Université de Reims Champagne-Ardenne
Faculté de droit et de sciences politiques
École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société

L'UNION EUROPÉENNE
ET LES SERVICES PUBLICS INTERNATIONAUX

Thèse pour l'obtention du grade de
Docteur en droit de l'Université de Reims Champagne-Ardenne
(doctorat nouveau régime, mention droit public)

présentée et soutenue publiquement par

Aurélien DESINGLY

le 24 juin 2009

Jury :

Jean-Pierre COLIN, Professeur des Universités en sciences politiques
Jean-David DREYFUS, Professeur de droit public à l'Université de Reims, (directeur de recherche)
Fabienne PÉRALDI-LENEUF, Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (rapporteur)
Stéphane RODRIGUES, Maître de conférences à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (rapporteur)
Paul WEISSENBERG, Commission européenne, Directeur, Coordinateur pour l'industrie aérospatiale, GMES, sécurité et défense

Université de Reims Champagne-Ardenne
Faculté de droit et de sciences politiques
École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société

L'UNION EUROPÉENNE
ET LES SERVICES PUBLICS INTERNATIONAUX

Thèse pour l'obtention du grade de
Docteur en droit de l'Université de Reims Champagne-Ardenne
(doctorat nouveau régime, mention droit public)

présentée et soutenue publiquement par

Aurélien DESINGLY

le 24 juin 2009

Jury :

Jean-Pierre COLIN, Professeur des Universités en sciences politiques
Jean-David DREYFUS, Professeur de droit public à l'Université de Reims, (directeur de recherche)
Fabienne PÉRALDI-LENEUF, Professeur de droit public à l'Université de Lille 2 (rapporteur)
Stéphane RODRIGUES, Maître de conférences à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (rapporteur)
Paul WEISSENBERG, Commission européenne, Directeur, Coordinateur pour l'industrie aérospatiale, GMES, sécurité et défense

L’université n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Élodie, à ma famille, à mes amis.

Remerciements

Je remercie l'ensemble des membres du Jury pour leur disponibilité.

Je tiens à remercier le Professeur Jean-Pierre Colin pour son écoute et ses conseils qui m'ont guidé dans la conceptualisation et l'élaboration de ce sujet.

Je tiens particulièrement à exprimer ma gratitude au Professeur Jean-David Dreyfus pour sa disponibilité, ses nombreux conseils et encouragements ainsi que pour les échanges de points de vue qui m'ont permis de mener à bien ce travail.

Je remercie également l'ensemble des fonctionnaires européens, diplomates, députés européens et autres experts nationaux détachés qui ont toujours accepté de me recevoir pour échanger sur les différentes thématiques contenues dans ce travail de recherche.

Je tiens également à saluer le *think tank* guyanais RDR pour toutes les sessions spatiales extraordinaires et les nombreux échanges de points de vue sur l'organisation et l'avenir de la politique spatiale en Europe.

Abréviations, sigles et acronymes

Périodiques et Journaux officiels

AFDI : *Annuaire français de droit international*

AFRI : *Annuaire français de relations internationales*

AJDA : *Actualité juridique droit administratif*

D : Recueil Dalloz

Eur. : Revue *Europe*

JCP : *Semaine juridique*

JCPE : *Semaine juridique entreprise*

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JORF : Journal officiel de la République française

LPA : *Les petites affiches*

RAE : *Revue des affaires européennes*

RDP : *Revue de droit public*

RDUE : *Revue du droit de l'Union européenne*

RGDIP : *Revue générale du droit international public*

RCADI : *Recueil des cours de l'Académie de droit international*

RFDA : *Revue française de droit administratif*

RMCUE : *Revue du marché commun et de l'Union européenne*

S : Recueil Sirey

Juridictions, organisations internationales et agences

AESE : Agence européenne de sécurité aérienne

AESM : Agence européenne de sécurité maritime

COCOBU : Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen

ERA : Agence ferroviaire européenne

GSA : Autorité de surveillance du programme Galileo

GJU : entreprise commune Galileo

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CE : Conseil d'État

CE sect. : Arrêt du Conseil d'État en section du contentieux

CE ass. : Arrêt du Conseil d'État rendu en assemblée.

CIJ : Cour internationale de justice

CPIJ : Cour permanente de justice internationale

ERGEG : Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz

ESA : Agence spatiale européenne

JAA : Autorités conjointes de l'aviation

OLAF : Office européen de lutte antifraudes

OMC : Organisation mondiale du commerce

PNUD : Programme des Nations unies pour le développement

TC : Tribunal des conflits

TPI : Tribunal de première instance

Services publics

SIG : Service d'intérêt général

SIEG : Service d'intérêt économique général

SIGNE : Service d'intérêt général non économique

SNEIG : Service non économique d'intérêt général

SPI : Service public international

SSIG : Services sociaux d'intérêt général

Programmes de l'Union européenne

EGNOS : European Geostationary Navigation Overlay Service

GEOSS : Global Earth Observation System of Systems

GMES : Global monitoring environment and security

SESAR : Single European sky air traffic management

SSA : Space situational awareness

Nomenclature des actes de la Commission européenne et des Traités

TCE : Traité instituant la Communauté européenne (Nice)

TUE : Traité sur l'Union européenne (Nice)

TUE : Traité sur l'Union européenne (Lisbonne)

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Lisbonne)

COM : Communication

SEC : Document des services de la Commission accompagnant les communications

C : Décision de la Commission

Avertissement

Les nombreuses références faites au projet de Traité de Lisbonne suivent la numérotation consolidée et non pas le projet de Traité lui-même.

Les versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne.

JO C115 du 9 mai 2008

Sommaire

L'Union européenne et ses services publics internationaux

Introduction générale……..….p. 10

Partie 1 Le service public international, élément fédérateur de l'Union européenne.p. 19

Titre 1 Union européenne et service public international, un couple complexe…….....p. 20

Chapitre 1 Le droit international public et les activités d'intérêt général…….....p. 20

Section 1 La doctrine du droit administratif international…….p.21

Section II Les concepts proches du service public international……..p. 36

Chapitre II La nature de l'Union européenne……...….p. 72

Section 1 Origines et errements de la construction européenne ….....p. 72

Section 2 Essai de classification de l'Union européenne……..p. 76

Titre 2 L'apport de l'Union européenne à la théorie du service public international…..…p. 107

Chapitre 1 Une harmonisation du fonctionnement interne des services publics économiques..p.108

Section 1 Une doctrine communautaire des services publics ……p. 109

Section 2 L'apport de l'Union aux services publics internationaux : une approche dans l'intérêt des citoyens…….p. 124

Chapitre 2 Vers des autorités européennes de régulation des services d'intérêt général en réseaux……...……..p.137

Section 1 Un besoin d'achèvement du marché commun……..……..p. 139

Section 2 Vers une régulation communautaire institutionnalisée…….……..p. 148

Partie II La mise en œuvre des services publics internationaux, élément moteur de l'Union…….p.169

Titre I La mise en œuvre organique des services publics communautaires……p. 171

Chapitre 1 Les agences de l'Union européenne……..p. 173

Section 1 L'agence dans le droit communautaire primaire positif……..……p.173

Section 2 Les agences exécutives, supports du service public communautaire……...……p.190

Section 3 Les agences déconcentrées : des « micro-institutions dotées d'une macro-incidence »……..p. 194

Chapitre 2 Les entreprises communes : entreprises de gestion répondant à un intérêt public européen……..p. 225

Section 1 La notion d'entreprise commune……....p. 227

Section 2 Une classification des entreprises communes…….p. 232

Titre II La participation à des services publics internationaux……...p. 247

Chapitre 1 La politique spatiale de l'Union européenne : source des services publics de l'Union européenne…….p. 248

Section 1 Les programmes spatiaux de l'Union, services publics …….....p. 250

Section 2 Une politique spatiale sans compétence……..p. 278

Chapitre 2 L'Union européenne prestataire du service public international de la sécurité.p.302

Section 1 L'Union prestataire de la sécurité internationale……p. 303

Section 2 Les instruments financiers et diplomatiques au service de la sécurité internationale …….p. 318

Conclusion générale……p. 330

Bibliographie……p.333

Introduction générale

« *La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la fédération européenne*[1]. »

Cet extrait de la déclaration de Robert Schuman prononcée le 9 mai 1950 dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay résume le projet de l'Union européenne et ce qui sera nommé par la suite « la méthode Monnet ».

L'Union s'est construite tout d'abord par l'intégration successive de l'essentiel des secteurs économiques dans un marché commun. La création de l'Union européenne par le Traité de Maastricht marque le point de départ d'une communautarisation toujours plus étendue à des domaines relevant traditionnellement du pouvoir souverain des États comme la monnaie, gérée de manière indépendante par une Banque centrale fédérale, le mandat d'arrêt européen ou encore la gestion de l'immigration et du contrôle aux frontières extérieures. Le projet des Pères fondateurs est celui de l'établissement d'une fédération européenne, perçue alors comme le seul moyen de parvenir à une « *paix perpétuelle*[2] » en Europe.

