compétences spécifiquement européennes comme l'établissement du marché intérieur. Dès lors, l'attribution des compétences implique la création de compétences communes, qui englobe aussi bien les compétences nouvelles⁷³, c'est-à-dire créées⁷⁴, que les compétences transférées⁷⁵. Comme le souligne M. Blanquet, la notion de compétences communes est l'unique notion qui juggle les rapports entre Union et États-membres, c'est-à-dire qui « implique la subordination juridique des États-membres compatible avec le maintien de leur

⁶⁸ GAUTIER Yves, La délégation en droit communautaire, Thèse, Strasbourg, 1995 ; LESGUILLONS Henry, L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE, LGDJ, 1968 ; CONSTANTINESCO Vlad, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés, Bibliothèque de droit international, LGDJ, 1974, p. 237.

⁶⁹ CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, Compétences de l'Union européenne, *op. cit.*, §48 et s.

⁷⁰ *Ibid.*, §50.

⁷¹ *Ibid.*, §51.

⁷² *Ibid.*, §52.

⁷³ Les compétences nouvelles qui trouvent leur sens dans l'exercice en commun de compétences qui ne sont plus du ressort exclusif d'un État agissant isolément.

⁷⁴ La thèse de l'attribution des compétences, et non le principe de l'attribution des compétences, consiste « à considérer que les compétences dévolues à l'Union ont été spécifiées par les États dans le Traité à l'effet de permettre à l'organisation d'atteindre ses objectifs. Les compétences européennes ne trouvent pas leur origine dans d'anciennes compétences étatiques transférées, mais doivent plutôt être comprises comme résultant d'un processus d'innovation, se caractérisant par la création de nouvelles compétences, affectées dans le chef de l'Union. Un tel modèle, qui dépasse le modèle synallagmatique du transfert, rend certainement compte, de façon générale, de l'ensemble des compétences européennes correspondant aux missions particulières imparties à l'Union : établir un marché commun (intérieur) » (CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, *op. cit.*, §52).

⁷⁵ Les compétences transférées où il est question cette fois-ci de mise en commun de compétences autrefois détenues et exercées par les États-membres mais qui, dorénavant, sont détenues et exercées par l'Union.

souveraineté »⁷⁶, pour la simple et bonne raison qu'ils ne sont pas « soumis à une entité externe, étrangère, mais un système auquel ils participent »⁷⁷.

13. La Cour de justice, dès 1964, estime que « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité entraîne donc une *limitation définitive* de leurs droits souverains »⁷⁸. En 1972, elle confirmera cette irréversibilité du transfert de compétences « contre laquelle ne saurait prévaloir l'invocation de dispositions de droit interne de quelque nature qu'elles soient »⁷⁹. Il faudra attendre 1981, pour qu'elle affirme fermement que les compétences transférées « appartiennent pleinement et définitivement à la Communauté » car « le transfert de compétence (est) total et définitif au profit de la Communauté »⁸⁰. Après les années 80, la Cour ne fera plus mention de sa ferme conception de l'irréversibilité des compétences, sauf à trois reprises, entre 2014 et 2021, où elle estima que « les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet d'un transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union, à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit »⁸¹. Cependant, cette irréversibilité concerne expressément le transfert de compétences. Qu'en est-il des dessaisissements de compétences ? Pour M. Blanquet, le dynamisme de l'intégration repose sur « un ajustement jurisprudentiel des domaines de compétence et des pouvoirs, dans un cadre marqué par l'extensibilité et, jusqu'à présent, l'irréversibilité des compétences »⁸². En ce sens, l'irréversibilité est consubstantielle à l'intégration, de sorte qu'elle est un caractère qui s'applique aux compétences, au-delà de celles qui ont été formellement transférées, mais aussi à celles qui ont été *ajustées* notamment par l'effet du dessaisissement des États, qui concerne les situations où l'Union crée une nouvelle compétence à son profit « qui ne se ramène pas simplement à l'addition des *abandons* de compétences étatiques »⁸³.

14. Les outils d'ajustement des compétences. L'emploi du principe d'attribution des compétences⁸⁴, au soutien de la délimitation des compétences selon l'article 5§1 TUE, « suppose que soient énumérées, dans le texte fondamental, les compétences dévolues à l'Union »⁸⁵. Si avant le transfert de compétences s'opérait par domaines d'action, il repose dorénavant sur des catégories juridiques établies et une liste précise de compétences. Ces domaines (genres) incluent des thèmes

⁷⁶ BLANQUET Marc, *Architecture générale et délimitation*, Compétences de l'Union, fascicule n°170, Jurisclasseur Europe Traité, 2012.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. Enel, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, §3.

⁷⁹ CJCE, 13 juillet 1972, Commission c. Italie, C-48/71, ECLI:EU:C:1972:65, §9.

⁸⁰ CJCE, 5 mai 1981, Commission c. Royaume-Uni, ECLI:EU:C:1981:93, §1.

⁸¹ CJUE, 6 octobre 2021, Avis 1/19, ECLI:EU:C:2021:832, §231.

⁸² BLANQUET Marc, *Architecture générale et délimitation*, *op. cit.*

⁸³ CONSTANTINESCO Vlad, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁴ CJCE, 28 mars 1996, Avis n°2/94, ECLI:EU:C:1996:140, §30.

⁸⁵ AUBER Emmanuel, La répartition des compétences, *op. cit.*, p.58.

de législations (espèces) comme, notamment, la santé publique, le marché intérieur, la recherche, les brevets, la circulation des marchandises, des personnes et des services. Le juge mobilise à la fois une interprétation téléologique des textes⁸⁶, l'effet utile permettant d'augmenter la portée des décisions⁸⁷, l'interprétation systémique et générale des textes⁸⁸. Le juge est un acteur incontournable de cette interprétation où « toutes les techniques d'interprétation extensive des textes entrent en scène »⁸⁹. A côté du champ des compétences de l'Union, le champ d'application du Traité *potentialise* l'application du droit de l'Union à des situations qui échappent au champ de compétences mais entrent dans le champ d'application. C'est bien l'effet utile du Traité, et aussi et surtout « le respect intégral » des États à la « superstructure » à laquelle ils ont choisi de contribuer, qui *justifie* l'élargissement du champ d'application de l'Union à des situations de compétence retenue des États. Dès lors, apparaît une distinction entre ce à quoi les États consentent (ce qui fait exister les compétences) et ce dans quoi les États s'engagent (ce qui s'observe dans l'exercice des compétences). L'élargissement du champ d'application de l'Union est une « incursion nécessaire de la compétence communautaire » justifiée par « l'expression d'une exigence fondamentale de solidarité dans la communauté »⁹⁰. En fin de compte, l'origine de ce *débordement* de compétences de l'Union, en dehors de la procédure ordinaire de révision des Traités, est généralement attribuée à l'exploitation du champ d'application de l'Union, ou à des dispositions d'intégration fonctionnelles telles que l'harmonisation des compétences ou encore à des procédures de révision simplifiée du Traité comme la clause passerelle⁹¹ et la clause de flexibilité⁹². Dans tous les cas, ces procédures de révision simplifiées ne peuvent être déclenchées qu'avec le consentement exprès et unanime des États membres, ce qui fait de ces derniers les maîtres de leurs compétences.

15. L'existence de ces outils d'ajustement des compétences, à la fois ponctuel et avec l'accord des États, n'épuise pas toutes les manifestations de ce qu'il est possible d'envisager sous l'angle d'une « redélimitation » des compétences déjà délimitées, mais cette fois-ci sans les États et de manière pérenne. En effet, le phénomène observé s'apparenterait presque davantage à une

⁸⁶ Pour un exemple d'interprétation téléologique attachée aux finalités et aux buts, voir l'arrêt CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, affaire C-14/68, ECLI:EU:C:1969:4, §4.

⁸⁷ Pour un exemple d'effet utile pour donner une portée maximale au traité, voir l'arrêt CJCE, 26 mai 1982, Commission c. Belgique, affaire C-149/79, ECLI:EU:C:1982:195.

⁸⁸ Pour un exemple d'interprétation systémique menant à l'interprétation des textes par rapport à la cohérence générale, voir l'arrêt CJCE, 3 février 1976, Flavia Manghera, affaire C-59/75, ECLI:EU:C:1976:14.