L'étude de notions aussi denses que celles d'Union européenne et de service public international est une entreprise complexe. Comme l'affirmait le Professeur Rivero, chacun de ces mots « *sent la poudre, il éveille des résonances passionnelles contradictoire ; et la contradiction n'est pas seulement celle, normale qui oppose les esprits pour ou contre une notion claire, elle porte sur le contenu même de la notion et le sens du mot*[3] ».

Le service public, qui était initialement un concept de droit français permettant de répartir le contentieux entre les juridictions judiciaires et administratives[4], s'est transformé en justification de l'action étatique puis en modèle de société. Ce concept est à lui seul le fruit d'amalgames politiques et économiques. L'organisation de l'économie française à la libération est en partie à l'origine de ces confusions. La création de monopoles nationaux chargés des services publics et employant des salariés bénéficiant d'un statut a obscurci les frontières entre l'activité d'intérêt général, le secteur public, les agents publics et la situation de monopole. Pour Jacques Chevalier, « *le service public est donc une notion complexe dans*

[1] SCHUMAN Robert, déclaration du 9 mai 1950.
[2] KANT Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle,* Paris, Hatier, 1795, rééd. 2001, 176 p.
[3] RIVERO Jean, *La notion juridique de laïcité*, Paris, Dalloz, 1949, chronique XXXIII, p. 137.
[4] TC, 8 février 1872, BLANCO, conclusions DAVID, Paris, Sirey, 1873, 3, p. 153.

laquelle se mélangent de manière indiscernable, indissociable et insoluble le réel, le mythe, soudés par le ciment du droit.[5] »

Le point de départ de cette étude consacrée à l'Union européenne et aux services publics internationaux est l'étude du programme Galileo, le programme européen de radionavigation par satellite lancé conjointement, en 2002[6], par la Communauté européenne et l'Agence spatiale européenne. Ce programme piloté par la direction générale des transports de la Commission européenne a été qualifié par Jacques Barrot, commissaire européen aux transports, de « service public mondial[7] ».

Cette idée de service public mondial interpelle le publiciste français pour qui le service public s'appréhende sous la définition rédigée par Réné Chapus : « *le service public est une activité assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public*[8]**.** » Cette perspective d'un futur programme européen qualifié de service public mondial ouvre les perspectives d'un nouveau type de relations entre l'Union européenne et les services publics.

Jean Salmon définit le service public international comme « une fonction exercée par une organisation internationale au service de l'intérêt commun de ses membres[9] ». L'idée que l'Union européenne organiserait ainsi des prestations de service dans l'intérêt de ses Etats membres est assez novatrice voir même audacieuse car l'Union n'a pas été conçue pour organiser des activités économiques autre que la régulation de la concurrence, le tarif extérieur commun et la politique monétaire. Le développement de service concret définit et exploité par ou pour le compte de l'Union européenne serait un changement important dans le fonctionnement de l'Union.

Le service public international est un concept doctrinal proposé par l'école objectiviste du droit international pour organiser la société internationale non pas à partir de la souveraineté des États mais en se basant sur un service public international. Cette théorie, élaborée par Léon Duguit à partir de sa critique du droit public classique présentée dans *Les transformations du droit public*[10] puis dans son traité de droit constitutionnel, a été développée par Georges Scelle et Charles Chaumont. L'idée maîtresse de trois auteurs est le rejet de la souveraineté[11] comme fondement de la puissance étatique. Pour l'école

---

[5] CHEVALIER Jacques, *Le service public*», Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, p. 5.
[6] DE MONTLUC Bertrand, « La décision Galileo », *Revue défense nationale*, avril 2002, p. 16 à 20.
[7] BARROT Jacques « Galileo, l'Europe montre la voie », conférence internationale sur la coopération dans l'espace, Bruxelles, 17 février 2005, et « Quel avenir pour l'Europe spatiale ? », fondation Robert Schuman, Paris, 17 juin 2005.
[8] CHAPUS René, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15e édition, 2001, n° 748, p. 579.
[9] SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1029.
[10] DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.
[11] CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », *in Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 386.

objectiviste, la puissance publique n'est pas issue d'un imperium mais de la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des services publics. Cette idée d'un service public international est une théorie de la société internationale de la même manière que le service public dans la doctrine de Léon Duguit était une théorie de l'État. Georges Scelle et Charles Chaumont analysent essentiellement les services publics internationaux sous l'angle organique. Pour ces auteurs, ce sont les organisations internationales qui constituent des services publics internationaux.

La présente étude a donc pour but d'analyser les interactions entre l'Union européenne et le service public international afin de déterminer si cette théorie a une conséquence sur la nature juridique de l'Union. Cependant, nous nous attacherons à définir le service public international sur le plan matériel. Une approche organique nous conduirait à analyser les interactions entre l'Union européenne et certaines organisations internationales universelles[12] comme les Nations unies ou ses institutions spécialisées comme l'Organisation de l'aviation civile[13].

Le corpus de cette étude est vaste, il comprend de nombreuses références au droit international public, au droit national français et à d'autres droits nationaux mais est cependant concentré sur les Traités communautaires et la mise en œuvre de certaines politiques au moyen de droit dérivé (I). Le contexte de cette étude dans le Traité est l'Union européenne à l'épreuve du service public, c'est-à-dire l'évolution de la place du service public dans le système communautaire (II).

I Champ de l'étude : les interactions de l'Union européenne et des services publics internationaux à travers le prisme de l'utilisation de la notion de service public par l'Union

Pour réaliser la présente étude, nous avons arrêté un vaste champ d'investigation fondé en premier lieu sur la nature de l'Union européenne et l'appréhension de la notion de service public international et de concepts similaires en droit international (A).

Le champ de l'étude porte également sur certaines politiques de l'Union européenne et leur mise en œuvre par le droit dérivé (B).

A La gestion de l'intérêt général en droit international et la nature de l'Union européenne

[12] Voir JACQUÉ Jean-Paul, « La participation de la Communauté économique européenne aux organisations internationales universelles », *Annuaire français de droit international*, 1975, volume XXI, p. 924.

[13] Voir GRARD Loïc, « L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile », *Annuaire français de droit international*, 2003, p. 492.

La notion de service public international est apparue simultanément aux premières organisations internationales lors de la première révolution industrielle à la fin du XIX^{e} siècle. Il s'est créé à travers l'Europe un courant de pensée que nous nommons « école du droit administratif international ». Les auteurs de cette famille doctrinale ont analysé les interactions toujours plus nombreuses entre les États et ont déduit que ces relations interétatiques ont créé un besoin d'établir des normes. Pour ces auteurs, comme Paul Negulesco, les Unions universelles et les Commissions internationales ont été les premières initiatives pour remédier au besoin de création de normes communes pour gérer certains secteurs économiques comme les communications postales. Les Commissions internationales furent les premières tentatives de fédéralisation de la fourniture de service public international. Ces Commissions se substituaient aux États pour prester un service et disposaient pour ce faire de pouvoir de police.

Le droit international public n'a jamais véritablement consacré cette notion de service public international. Nous sommes donc amenés à analyser de manière approfondie les autres concepts, similaires au service public international, qui visent également à gérer certaines activités dans l'intérêt général des États. Ainsi, il nous apparaît nécessaire d'appréhender d'une part le concept doctrinal de bien public mondial et d'autre part les notions de droit international positif : le patrimoine commun de l'humanité et le public trust.

Cette étude nous permettra de déterminer si l'utilisation de la notion de service public international est encore pertinente et la latitude qu'elle peut occuper parmi les autres notions connexes en droit international.

Outre la précision de la notion de service public international, la qualification juridique de l'Union européenne nous apparaît également indispensable pour fixer la cadre général de cette étude. Cette qualification de l'Union est une entreprise délicate car, si les Communautés et l'Union sont nées des actes de droit international ratifiés par les États, la Cour de justice des Communautés a très vite estimé que « *le Traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique mails il établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toutes violation éventuelle*[14]. » Cette qualification est d'autant plus difficile à déterminer que les rédacteurs des Traités et de leurs révisions successives se sont soigneusement gardés d'inclure dans les Traités tout terme lié au droit constitutionnel classique[15]. L'étude de ce système juridique nécessite l'appréhension de

[14] CJCE, Commission/Grand Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique, affaires jointes 90/63 et 91/63, recueil p. 1217, point 1.

[15] Voir MOREAU DEFARGE Philippe, « La fédération européenne est faite... ou presque », *Annuaire français de relations internationales*, 2001, p. 187.

nombreux éléments de droit constitutionnel comme les critères de distinction entre la confédération et l'État fédéral. Nous analyserons également certains de ces critères comme le droit de retrait ou la compétence de la compétence à la lumière du droit comparé et de l'interprétation des Cours suprêmes des États-Unis, du Canada et de l'Allemagne. Enfin, pour dépasser la distinction stérile entre la confédération et de l'État fédéral, nous procéderons à l'étude du concept de fédération d'États-Nations proposé par Jacques Delors et la notion de fédération en ce qu'elle se distingue de l'État fédéral.

B L'Union européenne créatrice de services publics internationaux ?