⁸⁹ BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 448.

⁹⁰ AZOULAI Loïc, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne » in NEFRAMI Eleftheria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 341-368.

⁹¹ La clause passerelle est un type de procédure de révision simplifiée, qui autorise le Conseil européen à statuer à l'unanimité après approbation du Parlement (art. 48§7 du TUE).

⁹² La clause de flexibilité de l'article 352 TFUE, est une des causes de cet évolutionnisme des compétences, qui permet un « accroissement des compétences proprement dites de l'Union, mais autoriserait seulement un ajustement des pouvoirs des institutions aux *compétences existantes* » (BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op.cit.* p. 445).

forme de « clause générale d'attribution des compétences »⁹³. Et ce phénomène aboutit à un redécoupage des réalités du monde, dont le rattachement à des catégories apparaît alors relatif.

III. Les conditions d'une redélimitation des catégories de compétences par la qualification

16. Il s'agit de s'interroger sur les conditions du débordement des catégories de compétences, que traduit la fabrication d'un lien de rattachement d'un objet à une catégorie juridique qui sert de véhicule à l'évolutionnisme des compétences de l'Union. Le type de débordement de compétences auquel l'on fait face ici est de l'ordre d'une « redélimitation » pérenne des catégories juridiques de compétences délimitées. L'appropriation de l'appréciation des faits par la Cour de justice (A), permet à cette dernière de disposer librement des critères de rattachement des objets à des catégories de compétences, comme en témoigne l'exemple du sang (B).

A. L'appropriation de l'appréciation des faits par la Cour de justice

17. Comme la qualification juridique « n'est pas une catégorie juridique mais une technique juridique au service des acteurs du droit pour mettre en œuvre les catégories juridiques »⁹⁴, alors la délimitation du contenu des catégories⁹⁵ de compétences est *mise en œuvre* par la qualification juridique. La qualification se décompose en étapes pour constituer un syllogisme⁹⁶, qui n'est rien d'autre qu'un processus *d'élection* d'une hypothèse parmi les autres⁹⁷. En ce sens la qualification est le produit d'une intention, d'une élection parmi les possibles, d'un pari. C'est dans la mineure du syllogisme juridique que se loge l'irréductible *réalité*, laquelle exige que soient respectées ses caractéristiques lorsqu'elle est *nommée*, alors même qu'elle est saisie à travers des concepts forgés par la volonté humaine. Le sujet dispose du concept qui est un outil cognitif⁹⁸, une norme mentale⁹⁹ ou un modèle axiologique de conduite¹⁰⁰, qui permet à la fois de donner un nom aux choses et de

⁹³ MARTUCCI Francesco, Droit de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 185

⁹⁴ VAUTROT-SCHWARZ Charles, *La qualification juridique en droit administratif*, Thèse, Univ. Paris 2, LGDJ, 2009, p. 4.

⁹⁵ Voir notamment l'ouvrage dirigé par AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2010.

⁹⁶ La majeure est l'interprétation de la catégorie, la mineure est l'appréciation des éléments percutants qui composent l'objet à qualifier, la solution de ce syllogisme est la rencontre du fait et du droit.

⁹⁷ PERELMAN Chaïm, *La logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, p. 83.

⁹⁸ Les concepts sont « des étalons concrets visant à dire l'identité à un type idéal » (ROUVIERE Frédéric, « Autour de la distinction entre règles et concepts, Revue de la recherche juridique », *Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, n°26, p. 2017).

⁹⁹ BENOIST Jocelyn, *Concepts, Introduction à l'analyse*, Cerf, 2010, p. 133.