Sur le plan du droit matériel, nous avons retenu des politiques communautaires qui nous paraissaient constituer des services publics internationaux. Ces choix ne sont pas exhaustifs. Nous n'avons ainsi pas étudié les services publics de la justice ni le contrôle aux frontières extérieures ou encore la régulation de la monnaie. Cependant, nous avons analysé les politiques de l'Union sous les angles institutionnels et matériels qui nous paraissent apporter la meilleure valeur ajoutée à la présente étude.

1 L'étude de l'expansion organique de l'Union

Sur le plan organique, l'Union européenne institue progressivement de nombreux organismes dotés de la personnalité morale pour mettre en œuvre certains programmes ou assurer certaines missions d'exécution ou encore des fonctions de conseil scientifique. Ces organismes sont regroupés dans deux grandes catégories : les agences et les entreprises communes. Il nous faudra étudier ces deux types de structures à la lumière des Traités de la Communauté de l'énergie atomique et de la Communauté européenne. Le traité Euratom est très intéressant : un de ses chapitres est consacré à la première agence de l'Union : l'Agence d'approvisionnement de l'Euratom, chargée de réguler le marché des matières premières nécessaires à la production d'énergie nucléaire. Ces agences communautaires ont été créées *ex nihilo* puisque le Traité ne comporte aucune disposition relative à la constitution d'agences, il ne fait que mentionner des « organismes créés par la Communauté ». Ces agences ont été créées en premier lieu sur la base de l'article 308 du Traité de la Communauté puis en se fondant sur les politiques sectorielles. En outre, la chapitre V du Traité de l'énergie atomique est consacré aux entreprises communes qui serviront de base à la constitution des entreprises communes instaurées à partir de 2002 dans le cadre de la Communauté économique.

2 L'Union à la recherche d'une stature internationale

Nous avons retenu deux politiques dans lesquelles nous retrouvons les éléments constitutifs du service public international : la politique spatiale et la politique de la sécurité internationale.

La création d'une politique spatiale par un État est toujours la conséquence de la recherche d'un certain prestige sur la scène internationale. Au cours de la Guerre froide, la course à l'espace a été l'une des plus remarquables confrontations directes entre l'Est et l'Ouest. Le premier des deux Grands à atteindre l'espace, à y envoyer un homme ou à marcher sur la Lune utilisait cette performance scientifique et technique comme un outil de propagande et de prestige sur la scène internationale.

Plus récemment, la République populaire de Chine s'inscrit dans le même processus de recherche de la reconnaissance scientifique et du prestige en organisant de nombreux programmes spatiaux pour aller également sur la Lune[16]. Si l'on peut affirmer que chaque puissance veut sa politique spatiale, on peut donc également dire que sans politique spatiale, il n'y a pas de puissance. La maîtrise de l'espace est un élément de sécurité considéré comme vital par les États-Unis[17] d'Amérique et les autres puissances spatiales. En effet, la sécurité des personnes et des biens dépend désormais en partie des données de la météorologie, de l'observation de la Terre et de la navigation par satellite. En Europe, la politique spatiale est née d'une volonté d'indépendance et de non-alignement sur les deux Grands. L'initiative française du général de Gaulle dans l'effort de conception d'un lanceur européen indépendant reste aujourd'hui l'un des plus grands succès de l'Europe spatiale qui détient aujourd'hui plus de la moitié du marché des lanceurs commerciaux.

L'Union européenne a décidé de se doter de deux grandes infrastructures spatiales dans les domaines de la navigation par satellite et de l'observation de la Terre. Ces deux programmes, Galileo et GMES, vont certes procurer une indépendance technologique à l'Union européenne mais sont surtout tournés vers la prestation de services aux États et aux citoyens de l'Union. Nous essaierons de déterminer si ces programmes communautaires peuvent être considérés comme des services publics internationaux.

Dans le domaine de la sécurité internationale, l'Union européenne tend à devenir un prestataire de sécurité. Elle organise des opérations militaires et des missions de police pour stabiliser certaines situations de crise. Ces opérations sont le plus souvent organisées dans le

[16] Voir SOUBES-VERGER Isabelle et BOREL Denis, *Un empire très céleste, la Chine à la conquête de l'espace*, Paris, Dunod, 2008, 276 p.

[17] Voir DESINGLY Aurélien, « La nouvelle doctrine spatiale américaine », *Revue française de droit aérien et spatial*, 2007, volume 241, p. 45.

cadre du chapitre VIII de la Charte des Nations unies et sont déployées principalement en Afrique subsaharienne et dans les Balkans. La volonté de l'Union d'organiser ces opérations, qui sont traditionnellement du ressort des services publics nationaux de défense, marque un glissement vers une politisation et une affirmation de l'Union sur la scène internationale. Cette action internationale en faveur de la sécurité n'est pas pour autant une politique étrangère indépendante de celle des États. Le consensus reste la règle pour agir. De la même manière, l'Union ne revendique ni de siéger à la place des États dans les organisations internationales ni de bénéficier du droit de veto au sein du Conseil de sécurité des Nations unies. La politique de l'Union en matière de sécurité est conditionnée à des actions consensuelles en faveur de la paix et de l'action humanitaire.

II L'Union européenne à l'épreuve du service public international

Malgré le rôle déterminant des jurisconsultes français dans la rédaction des Traités, le service public n'a pas eu une place prépondérante dans la création du système juridique des Communautés.. Les divergences dans l'appréciation de la place des services publics dans le marché commun ont initialement été une source de tensions entre l'Union et les services publics (A). Cependant, les États membres et les institutions ont fait évoluer la place du service public pour lui donner une forte incidence sur le processus d'intégration communautaire (B).

A La place du service public dans l'ordre juridique communautaire

Dans la rédaction initiale des Traités et jusqu'à la révision d'Amsterdam en 1997, la notion de service public n'a eu qu'une place extrêmement réduite dans le droit communautaire. Seul l'article 73 relatif à la politique des transports mentionne la possibilité de déroger à l'interdiction de prodiguer des aides d'État en raison des « servitudes inhérentes à la notion de service public ». Cette place modeste pour le service public dans les Traités CE n'était pas véritablement surprenante car les buts de la construction européenne n'étaient pas d'organiser ou de créer des services publics communautaires ni de réguler les services nationaux. Ses premiers objectifs économiques étaient de supprimer les barrières tarifaires et non tarifaires entre les États membres pour construire un marché commun dans lequel circulent librement les biens, les services, les capitaux et les personnes. Les relations entre Union européenne et service public ont été quelque peu crispées car d'une part l'Union a pour l'essentiel ignoré le concept français de service public au profit de sa propre doctrine des services d'intérêt général, d'autre part la libéralisation de l'économie a été perçue au niveau national comme attentatoire au service public. Cependant, l'introduction de l'article 16 dans le Traité

d'Amsterdam et son renforcement dans le Traité de Lisbonne confèrent au service public une influence sur le processus d'intégration communautaire.

B Incidence du service public sur le processus d'intégration communautaire

L'introduction de l'article 16 du Traité d'Amsterdam est le fruit d'un compromis entre les États[18]. Cet article est accompagné de protocole et de déclaration annexe qui précise son encadrement par la jurisprudence de la Cour. Le service public et le SIG se renforcent progressivement dans les révisions du Traité. La traité de Nice créé un droit d'accès aux SIG dans la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne permet à l'Union de réglementer le fonctionnement des SIG. Cette multiplication des références aux services d'intérêt général le transforme non plus en justificatif d'une dérogation au droit commun mais en but potentiel de l'action publique européenne.

1 La réalisation du service public : objectif de l'Union européenne

La volonté de l'Union de faire du service public un des piliers du modèle de société européen conduit l'Union à mettre en œuvre des activités dans l'intérêt de ses États membres et de ses citoyens. Cette mise en œuvre a cependant lieu en dehors des concepts de service d'intérêt général ou de service public. Le législateur communautaire préfère agir dans le cadre des politiques sectorielles en mettant en place des infrastructures ou des autorités de régulation dont les missions peuvent être considérées comme des missions de service public international mais sans pour autant viser les articles relatifs aux SIEG dans les différents règlements constitutifs. Cependant, les institutions font référence, dans les documents de services ou dans les considérants préalables aux règlements, à l'accomplissement de missions d'intérêt général ou de services publics.

2 Le service public et l'Union européenne dans la mondialisation

Dans sa communication sur les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation, la Commission européenne insiste sur la défense d'un modèle social européen et la nécessité de préserver les systèmes sociaux de retraite et de protection maladie menacés par le vieillissement de la population en Europe et de déficit structurel de l'investissement dans la recherche et la compétitivité. La première mesure que l'Union suggère de mettre en œuvre au niveau européen est d'étendre le marché commun « *au secteur des services afin de susciter une concurrence accrue et de poursuivre l'amélioration de notre forte tradition de services*

[18] Pour les détails sur la position de chacun des États et la construction de cet article, voir Stéphane RODRIGUES, « La nouvelle régulation des services publics en Europe, énergie, postes, télécommunications et transports », Tec & Doc, 2000, p. 28-34.

d'intérêt général de qualité à des prix abordables[19] ».

Cette position de la Commission en faveur de la promotion des services d'intérêt général en Europe pour affirmer la place de ces activités dans le modèle social est en conformité avec les objectifs arrêtés dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Les chefs d'États et de gouvernements avaient fixé pour objectif d'ici 2010 de « *devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale*[20] ».

Cette volonté de promouvoir le modèle social européen à un niveau international est toujours présente dans les institutions. Le 30 avril 2009, le Comité économique et social européen a publié une initiative nommée « ligne de conduite pour les services d'intérêt général et la mondialisation[21] » dans laquelle il demande à la Commission d'évaluer périodiquement les incidences de la mondialisation sur les SIG. Le CESE propose trois actions au niveau international : promouvoir les SIG dans les négociations au sein de l'OMC, « *maintenir et développer certains services communs dans d'intérêt général des citoyens de l'UE, tels que Galileo*[22] » et organier une coopération internationale pour la gestion des biens publics internationaux. Cette volonté des institutions d'orienter l'action de l'Union dans une optique plus protectrice des intérêts des États et des citoyens peut être analyser à l'aune du service public international.

L'exposé de cette démonstration requiert un développement en deux temps. Dans chaque partie seront exposés les deux apports du service public international à l'Union européenne. Il s'agit tout d'abord de présenter l'influence croissante de l'Union dans la définition puis la régulation des services publics en réseaux. Le service public international se révèle ici comme l'élément fédérateur de l'Union européenne (partie 1).

Les relations entre l'Union européenne et les services publics évoluent du stade de la réglementation à celui de l'organisation par elle-même d'activités d'intérêt général qui ne peuvent être valablement entreprises au niveau national. Le service public international devient alors l'élément moteur de l'Union (partie 2).

---

[19] Communication de la Commission du 20 octobre 2005 au Parlement et au Conseil, « Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation », COM (2005) 525, point 4.2.1, p. 14-15.

[20] Conseil européen tenu à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000, conclusions de la présidence, paragraphe 5, http://europa.eu/european-council/index_fr.htm.

[21] Avis du Comité économique et social européen sur la « ligne de conduite pour les services d'intérêt général et la mondialisation », JO C 100 du 30 avril 2009, p. 33.

[22] Avis du Comité économique et social européen sur la « ligne de conduite pour les services d'intérêt général et la mondialisation », JO C 100 du 30 avril 2009, point 2.6.2, p. 35.

Partie 1 Le service public international, élément fédérateur de l'Union européenne

La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres est établie sur le mode fédéral par le biais des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ainsi, lorsque l'Union décide de réglementer ou d'agir dans un domaine particulier, la compétence des États s'efface. Le service public international est une notion doctrinale qui permet à des États d'organiser certaines activités dans leur intérêt commun. Cette idée est restée au stade doctrinal sans jamais réellement resurgir dans le droit positif ni dans les intentions des États. Ces derniers lui ont préféré les notions non moins complexes de patrimoine commun de l'humanité, de condominium ou de trust. La doctrine elle-même semble également avoir renoncé à toute idée de service public international au profit d'un concept issu de la pensée économique néoclassique du bien public mondial. La construction européenne est lancée sur un chemin hasardeux aux objectifs indéfinis, faute de consensus entre ses États membres. Les influences des tenants d'un grand marché et des partisans d'une Europe politique s'annulent et conduisent à une édulcoration du projet européen dont le cap, l'objectif à atteindre, n'a jamais été aussi incertain.

Dans sa relation avec les services publics, l'Union européenne a enrichi la notion de service public international. Elle a, dans un premier temps, uniformisé la définition et le fonctionnement des services public nationaux puis, dans un second temps, elle tend à créer des autorités européennes chargées de la régulation des services publics en réseaux.

Nous présenterons donc le couple complexe de l'Union européenne et des services publics internationaux (titre 1) puis l'apport de l'Union européenne à la théorie des services publics internationaux (titre 2).

Titre 1 Union européenne et service public international, un couple complexe

L'étude des relations entre l'Union européenne et les services publics internationaux nécessite une étude préalable de ces deux notions. Le service public a été analysé par deux écoles de pensée qui lui attribuent un rôle spécifique. Le patrimoine commun de l'humanité, qui est consacré dans plusieurs Traités et accords comme la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer et l'accord international régissant les activités humaines sur la Lune et les autres corps célestes, a été conçu à la fin des années 1970 pour la gestion commune des ressources naturelles. Plus récemment, à l'initiative du programme des Nations unies pour le développement, est apparue une nouvelle conception de la gestion des activités d'intérêt général : celle du Bien public mondial. Ce concept adapte la notion économique de bien public en lui ajoutant une dimension éthique pour gérer des activités bénéfiques ou indispensables à la vie humaine. Nous présenterons ces notions de droit international visant à gérer les intérêts communs des États et nous montrerons pourquoi le service public international nous apparaît conserver une pertinence au XXI^{e} siècle (chapitre 1). L'Union européenne est un organisme international dont le degré d'intégration entre les États est sans précédant. Aucune autre institution créée par un Traité international ne dispose d'un Parlement élu au suffrage universel direct ; Parlement qui, au surplus, est en mesure de faire échec à la volonté des États au cours de la procédure législative ordinaire de la codécision. L'ordre juridique communautaire est également très spécifique. La primauté et l'effet direct du droit communautaire ainsi que la compétence obligatoire de la Cour de justice nous portent à nous interroger sur la nature juridique de l'Union (chapitre 2).

Chapitre 1 Le droit international public et les activités d'intérêt général

L'idée d'un service public international a connu son âge d'or dans la première moitié du vingtième siècle. Deux écoles de pensée ont contribué à l'élaboration de théories du service public international, l'« école du droit administratif international ». En effet, les membres du premier courant représentés notamment par les professeurs Paul Negulesco et José Gascon y Marin, constatent dès 1900 une irrésistible croissance des échanges entre les États et une interdépendance des économies qui nécessitent une mise en commun de la gestion de certaines activités. Deux systèmes illustrent cette collaboration entre États : les Unions universelles qui coordonnent les services publics nationaux et les Commissions internationales qui se substituent aux services nationaux.

La seconde est l'école objectiviste du droit international fondée par Léon Duguit et portée par Georges Scelle. Ces auteurs estiment que le droit international ne peut valablement être fondé sur la souveraineté des États. En effet, Léon Duguit expose que le droit international a un fondement objectif antérieur aux droits subjectifs des États car, pour avoir des droits, les États doivent au préalable être entrés dans une société des États. Cette conception intersociale du droit et de la société internationale exige la création de services publics internationaux.

La notion de service public international n'est pas le seul outil qui ait été imaginé pour conceptualiser la gestion des intérêts communs des États. Outre international, la doctrine et les États ont consacré trois nouveaux concepts de gestion collective des biens : le patrimoine commun de l'humanité, le bien public mondial *et le public trust*. Il nous appartiendra alors de définir l'apport de la notion de service public international et son intérêt face aux concepts concurrents.

Section 1 Les doctrines du service public international

L'idée d'un service public international est présente dans deux courants de pensée : l'école du droit administratif international et l'école objectiviste du droit international.

L'école du droit administratif international présente de nombreuses origines. En effet, des auteurs russes, roumains, grecs, italiens ou encore allemands décrivent une évolution du droit et de la vie internationale, marqués par la création des premières organisations internationales. Chacun de ces auteurs étudie le prélude de ce qui est nommé aujourd'hui la mondialisation et estime qu'il est nécessaire de gérer en commun, d'adopter des normes communes pour les activités économiques. Ces normes sont élaborées au sein des premières organisations universelles et des Commissions internationales.

L'école objectiviste est celle initiée par Léon Duguit et Georges Scelle, elle développe le service public international comme un substitut à la souveraineté des États pour légitimer l'action publique au niveau international.

Sous-section 1 Le service public international dans la doctrine de l'école du droit administratif international

Le Professeur Kazansky définit le droit administratif international comme un droit intersocial, à savoir « *l'ensemble des restrictions apportées à la souveraineté administrative ou policière des États, ou l'ensemble des restrictions mises à leur indépendance dans le domaine des intérêts sociaux*[23] ».

[23] KAZANSKY Pierre, « Théorie de l'administration internationale », *Revue générale du droit international public*, 1902, p. 363.

Le professeur Kazansky délimite ce droit à cinq domaines particuliers : les moyens de communication entre les peuples (chemin de fer, poste, droit maritime, droit des gens fluvial), la police (lutte contre l'esclavage et mesures luttant contre l'anarchie), les intérêts sociaux (domaines religieux et littéraire), la santé et l'intérêt social international (agriculture et industrie). Dans ces secteurs, les États ont des intérêts sociaux identiques, c'est-à-dire les mêmes besoins à satisfaire.

Par ailleurs, les sources du droit administratif international sont identiques à celles du droit international public classique. Il s'agit de la coutume internationale et des Traités. De nos jours, cinq sources du droit international sont répertoriées dans l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice : les Traités, la coutume internationale, les principes généraux du droit, les décisions judiciaires et la doctrine.