¹⁰⁰ Expression inspirée par AMSELEK Paul, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, coll. Le temps des idées, 2012, p. 128.

comprendre la règle, étalon de mesure formel et prescriptif¹⁰¹. La différence entre les deux, tient à ce que « les concepts disent l'essence des choses et les règles la possibilité des choses »¹⁰². La qualification est une liaison incessamment actualisée¹⁰³ entre le fait et le droit. La distinction du moment de la majeure (interprétation de la règle) et de la mineure (appréciation du fait), est structurante de la qualification. L'effectuation complète de la qualification juridique dépend de la réalisation de ces deux étapes. L'interprétation de la règle est de l'ordre du cognitif, elle « (articule) les concepts eux-mêmes »¹⁰⁴, elle permet de déployer l'étendue des possibles, en remémorant l'étendue des règles. La qualification est la décision de donner un nom à un fait apprécié et rattaché à une règle préalablement interprétée. Dès lors, s'il existe bien une fonction cognitive dans l'interprétation de la règle et une fonction délibérative dans l'appréciation du fait, alors c'est dans la mineure que se loge le pouvoir de la qualification.

18. L'autorité de la chose qualifiée. Les décisions de la Cour de justice, à l'inverse de celles du Conseil constitutionnel, seraient dépourvues de l'autorité de la chose qualifiée, tout en étant dotées de l'autorité de la chose interprétée, car le rôle de la Cour de justice se bornerait à interpréter la norme qui sera qualifiée par l'État membre. Cela ressort notamment de l'arrêt *Upjohn* où la Cour de justice estime en 1991 qu'il « appartient au juge national de procéder au cas par cas aux qualifications nécessaires »¹⁰⁵. Or, si l'interprétation de la Cour de justice s'impose absolument aux juridictions nationales, la qualification qu'elle opère se « déduit automatiquement de l'interprétation que la Cour de justice fait de la catégorie »¹⁰⁶. C'est précisément pour assurer l'application uniforme du Traité et l'intégration de l'Union, que les recours dont est saisie la Cour de justice sont autant de chances d'assurer l'incontestabilité de ses décisions, qui comprennent aussi bien l'interprétation *et* la qualification. Sur un plan théorique, l'interprétation se situe à l'étape cognitive de la qualification, qui est complétée par l'étape délibérative. Elle est donc *dans* l'opération de qualification. Sur un plan pratique, lorsque la Cour de justice *interprète* la notion litigieuse dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, elle *délibère* également sur la signification définitive de la notion dans le contexte dans lequel elle est saisie dans le dispositif de la décision. La Cour de justice consacre une formule précise à cette opération qui laisse à l'État membre le soin qualifier le cas d'espèce : il « appartient à » la juridiction nationale ou à l'État membre de *vérifier* ou *d'apprécier* si ces conditions sont remplies. L'expression « il appartient à », dans le cadre des renvois préjudiciels, ne concerne

¹⁰¹ Les règles sont « des étalons de capacité formels qui portent sur des cas pour en préciser la convenance ou l'adéquation à la règle » (ROUVIERE Frédéric, « Autour de la distinction entre règles et concepts... », *op. cit.*).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ CAYLA Olivier, « La qualification ou la vérité du droit », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴ ROUVIERE Frédéric, « Autour de la distinction entre règles et concepts... », *op. cit.*

¹⁰⁵ CJCE, 16 avril 1991, *Upjohn*, aff. C-112/89, ECLI:EU:C:1991:147, §23.

¹⁰⁶ VAUTROT-SCHWARZ Charles, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 310.

que 1969¹⁰⁷ décisions de la Cour de justice et des tribunaux, entre 1971¹⁰⁸ et 2022. Le nombre de décisions employant cette expression (1969 décisions) est largement en-deçà du nombre de toutes les décisions rendues sur renvoi préjudiciel (8658 décisions)¹⁰⁹, ce qui signifie que la Cour ne laisse pas systématiquement les États apprécier ou vérifier les conditions qu'elle a posées.