Paul Negulesco est le premier membre de l'école du droit administratif international à utiliser l'expression « service public international[24] ». Il a une vision organique de ces services. Selon cet auteur, ce sont les coordinations des besoins entre les États qui ont impliqué la création des Unions internationales constituant les services publics internationaux. Ces Unions universelles ont été multiples et adaptées aux circonstances, de l'Union postale universelle, chargée d'harmoniser les règles de transport du courrier par voie postale, à l'Union internationale des pays viticoles de l'Europe, chargée de lutter contre le phylloxéra. Paul Negulesco accorde une place toute particulière à la Société des Nations qui, selon lui, « *devrait réunir, soit directement, soit médiatement, tous les services publics internationaux*[25] ».

§ 1 La distinction entre deux supports des services publics internationaux : l'Union universelle et la Commission internationale

Selon la théorie du droit international administratif, les Unions internationales administratives se distinguent des Commissions internationales administratives. En effet, sur un plan organique, chacune d'entre elles constitue un service international et participe à la satisfaction des intérêts internationaux. En revanche, les structures, les modes de création et le régime juridique sont distincts.

Sur ces points, les professeurs Kazansky, Negulesco, Dendias[26] et Antonesco[27] ont une analyse identique. Dans cette optique, ils distinguent quatre critères de différenciation.

---

[24] NEGULESCO Paul, « Les principes du droit international administratif », RCADI, 1935, tome I, p. 576 à 691.
[25] *Idem*, p. 619.
[26] DENDIAS Michel, « Les principaux services internationaux administratifs », RCADI, 1938, volume I, p. 281.
[27] ANTONESCO Michel A, « Essai de détermination méthodologique du droit administratif international », mélanges Negulesco, 1935, p. 100.

Le premier réside dans le « mobile[28] » de la création : les Unions administratives, créées sur la base du constat de la nécessité de coordonner le fonctionnement de certaines activités, ont une fonction administrative. Alors que la finalité de la création des Commissions internationales est politique, et ce en fonction des avantages que peuvent en tirer les États signataires du traité.

Le statut juridique de ces organisations constitue un deuxième critère de distinction. En effet, les Unions sont mixtes, elles ne visent alors qu'à coordonner l'activité des services nationaux sur le plan international. L'Union est en rapport constant avec les services nationaux qui appliquent leur droit national pour l'exercice de leur activité. À titre d'exemple, l'Union postale universelle fixe des normes pour le transport du courrier telles la rémunération des services nationaux ou la responsabilité en cas de perte, mais elle ne véhicule pas elle-même les correspondances.

La Commission internationale ne coordonne pas les activités nationales, elle s'y substitue. Elle n'a donc aucun lien avec les activités nationales puisque, implantée sur le territoire des États signataires du Traité, la Commission constitue un service nouveau.

Le troisième réside dans l'organisation interne. En effet, les Unions sont à vocation universelle et leur organe délibératif, la conférence internationale, est composée de membres de tous les États qui souhaitent y adhérer. En revanche, seul un nombre restreint d'États, parties au Traité constitutif, est représenté dans les Commissions. Certes les États qui ne participent pas au secteur d'activité concerné peuvent devenir membres de la Commission. Néanmoins, leur vote n'a pas le même poids. Ainsi, la France a été l'un des membres fondateurs de la Commission européenne du Danube et ce, même si ce fleuve ne traverse pas son territoire, parce qu'elle a été l'un des pays vainqueurs de la guerre de Crimée[29] qui ont souhaité fixer les conditions de navigations sur ce fleuve.

L'activité constitue le dernier point de distinction. En effet, si l'Union coordonne les services internationaux, la Commission agit en prestataire de services. Autrement dit, les services de l'Union universelle sont rémunérés[30] par les États et les services nationaux tandis que la Commission dispose de ressources propres.

L'article 16 du Traité de Paris qui a créé la Commission européenne du Danube dispose d'ailleurs que « *des droits fixes, d'un taux convenable pourront être prélevés, à la condition expresse que sous ce rapport comme sous tous les autres les pavillons de toutes les nations*

[28] DENDIAS, Michel, « Les principaux services internationaux administratifs », RCADI, 1938, volume I, p. 281.
[29] Menée entre 1854 à 1855, la guerre de Crimée opposa la France, la Grande-Bretagne, l'empire Ottoman et le Piémont à la Russie.
[30] Pour le financement des services publics internationaux, voir ZAHARIADE Zahari, « Les statuts financiers des services publics internationaux », thèse, faculté de Paris, 1938, éditions Domat-Montchrestien.

seront traités sur le pied d'égalité. » En l'espèce, le financement est en partie créé par l'acquittement d'un péage[31], par les bâtiments usagers des services prestés[32] et par la Commission internationale.

§ 2 La Société des Nations, moteur et avenir du service public

Les auteurs de l'école du droit administratif international ont placé la Société des Nations au centre de l'action des services publics internationaux. Cette organisation internationale, créée par le Traité de Versailles, avait pour but de prévenir la survenance de conflits internationaux. À cette mission principale en ont été annexées d'autres, gérées par des organismes internationaux spécialisés au sein de la SdN. Ce sont ces organismes et le secrétariat de la SdN qui ont été principalement étudiés et perçus comme des services publics internationaux. En ce sens, professeur Dendias estime que le secrétariat général de la Société des Nations « *constitue le plus grand service international administratif*[33] » puisqu'il lui appartient de déterminer un terrain d'entente aux différentes propositions nationales sur une question administrative donnée. À titre d'exemple, le secrétariat général est chargé de déterminer l'intérêt général international, ce qui constitue la base du service public international.

Pour Dendias, la SdN a été créée pour systématiser les services internationaux instaurés pour satisfaire les intérêts administratifs dépassant la notion d'intérêt général. La SdN fut, dans cette optique, un certain succès, puisque de nombreuses coopérations ont été organisées en son sein même, et ce avec des États qui n'en étaient pas membres, tels les États-Unis. Cependant, le rôle politique de la SdN et les engrenages de la Seconde Guerre mondiale ont paralysé l'institution et ont conduit à sa perte.

Sous-section 2 L'école objectiviste du droit international

L'entreprise de cette école, fondée par Léon Duguit et poursuivie par Georges Scelle, a été de substituer à la souveraineté des États une nouvelle base au droit et au droit international : le service public. Léon Duguit a fondé cette doctrine à partir de sa critique du droit public classique (§ 1) ; Georges Scelle a développé les idées du maître de Bordeaux dans sa vision moniste du droit et fut le premier à proposer une définition du service public international (§2). Charles Chaumont a systématisé la notion de service public en utilisant dans un premier temps une approche matérielle puis en présentant le service public international comme un

[31] Réglés en francs-or, les montants fluctuent en fonction du type de navire et du tirant d'eau de ceux-ci.
[32] La Commission internationale a eu notamment pour activités le dragage, l'endiguement et la navigabilité des embouchures du fleuve.
[33] DENDIAS Michel, « Les principaux services internationaux administratifs », *RCADI*, 1938, tome I, p. 327.

stade intermédiaire de la coopération des États sur la voie d'un État fédéral (§ 3). Enfin, nous présenterons notre définition du service public international (§ 4).

§ 1 Les fondations du doyen Duguit

Dans son ouvrage intitulé *Les Transformations du droit public*[34], Léon Duguit expose sa vision du droit et pose les bases d'une nouvelle théorie de l'État, qui va constituer la base de la réflexion des auteurs objectivistes.

Il estime que le concept de la Nation, organisée en État et détentrice du pouvoir subjectif de la puissance publique, est obsolète. En effet, à l'origine, la Nation n'aurait dû exister que le temps de faire oublier la tradition monarchiste, toujours très présente dans l'idée des citoyens. Ainsi, la Nation aurait dû disparaître dès l'apparition de circonstances nouvelles. Or, la souveraineté nationale a été élevée au rang de mythe, de quasi-« religion[35] » d'État, ce qui la fit perdurer de manière plus que nécessaire.

Par ailleurs, Duguit remet en cause la conception des droits naturels des individus issus du *Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau. Pour le professeur de Bordeaux, cette conception de l'homme relève du « sophisme[36] ». En effet, l'homme ne peut avoir de droits naturels parce qu'il est par nature un être social, que l'homme individu n'est qu'une pure création de l'esprit, que la notion de droit suppose la vie sociale et que, si l'homme a des droits, il ne peut les tirer que du milieu social et non les lui imposer.

Duguit estime que ces deux notions ont perdu de leur pertinence et que l'action de l'État ne peut plus se limiter aux trois services publics régaliens que sont la défense, la police et la justice car « *les faits sont plus forts que la théorie et la conscience moderne veut autre chose.* » Lorsqu'il évoque « les faits » et la « conscience moderne » pour justifier une extension du rôle de l'État à différents secteurs comme l'enseignement, les services d'assistance et les moyens de communication, Duguit a recours à des procédés de sociologie holistique qu'il a appris auprès de Durkheim. Les « faits » renvoient ainsi à une approche empirique du droit et la « conscience moderne » à l'idée holiste que la société exprime des besoins et produit le comportement des individus.

Ainsi, selon lui, « *le droit est avant tout une création psychologique de la société déterminée par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral.*[37] ». Duguit place donc le service public au centre de sa théorie de l'État. Il s'agit, en ce sens, de « *toute l'activité dont*

---

[34] DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 286 p.
[35] DE TOCQUEVILLE, Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, livre premier, chapitre III, « Comment la Révolution française a procédé à la manière des révolutions religieuses, et pourquoi ».
[36] DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 28.
[37] *Idem*, p. 45.

l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante[38] ». Le service public constitue donc le but de l'action publique. Autrement dit, les prérogatives de puissance publique n'existent pas en aval d'une souveraineté et d'un contrat social issu des idées de Hobbes et Rousseau. Elles n'existent que pour assurer le bon fonctionnement et la continuité de ces services. Par conséquent, l'État devient dans cette conception, une « *coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants*[39] ».

Les gouvernants ne disposent plus, de ce fait, de prérogatives de puissance publique comme d'un élément subjectif issu de l'*imperium* romain mais comme un outil permettant d'assurer la nouvelle règle qui s'impose aux gouvernants : le bon fonctionnement des services publics.

Le doyen Duguit propose un critère pour identifier ce service public, celui du « désordre social ». En effet, si l'absence d'une activité trouble la vie de la société même pour une durée brève, cette activité doit être considérée comme un service public. Cela signifie que l'État doit la contrôler et en assurer le fonctionnement continu. Il est à noter que cette règle de la continuité est absolue chez cet auteur qui prévoit de l'imposer à l'exercice du droit de grève.

Léon Duguit transpose sa vision du droit public au droit international public aux paragraphes 17 et 67 de son *Traité de droit constitutionnel* rédigé en 1927.

Duguit utilise à nouveau les outils de la sociologie et les adapte à la société internationale. Il estime que le droit international est un droit intersocial dans lequel chaque État constitue un groupement social. La norme intersociale y apparaît lorsque les membres de ces groupements prennent conscience qu'il existe, entre les individus des différents groupes, une solidarité qui dépasse l'échelon du groupe isolé. C'est ce que Duguit nomme « *la norme économique ou morale*[40] ». Cette norme devient une règle de droit « *lorsque la conscience existe chez la masse des individus que telle règle économique ou morale est d'une importance telle pour les relations intersociales que la sanction de cette règle doit nécessairement être organisée et lorsqu'en même temps le sentiment s'impose à la masse des esprits qu'il est juste que cette sanction soit organisée*[41] ».

L'application de ces règles, dans la pensée de Duguit, ne nécessite pas une entité supérieure aux groupements ou aux États. Les gouvernants détenteurs de la force publique ont en effet pour rôle d'assurer l'application de ces normes intersociales car ils défendent les intérêts

[38] *Idem*, p. 51.
[39] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, 3e édition, 1928.
[40] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, chapitre premier, § 17, « La norme intersociale », p. 185.
[41] *Idem*, p. 186-187.

économiques de leurs administrés. Les normes intersociales, nées de la conscience des individus, créent alors des rapports intersociaux entre les gouvernants et c'est la conscience de l'existence de ces normes et de leur importance pour les groupes qui incite les gouvernants à assurer leur respect. Ces règles sont d'ailleurs directement applicables par les individus situés sur le territoire[42] des États.

Ainsi, Duguit fonde le pouvoir des gouvernants sur une règle antérieure et supérieure à eux. Il s'agit encore une fois d'un point de vue objectiviste.

Le paragraphe 67 met en exergue les contradictions des doctrines classiques françaises et allemandes au niveau du droit international. Léon Duguit définit le droit international comme « *l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent aux États dans leurs rapports entre eux*[43] ».

En effet, la doctrine française considère que tous les États sont souverains et égaux. Les États peuvent donc agir librement, sous réserve de ne pas empiéter sur les droits fondamentaux des autres États. Dans cette optique, le droit international est fondé sur le droit subjectif de la souveraineté des États. Ce droit international objectif prend exclusivement ses sources dans les Conventions internationales et la coutume internationale. La doctrine française opère ainsi une translation du schéma interne dessiné par Rousseau et Locke où les individus possèdent des droits par nature, à la vie internationale en assimilant les États à des individus détenteurs de droits naturels.

La conception allemande du droit international repose également sur la souveraineté des États. Néanmoins, elle considère que la création d'un droit international est une autolimitation de souveraineté. La doctrine allemande fonde également sa réflexion sur son droit interne dans lequel le droit public est considéré comme une autolimitation unilatérale de l'État.

En droit international, le processus est le même puisque plusieurs États limitent eux-mêmes leurs domaines de prérogatives en créant une *Vereinbarung*, une Union. La différence entre le procédé interne et international réside dans le fait que l'autolimitation de l'État n'est plus unilatérale mais conventionnelle. Dans cette perspective, l'État ne peut se voir contraint par la Convention internationale puisqu'il lui suffit alors de se retirer.

Georg Jellinek[44] estime que cela ne porte pas atteinte à la qualité de ce droit international car il existe des garanties secondaires qui veillent à la bonne application de ce droit. Ces garanties sont dans les opinions des hommes, la presse et les Parlements.

---

[42] « Individus situés sur le territoire » car les termes « ressortissants » ou « citoyens » pourraient laisser entendre que le lien de nationalité joue un rôle dans la détermination des sujets de droit.

[43] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, chapitre premier, § 67, « Le droit public international », p. 713.

[44] JELLINEK Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1900, p. 339. Traduction française : *'L'État moderne et son droit*, Paris, édition Panthéon Assas, tome 1, p. 561.

Selon Duguit, « *ces deux conceptions du droit public international étaient aussi bien l'une que l'autre indéfendables théoriquement, et pratiquement insoutenables, parce qu'elles arrivaient à des conséquences inadmissibles*[45]. »

Il rejette la conception française de la même façon qu'en droit interne. En effet, il considère que les États ne peuvent avoir de droits qu'après être entrés dans une société des États. Duguit réfute donc l'idée subjective de la souveraineté des États.

L'idée d'un droit international, qui s'adresse uniquement aux « *prétendues personnes que seraient les États*[46] » permet à ces derniers d'invoquer une inadmissible atteinte à la « *fiction, si commode de la souveraineté* » pour justifier les guerres offensives.

Pour cet auteur, le droit international se forme de manière identique à la norme intersociale. La solidarité intersociale exige la création de services publics intersociaux. Le service public se substitue de la même manière qu'en droit interne à la souveraineté. Duguit voit d'ailleurs dans la Société des Nations la preuve de la réduction de la souveraineté des États dans la société internationale. Pour étayer cette idée, il explique que le Parlement des États-Unis a invoqué l'incompatibilité des statuts de la SdN avec la souveraineté des États pour refuser de ratifier le Traité de Versailles. Toutefois, il admet ignorer si les autres États ont ratifié en prenant conscience des limitations de souveraineté.

Ainsi, « *la création de services publics internationaux devient l'objet par excellence du droit international moderne. La Société des Nations* […] *n'est pas en réalité autre chose qu'un grand service public de défense commune et qui malgré les difficultés de toutes sortes se développe et affirme son action*[47]. » La SdN est pour lui un service public international de justice et de police qui a pour but d'assurer la paix internationale. Ce but, selon Duguit, « *exclut, qu'on le veuille ou non, l'idée de souveraineté*[48] ».

Les idées de Duguit furent essentiellement centrées sur une théorie de l'État et sur le droit public interne. La transposition vers le droit international de sa théorie du service public permet de poser la base de la présente étude relative aux interactions entre l'Union européenne et les services publics internationaux. Le premier élément majeur pour cette étude est la critique du concept de souveraineté. Dans le droit public classique, cette dernière caractérise l'État : selon Duguit, c'est le service public qui doit être l'élément central de

---

« *D'autre part, les rapports de puissance des États et l'opinion publique qui se manifeste par l'opinion des hommes 'd'État, des Parlements, de la presse, constituent aussi des garanties du droit international, dont l'efficacité plus ou moins certaine, il est vrai, ne saurait cependant être entièrement passée sous silence.* »
JELLINEK, Georg, *Die rechtichliche Natur der Staatenverträge*, Vienne, 1880, p. 9 et 14.

[45] DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3e édition, tome 1, § 67, p. 719.

[46] *Idem*, p.728.

[47] *Idem*, p. 725.

[48] *Idem*, p. 731.

l'action et de la légitimité étatiques. Selon nous, le concept de souveraineté ne s'applique pas à l'Union européenne, fédération[49]. Au contraire, le service public international est un élément susceptible de caractériser les actions de l'Union européenne. Cependant, le critère du « désordre social » retenu par Duguit nous apparaît excessivement subjectif. L'idée du maître de Bordeaux fut développée en droit international par deux auteurs objectivistes : Georges Scelle et Charles Chaumont.

§ 2 L'apport de Georges Scelle

Contrairement à Duguit, Georges Scelle a consacré ses recherches au droit international. Il a repris et développé les idées du maître de Bordeaux en conservant la thématique de service public international tout en l'intégrant à sa théorie du fédéralisme international.

L'apport de Scelle réside dans une définition des services publics internationaux, incorporée au fédéralisme administratif.