19. L'appréciation des faits réalisée par la Cour de justice. Le départage, entre l'interprétation du droit par la Cour de justice et l'appréciation des faits par la juridiction nationale, trouve sa racine dans le fait que le juge national « doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir »¹¹⁰, ce qui s'apparente à l'application du principe d'autonomie juridictionnelle et procédurale, en vertu duquel les États sont responsables de la mise en œuvre du droit de l'Union sur leur territoire¹¹¹. Également, la Cour peut refuser de statuer sur une question préjudicielle si l'interprétation du droit de l'Union est sans rapport manifeste avec l'objet du litige, ou si le problème est hypothétique, ou encore si la Cour « ne dispose pas des éléments de fait ou de droit, nécessaires pour répondre de façon utile aux questions »¹¹²¹¹³. La Cour ne saurait se prononcer sur la signification d'une notion si cette dernière n'est pas rattachable à une catégorie juridique de l'Union, car c'est la seule pour laquelle elle est compétente. De plus, le problème doit être réel et non hypothétique, ce qui signifie donc que la Cour se prononce utilement et concrètement sur un cas d'espèce, lequel doit être subsumé sous une catégorie juridique. Le simple fait que la Cour doive prendre une décision sur l'interprétation de la norme en fonction de l'appréciation du cas concret, signifie qu'elle opère une authentique qualification. De même, la seule autorité « habilitée à procéder avec force obligatoire et valeur authentique »¹¹⁴ à l'interprétation du droit de l'Union n'est autre que la Cour de justice, qui explique qu'en l'absence d'une interprétation communautaire *formelle*¹¹⁵ aucune disposition « n'habilite les autorités nationales des États membres à édicter (...) des règles d'interprétation ayant des effets obligatoires »¹¹⁶. *In fine*, dans le départage des compétences, l'Union est responsable de l'interprétation du droit et de la qualification des faits indispensables à son office¹¹⁷ (elle interprète la catégorie juridique en fonction de l'appréciation du cas d'espèce) et les États membres sont responsables de la décision juridictionnelle qu'ils rendront

¹⁰⁷ Le fait de ne retenir que l'expression « il appartient à » dans la recherche, permet d'embrasser de la manière la plus exhaustive qui soit toutes les décisions où la Cour renvoie aux États membres la vérification ou l'appréciation des critères.

¹⁰⁸ Le tout premier arrêt mentionnant l'expression « il appartient (au juge national) » est l'affaire CJCE, 24 novembre 1971, Kurt Siemers, aff. C-30/71, ECLI:EU:C:1971:111.

¹⁰⁹ En recherchant le nombre de décisions rendues sur renvoi préjudiciel, il existe 8044 arrêts et 614 ordonnances de la Cour de justice et du tribunal confondus. Ces renvois proviennent de l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Italie, la Belgique et la France.

¹¹⁰ CJUE, 22 septembre 2022, Admiral Gaming Network, aff. C-475/20, ECLI:EU:C:2022:714, §25.

¹¹¹ Selon l'article 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « 1. Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ».

¹¹² Voir notamment l'arrêt CJUE, 23 novembre 2021, IS, C-564/19, EU:C:2021:949, §60.

¹¹³ CJUE, 22 septembre 2022, Admiral Gaming Network, C-475/20, ECLI:EU:C:2022:714, §25

¹¹⁴ CJCE, 18 juin 1970, Hauptzollamt c. Krohn, C-74/69.

¹¹⁵ *Ibid.*, §11

¹¹⁶ *Ibid.*, §11.

¹¹⁷ Cela ressort du fait que la Cour puisse refuser de statuer sur une question préjudicielle si le problème est hypothétique, ou si la Cour « ne dispose pas des éléments de fait ou de droit, nécessaires pour répondre de façon utile aux questions » (CJUE, 22 septembre 2022, Admiral Gaming Network, C-475/20, ECLI:EU:C:2022:714, §25).

sur le fondement de la qualification effectuée par la Cour de justice. La Cour de justice est l'auteur d'une qualification fondatrice¹¹⁸, et à ce titre prend position sur le sens du texte à interpréter et neutralise toute marge de manœuvre de l'État membre qui, par conséquent, réalisera une qualification d'application de la qualification fondatrice.

B. La libre disposition des critères de rattachement des objets à des catégories de compétence : l'exemple du sang

20. La redélimitation des compétences est possible à la condition de redéfinir les contours des catégories juridiques qui fondent les compétences. En ce sens, cette redélimitation s'opère aussi bien à travers l'interprétation des règles juridiques, qu'à travers l'appréciation des faits. Or, c'est précisément en affaiblissant la marge d'appréciation des États, dans l'appréciation souveraine des faits, que la Cour s'approprie *entièrement* le rôle de la qualification juridique, opération pourtant dévolue aux États membres¹¹⁹. En qualifiant les faits, la Cour de justice classe de manière pérenne les faits dans des catégories de compétences qui offrent à l'Union une plus large marge de manœuvre, notamment la catégorie « marché intérieur ». En affaiblissant la marge d'appréciation des États, la Cour place ces derniers en situation de compétence liée, ce qui atteint le mode d'exercice de leur compétence, ce qui *rejaillit* sur la compétence elle-même, à tel point que V. Constantinesco estime que la « substitution d'une compétence liée à une compétence discrétionnaire n'est donc pas un changement sans conséquence mais au contraire constitue un réaménagement véritable de la compétence, voire de la répartition des compétences »¹²⁰. Lorsque la Cour de justice cherche dans l'objet du litige « une essence ou une structure typique s'inscrivant dans notre répertoire de catégories »¹²¹, elle ne se borne pas à dégager le sens d'un texte, qui n'est qu'une étape de la qualification. Elle qualifie, et ne se borne pas à interpréter. Par exemple dans l'affaire *Medisanus*, la Cour de justice signifie clairement son intention de *qualifier* les faits, en affirmant « qu'il convient d'apprécier, à titre préalable, l'applicabilité de (la disposition) (...) à une situation telle que celle en cause au principal »¹²².

21. Le constat de *l'évolutionnisme*¹²³ des compétences de l'Union, repose sur l'existence d'un outil qui redélimite les compétences de manière pérenne, un outil qui ne se borne pas à ajuster

¹¹⁸ Au sens où l'entend Robert LABETOUILLE. LABETOUILLE Daniel, *La qualification et le juge administratif : quelques remarques*, Droits, n°18, 1994.

¹¹⁹ La Cour « apprécie les faits », comme nous le verrons au cours de l'étude, alors même que « lorsque la Cour se prononce à titre préjudiciel, il n'entre pas dans ses compétences d'apprécier les faits » (BOBEK Michal, Conclusions présentées le 10 juin 2021 sous CJUE, *RFA c. Commission*, C-177/19P, ECLI:EU:C:2021:476).

¹²⁰ CONSTANTINESCO Vlad, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, op. cit., P. 78

¹²¹ Paul Amserek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012 à la p ; Paul Amserek, *L'interprétation à tort et à travers*, in AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995.

¹²² CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §56.

¹²³ BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit.

ponctuellement les compétences. Les potentialités qu'offre le Traité, encadré par le principe d'attribution des compétences, ne sont pas suffisantes pour réaliser cette redélimitation. Cette dernière, si elle ne résulte pas de l'application directe du texte, résulte *a minima* d'une interprétation large du texte, au niveau du droit dérivé et du droit primaire. Si l'interprétation de la Cour s'impose aux juridictions nationales, elle influence seulement celles-ci qui sont censées apprécier les faits et *délibérer* sur la qualification finale. Or, progressivement, la Cour tend à apprécier les faits à la place des juridictions nationales. En classifiant tels objets dans telle catégorie de domaine, la Cour classe en réalité l'objet dans une catégorie de compétence. *In fine*, la qualification juridique peut être perçue comme une technique juridique qui réalise l'interprétation de la règle et l'appréciation du fait dans un même mouvement mais comme deux étapes distinctes, dont l'une est relative à une intention cognitive et l'autre une intention délibérative.

22. Lorsque des institutions comme le législateur de l'Union ou la Cour de justice procèdent à une qualification (qu'elle soit primaire ou d'application), ces dernières réalisent un authentique *choix*, en rattachant l'objet à qualifier à une catégorie juridique. En supposant (comme cela est avancé plus haut) que le choix de la catégorie juridique (que fonde le choix de la base juridique d'une législation) détermine le degré de compétence de l'Union dans le domaine d'action, alors les critères qui permettent de rattacher l'objet à ladite catégorie sont tout aussi essentiels. Dès lors, l'évolutionnisme des compétences de l'Union est permis par l'identification d'une catégorie juridique de compétence forte de l'Union associée au développement de critères de rattachement des objets. Ce rattachement fonctionne à condition d'être véhiculé par des critères « fonctionnels » fondés sur l'utilité de l'objet (rattachable à la catégorie visée) et une interprétation « téléologique » des critères (de rattachement à la catégorie). Par exemple, dans le domaine de la santé publique, il est possible d'observer plus précisément que la qualification de « sang » est caractérisée par des critères fonctionnels comme en témoigne la définition donnée à l'article 2 de la directive 2002/98 « *le sang est le sang prélevé chez un donneur et transformé à des fins soit de transfusion soit de fabrication* ». Son interprétation, par la Cour importe également dans le rattachement de cet objet de santé publique dans la catégorie du marché intérieur. Dans l'affaire *Medisanus*¹²⁴ en 2017, la Cour de justice se livre à un exercice *périlleux* consistant à « éviter le retour à des solutions protectionnistes, tout en protégeant le plus important des intérêts de l'article 36 TFUE, à savoir la santé publique »¹²⁵. La Cour se consacre à la qualification du sang humain et de ses composants¹²⁶, sur fond d'appel d'offres d'un hôpital de Slovénie pour acheter des médicaments à base de sang et plasma d'origine