A Une vision moniste du droit

Georges Scelle conçoit le droit comme un ensemble de règles hiérarchisées. Le droit international et le droit interne ne peuvent valablement être séparés puisque leurs règles se complètent et s'interpénètrent. Dans cette optique, Georges Scelle transpose le droit des fédérations au droit international. Pour ce faire, il adapte la maxime des juristes allemands « *Bundesrecht bricht Landesrecht*[50] » en « *Volksrecht bricht Staatstrecht*[51] ». L'emprunt à la doctrine allemande est judicieux car ces auteurs classiques ont étudié la formation de l'État fédéral allemand à la fin du XIX^e^siècle avec les confédérations allemandes.

Sur ce point, Scelle est en accord avec Kelsen. En effet, le maître de l'école normativiste prend également position en faveur d'une vision moniste du droit qui accorde la primauté au droit international, même s'il admet que la vision moniste qui reconnaît la primauté au droit interne est tout aussi recevable[52].

Scelle voit en la suprématie du droit international « *l'intérêt public global qui sert de synthèse aux intérêts de collectivités publiques étatiques* […] *et les empêche de se heurter les uns aux autres*[53]. » Selon lui, non seulement les États mais aussi les ordres juridiques ne peuvent être souverains. Par ailleurs, il va plus loin dans la place du droit international : il estime que le

[49] Voir *infra*, chapitre 2 La nature de l'Union européenne.
[50] Le droit fédéral casse le droit fédéré.
[51] SCELLE Georges, cours de droit international public, 1948, domat, 2° édition, p. 20. Le droit international casse le droit étatique.
[52] KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », R.C.A.D.I., 1926, IV, Tome 14, P. 317-318.
[53] SCELLE Georges, cours de droit international public, 1948, domat, 2° édition, p. 21. Le droit international casse le droit étatique.

droit international se substitue *ipso facto* à la norme interne parce qu'il s'agit d'une « norme de superposition[54] ». Le droit serait ainsi superposé aux ordres juridiques particuliers des États. Un droit doté d'effet direct comme le sera par la suite, mais dans une zone bien spécifique, le droit de la Communauté européenne.

B Le dédoublement fonctionnel, palliatif du caractère imparfait de la société internationale

Le dédoublement fonctionnel est une technique permettant d'assurer l'effectivité du droit international. En effet, la société internationale n'est pas encore régie par des institutions chargées de concevoir et faire appliquer le droit international ou encore de résoudre les litiges liés à l'application de ce droit. Certes, les Nations unies et d'autres organisations internationales représentent de nettes avancées puisqu'elles ont fait sortir la société internationale de son état primitif. En revanche, il subsiste encore bon nombre de progrès à réaliser afin que les normes internationales soient édictées par des organes supranationaux. La loi du dédoublement fonctionnel permet donc à un État d'assurer, au nom et pour le compte de la collectivité internationale, une mission, que ce dernier ne peut accomplir.

C'est en ce sens que Georges Scelle qualifie le dédoublement fonctionnel de « *succédané dangereux de l'organisation institutionnelle défaillante des ordres juridiques internationaux* », de « *pis-aller*[55] », qui s'avère nécessaire dans l'interétatisme.

C Une définition des services publics internationaux

Georges Scelle est un précurseur dans la définition du service public international. Dans son manuel de droit international, il distingue l'action des gouvernements et des administrations nationales pour « *satisfaire un besoin de sociabilité de la communauté internationale*[56] » qui sont des services publics au sens large et ne correspondent pas aux « *services publics internationaux proprement dits*[57] ». Georges Scelle analyse les services publics internationaux à travers un prisme organique. Il les définit comme des « *créations institutionnelles des collectivités internationales intéressées à un service public immédiat, directement issu d'un traité, doté d'une certaine autonomie dans son fonctionnement, disposant d'agents spécialisés et investis de compétences conventionnellement déterminées, souvent même d'un statut international proprement dit*[58] ».

---

[54] SCELLE Georges, « Le fédéralisme international », cours de doctorat (D.E.S), 1947-1948. Edition les cours de droit., Paris, P.56.
[55] SCELLE Georges, *Cours de droit international public*, 1948, Domat, 2e édition, p. 22.
[56] *Op. cit.*, p. 557.
[57] *Idem*.
[58] *Idem*, p. 558.

Par ailleurs, il assimile l'expression « service public international » à celle d'« Union internationale ». En effet, dans son ouvrage de droit international public, il emploie la formule suivante : « *À l'origine des services publics internationaux ou Unions*[59] ». Ces services publics internationaux sont des éléments de démonstration de la vision fédéraliste du droit de Scelle. Il constate que les Unions de nature administrative sont des organes décentralisés dont le fonctionnement dépasse la simple volonté des États : les Unions ont un territoire sur lequel elles agissent, celui des États dont elles sont composées et où elles prestent leurs services. En outre, les usagers des services publics internationaux sont intégrés à un ordre juridique, et de norme de type fédéral. De plus, les compétences des États sont soit transférées à l'Union comme dans la Commission internationale du Danube, soit partagées avec elle comme dans l'Union postale universelle. Enfin, pour prendre une décision dans ces matières, l'accord d'un organe particulier ou fédéral est nécessaire.

L'analyse de Scelle est des plus intéressantes pour cette étude. Sa vision de l'ordre juridique international développée entre 1930 et 1960, caractérisée par un système juridique moniste et fédéral, correspond à l'ordre juridique de l'Union européenne. C'est particulièrement exact pour les individus sujets du droit international aujourd'hui citoyens de l'Union bénéficiant de l'effet direct du droit communautaire primaire et dérivé.

Cependant, nous nous écartons de son approche organique du service public international. Scelle estime par exemple que la CECA est un « service public spécialisé[60] », mais il ne s'attache pas à ses missions et ne pose pas de critère d'identification du service public, si ce n'est la création d'une structure internationale. Nous nous attacherons au service public au sens matériel. Ces critères du service public international seront définis par les institutions et le droit de l'Union européenne.

L'approche de Georges Scelle fut reprise et développée par Charles Chaumont qui dans un premier temps a élaboré une théorie matérielle du service public puis dans un second temps est revenue sur une approche organique.

§ 3 La systématisation de Charles Chaumont

Charles Chaumont se distingue de ses prédécesseurs. En effet, non seulement il reconnaît la notion de service public, fruit d'une solidarité grandissante entre les États, mais encore développe une conception et une vision du droit des services publics internationaux.

[59] *Idem*.

[60] SCELLE Georges, Commentaire de l'ouvrage de Paul Reuter *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, RDP, 1953, rubrique bibliographie, p. 802.

Contrairement à Scelle, il rejette l'approche organique au profit de l'approche matérielle[61] et définit en ce sens les services publics internationaux comme « *toute activité internationale ayant pour but de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général* ».

Cette nouvelle vision du service public lui permet de concevoir un régime juridique propre à ces activités.

Chaumont analyse d'ailleurs le fonctionnement des services publics internationaux à travers leurs trois modes de mise en œuvre : l'établissement public international, la concession et les entreprises privées d'intérêt général. Dans le cas des services publics internationaux gérés par des entités privées, c'est le régime juridique spécial qui sera le révélateur de la présence d'un service public. Ce régime n'existera que postérieurement à l'attribution par l'entité publique à la personne privée de la gestion du service public. Si l'activité est gérée spontanément par une personne privée sans lien avec la puissance publique, Chaumont estime que ce n'est qu'une « entreprise privée d'intérêt général ».

Chaumont identifie deux service publics internationaux : la colonisation[62] et le service public du culte[63].

Après avoir défini la notion de service public, l'auteur en détermine l'utilité dans le droit des organisations internationales[64]. Selon lui, le service public est à une position intermédiaire entre les organisations internationales où l'intérêt commun est faible, et les organisations internationales où l'intérêt commun est si fort qu'il peut donner naissance à un État fédéral.

Le service public international constitue ainsi une antichambre du fédéralisme dans laquelle les nations ne s'effacent pas au profit de l'État fédéral. Au contraire, elles restent présentes et souhaitent simplement mettre en commun l'exercice de certaines compétences. Ainsi, les organisations internationales, à mi-chemin entre la simple coopération étatique sans structure permanente et la mise en œuvre d'un État fédéral, constituent des services publics internationaux.

Ces organisations demeurent des services publics tant que les États-Nations qui la composent ne se sont pas effacés au profit d'une Nation nouvelle ensuite à l'abandon de leur souveraineté.

---

[61] CHAUMONT Charles, *Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain*, Mélanges Georges Scelle, 1949, p. 115 à 178 : « *Il nous apparaît important, dans 'l'État d'inorganisation relative de la société internationale, de séparer "le service public au sens matériel" du "service public au sens formel", le progrès juridique consistant en une extension croissante de ce dernier dans le domaine du premier. Il est finalement plus commode de réserver l'expression "service public" au service public au sens matériel.* »''

[62] CHAUMONT Charles, *Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain*, Mélanges Georges Scelle, Paris, 1949, ''p. 173 : « On est en droit d'admettre que dans un cas comme dans l'autre, la colonisation est considérée comme un service public. »

[63] *Idem*, p.126.

[64] CHAUMONT Charles, *La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales*, Mélanges Henri Rolin, Paris, Pedone, 1964, p. 57.

Le fonctionnement des services publics internationaux est caractérisé par le principe de spécialité qui, selon Chaumont, est « *l'affectation d'une structure à un but d'intérêt commun*[65]. » Cela signifie que les compétences des organisations internationales sont définies et limitées uniquement par les États membres.