¹²⁴ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431. Voir notamment les observations de DURVIAUX Lawrence, « Chronique Droit européen des marchés et autres contrats publics », *op. cit.* ; BERROD Frédérique, « Le localisme *légitimable* dans le marché intérieur, Chronique Marché intérieur », *RTDE*, 2018, p. 682 ; RODRIGUES Stéphane, « Chronique des marchés publics », *RUE*, 2019, p. 184.

¹²⁵ BERROD Frédérique, « Chronique Marché intérieur, le localisme *légitimable* dans le marché intérieur », *op. cit.*

¹²⁶ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §50 à §54.

slovène. Le gouvernement de Slovénie soutient « un discours de souveraineté »¹²⁷ selon lequel le sang humain et ses composants sont une « ressource » et non une « marchandise »¹²⁸, en se fondant sur l'article 168§7 du TFUE qui vise « l'allocation des ressources » dont les États sont responsables. Or, la Cour « ne cède pas sur ce point »¹²⁹ et réfute cette interprétation en mobilisant la volonté des rédacteurs du traité car selon elle on ne saurait « déduire du libellé de l'art. 168§7 TFUE une volonté (...) de viser précisément à travers l'utilisation générique du terme « ressources » le sang et ses composants ».¹³⁰ Cependant, si ce terme est *générique* et qu'il ne vise rien *précisément*, alors il est tout à fait acceptable que les ressources de l'article 168 TFUE incluent le sang.

23. L'enjeu est de taille, car, toujours avec l'exemple topique de la qualification du sang, si ce dernier peut être qualifié de ressource et non de marchandise, alors il restera dans le giron des compétences étatiques, et lui sera appliqué le régime de l'article 168 TFUE. Si le sang, en revanche, est qualifié de marchandise, il relèvera des articles 34 et 36 TFUE et sera soumis aux règles du marché intérieur, ce à quoi la Cour conclura d'ailleurs¹³¹ après avoir rejeté les justifications à l'entrave à la libre circulation des marchandises¹³². La Cour ajoute même que « rien ne s'oppose à ce que des médicaments dérivés du sang ou du plasma humain entrent dans la définition de la notion de « marchandises » (...) compte tenu de l'interprétation particulièrement large de cette notion retenue dans la jurisprudence de la Cour concernant les médicaments ainsi que le sang et les composants sanguins »¹³³. Cette remarque démontre la nature auto-poïétique des syllogismes de la Cour. Parce que la Cour a conféré une large acception à une notion A, une notion B peut tout à fait relever du champ d'application de la notion A car « rien ne s'y oppose ». C'est donc une logique purement inclusive et extensive qui est à l'œuvre. Pour finir, la Cour se fonde sur les conclusions de l'avocat général qui qualifie lui-même le sang de « produit » au sens de l'article 1§2.a de la directive 2004/18, car « en l'absence d'une autre définition au sein de la directive 2004/18, cette définition (lui) semble transposable à la notion de *produit* au sens de cette directive »¹³⁴. Comme un « produit » est « appréciable en argent et susceptible, comme tel, de faire l'objet de transactions commerciales », ¹³⁵ alors il relève du régime des marchandises qui, elles aussi, sont « appréciables en

¹²⁷ BERROD Frédérique, « Chronique Marché intérieur, le localisme *légitimable* dans le marché intérieur », *op. cit.*

¹²⁸ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §50.

¹²⁹ BERROD Frédérique, « Chronique Marché intérieur, le localisme *légitimable* dans le marché intérieur », *op. cit.*

¹³⁰ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §52.

¹³¹ « Il s'ensuit que les médicaments dérivés du sang ou du plasma humain constituent des « marchandises » au sens de l'article 34 TFUE » (*Ibid.*, §53).

¹³² La Cour estime « §104. En conséquence, il convient de répondre à la question posée que l'article 2 et l'article 23, paragraphes 2 et 8, de la directive 2004/18 ainsi que l'article 34 TFUE, lu en combinaison avec l'article 36 TFUE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une clause du cahier des charges d'un marché public qui exige, conformément à la législation de l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur, que les médicaments dérivés du plasma, objets du marché public en cause, soient produits à partir de plasma collecté dans cet État membre » (*Ibid.*, §104).

¹³³ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §53 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492, §27 à 32 ; CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma*, C-421/09, EU:C:2010:760, §27 à 30.

¹³⁴ SAUGMANDSGAARD Ø Henrik, Conclusions présentées le 1er décembre 2016 sous CJUE, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2016:922.

¹³⁵ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §54.

argent»¹³⁶. L’avocat général ajoute d’ailleurs que sa « conviction (...) est corroborée par la jurisprudence de la Cour (...) qui a considéré à de multiples reprises que les médicaments relevaient du champ d’application des articles 34 et 36 TFUE »¹³⁷. La Cour estime que « l’interprétation des dispositions du TFUE sur la libre circulation des marchandises, compte tenu de l’interprétation particulièrement large de cette notion retenue dans la jurisprudence de la Cour concernant notamment les médicaments ainsi que le sang¹³⁸ »¹³⁹ amène à considérer que « les médicaments dérivés du sang ou du plasma constituent des *marchandises* au sens de l’article 34 TFUE »¹⁴⁰. Il ressort très clairement de ces appréciations que le produit sanguin stable destiné à devenir un médicament est une marchandise et un produit pleinement intégré dans la libre circulation du marché intérieur. Cette qualification de marchandise n’est pas sans incidence sur le régime qui s’ensuit : en effet, ainsi qualifié, le sang ne peut provenir que de l’État membre en vertu d’une *autosuffisance nationale*, car l’autosuffisance se mesure à l’échelle de l’Union européenne et à travers la libre circulation des marchandises. En cela, la qualification juridique participe à la redéfinition des contours des catégories juridiques de compétences antérieurement délimitées par les États. L’Union « n’a pas la compétence de déterminer sa propre compétence, ni d’atteindre celle des États »¹⁴¹, puisqu’elle ne dispose que de compétences d’attribution. **Or, en modifiant ainsi la délimitation des compétences par la qualification, l’Union dispose bien des contours du contenu de sa propre compétence.**

I. Le postulat de la délimitation étatique des compétences	2
A. Les formes du consentement des États au transfert de leurs compétences	2
B. Les catégories juridiques, support de la délimitation des compétences.....	6
II. L’observation d’une redéfinition européenne des compétences	8
A. Le constat de « l’évolutionnisme » des compétences de l’Union.....	8
B. L’insuffisance des justifications du dépassement du principe d’attribution.....	9
III. Les conditions d’une redéfinition des catégories de compétences par la qualification.....	14
A. L’appropriation de l’appréciation des faits par la Cour de justice	14
B. La libre disposition des critères de rattachement des objets à des catégories de compétence : l’exemple du sang.....	17

¹³⁶ *Ibid.*, §54.

¹³⁷ SAUGMANDSGAARD Ø Henrik, Conclusions présentées le 1er décembre 2016 sous CJUE, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2016:922, §66.

¹³⁸ Voir les arrêts CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, C-141/07, ECLI:EU:C:2008:492, §27-32 ; CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma*, C-421/09, EU:C:2010:760, §27-30.

¹³⁹ CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, §53.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §53.

¹⁴¹ DENIZEAU Charlotte, *L’idée de puissance publique à l’épreuve de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 17.