Du point de vue des États membres, l'affectation à un but répond à un besoin commun des États qui doit être satisfait dans la durée par une entité. Cette dernière ne constitue pas d'elle-même le service public mais le moyen mis en œuvre pour satisfaire l'intérêt général des États.

Le principe de spécialité des organisations internationales ou d'affectation des services publics fait-il obstacle à la théorie des pouvoirs implicites ? L'intérêt est de déterminer si l'action des organisations internationales peut évoluer en fonction de leur besoin en s'émancipant, si besoin, de leur Traité constitutif.

En vertu de cette théorie, « *un État partie à un Traité ou une organisation internationale créée par un Traité, qui, n'étant pas expressément énoncés dans le Traité, y sont sous-entendus parce qu'ils s'avèrent nécessaires à la réalisation des buts ou à l'exercice des fonctions expressément prévues.*[66] »

La Cour internationale de justice s'est prononcée deux fois[67] en faveur de la reconnaissance de compétences implicites aux organisations internationales à la condition que les pouvoirs qui leur sont conférés soient essentiels à l'exercice de leurs fonctions.

À ce sujet, la Cour, dans son avis de 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, a conclu que « *les compétences conférées aux organisations internationales font normalement l'objet d'une formulation expresse dans leur acte constitutif. Néanmoins, les exigences de la vie internationale peuvent mettre en lumière la nécessité pour les organisations de disposer, aux fins d'atteindre leurs buts, de compétences subsidiaires non expressément prévues dans les contextes fondamentaux qui gouvernent leur activité. Il est généralement admis que les organisations internationales peuvent exercer de tels pouvoirs dit implicites.*[68] »

Cette capacité des organisations internationales à jouir de compétences « subsidiaires » n'est contraire au principe de spécialité que de manière apparente. En réalité, face à une évolution des besoins ressentis par les bénéficiaires du service, le prestataire du service public international adapte son action certes au-delà des dispositions du Traité, mais dans l'intérêt

---

[65] *Idem*, p. 58.

[66] SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, collection universités francophones, 2001, p. 859.

[67] CIJ, Réparations des dommages subis au service des Nations unies, avis consultatifs du 11 avril 1949, recueil 1949, p.182.
CIJ, Effets des jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant indemnités, avis consultatif du 13 juillet 1954, recueil 1954, p. 60.

[68] CIJ, 8 juillet 1996, recueil 1996, p. 79, § 25.

des États et avec leur accord. Il s'agit alors d'une application du principe de mutabilité des services publics, au niveau international.

En revanche, l'action des organisations internationales produit un effet relatif à l'égard des tiers. Il est en effet inconcevable que les mesures prises par le gestionnaire d'un service public international puissent contraindre un État qui n'est pas membre de l'organisation internationale, support du service public. Elles ne font pas, contrairement aux États, l'objet d'une reconnaissance internationale. Cette dernière n'apparaît aux yeux des États tiers qu'au moment où ceux-ci souhaitent soit y adhérer, soit participer d'une manière ou d'une autre à une des actions menées par l'organisation. Pour ce faire, les États tiers concluent soit un Traité d'adhésion, soit un accord pour la mise en œuvre d'une politique particulière. Il est à noter que ces accords sont souvent des mixtes, c'est-à-dire qu'ils regroupent à la fois l'organisation, ses États membres et l'État tiers concerné.

§ 4 Définition du service public international

Le concept de service public international est strictement doctrinal. Il est issu, en premier lieu, d'une constatation précoce de l'évolution de la société internationale vers un monde où les échanges commerciaux et les communications créent les mêmes besoins de régulation dans l'ensemble de la planète.

Dans un second temps, le service public international est l'adaptation d'une théorie de l'État à la société internationale. Dans cette théorie, le service public se substitue à la souveraineté des États. Pour les tenants de cette doctrine, l'expression « service public international » se confond avec celle d'« organisation internationale ».

Une approche matérielle du service public nous apparaît plus à même de définir les éléments constitutifs sur service public international. Le service public n'est pas une structure ni un corps d'agent, c'est une activité.

Plusieurs critères peuvent être dégagés pour mieux cerner la notion de service public international. Les premiers sont d'une part celui de l'affectation du service public à la réalisation de l'intérêt général. D'autre part, l'intérêt général est exclusivement celui des États. Le terme « affectation » signifie que le but exclusif de l'entité est de satisfaire le besoin commun aux États. Les services publics internationaux, contrairement aux services publics étatiques, n'ont pas vocation à satisfaire les besoins des individus. Sur ce point, nous partageons l'analyse du professeur Adam pour qui « *il ne s'agit pas de satisfaire le besoin direct des individus, des particuliers* […] *mais de répondre à l'intérêt propre des États*[69]. »

[69] ADAM H.T, *Les Établissements publics internationaux*, Paris, LGDJ, 1957, p. 18.

Le service public international est également lié à la personne publique. Celle-ci peut décider de sa création, par un acte de puissance publique, et des modes de gestion du service. Le service public peut être confié à une personne privée. Selon nous, il faut s'attacher à l'activité, son régime juridique, au cahier des charges imposé au prestataire, plutôt qu'à la nature publique ou privée du support du service public. De même, le statut des employés chargés d'assurer le service public ne constitue pas un élément d'identification.

Pour Monique Chemillier-Gendreau, « *on appelle service public international la satisfaction apportée à un besoin d'intérêt général international ressenti par les États et sous un régime juridique spécial par un organisme public mis en place, soit directement par accord intergouvernemental, soit par le truchement d'une organisation internationale déjà constituée.*[70] »

Cette définition du service public nous apparaît excessivement tournée vers la sphère publique. Certes la création doit relever de la puissance publique organisation internationale ou Traité spécial. Cependant, exiger la gestion « par un organisme public » nous apparaît superfétatoire, d'autant plus en présence d'un régime juridique spécial.

Pour nous, le service public international est une activité initiée et contrôlée par une organisation internationale pour satisfaire l'intérêt commun de ses États membres.

Le statut du gestionnaire, le mode d'organisation du service public et le cadre juridique sont des éléments subalternes que les États adaptent tant en fonction du cadre où la décision est prise que de la sensibilité des États en présence.

Selon Monique Chemillier-Gendreau, le principe de continuité du service public s'applique en droit international. La continuité est double : organique et fonctionnelle.

Les statuts des organisations internationales ont des dispositions prévoyant la permanence de l'entité. Les autres organes, non permanents, ont « *une tendance bien naturelle* […] *à se développer, une évolution dynamique vers la permanence de fait*[71] ».

Sur le plan fonctionnel, elle estime que, même lorsqu'il y a rupture dans la continuité, les solutions juridiques vont toujours dans le sens de la continuité.

Monique Chemillier-Gendreau s'interroge quant à la valeur juridique du principe de continuité du service public international qu'elle confronte à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. Elle estime que le principe de continuité fait partie du droit positif et constitue un principe général du droit reconnu par les nations civilisées.

---

[70] CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Le principe de continuité du service public international*, thèse, faculté de Nancy, ss dir de Charles Chaumont,1965, p. 54-55.

[71] *Idem*, p. 425.

Le droit international n'a jamais retenu la notion de service public international. Les États ont recouru à d'autres procédés pour protéger leurs ressources jugées essentielles ou administrer certains territoires.

Section II Les concepts proches du service public international

Si le droit international n'a jamais véritablement consacré la notion de service public international, il s'est néanmoins emparé de la gestion des activités dans l'intérêt général des États. Outre les concepts classiques de *res communis*, developpés par Grotius à propos de la mer, et de condominium imaginé pour administrer en commun certains territoires, trois autres concepts ont été approfondis. Le droit positif a quant à lui consacré les notions de patrimoine commun de l'humanité et de public trust (sous-section1). La doctrine et certaines institutions internationales développent le concept économique de bien public et l'adaptent à la société internationale sous la dénomination bien public mondial (sous-section 2).

Sous-section 1 Les notions comparables au service public international dans le droit international droit positif

Le droit international utilise deux concepts pour assurer la gestion en commun d'activités d'intérêt général. Le premier, le trust, est intégré dans la Charte des Nations unies et est issu de la *common law* (§ 1) ; le second, la patrimoine commun de l'humanité, est consacré dans plusieurs Traités mais semble aujourd'hui tombé en désuétude (§ 2).

§ 1 La doctrine du public trust

Davantage connu en droit privé, le trust est issu pour partie du droit romain et de la *common law* anglo-saxonne. Cette technique contractuelle a donné naissance à deux applications : la première en droit civil pour la gestion future d'un patrimoine et la seconde en droit public pour l'exploitation des ressources naturelles ou l'administration d'un territoire.

Le public trust est une notion ancienne qui prend sa source dans le droit romain et la *common law* britannique et reparaît aujourd'hui dans la protection de l'environnement[72].

A Les sources du public trust

Les *Institutes* de Justinien prévoyaient trois types de biens communs à l'ensemble de la population : l'air, les cours d'eau et la mer et ses rivages. Ces règles furent intégrées dans la société féodale britannique au XII^{e} siècle. Ainsi, certains villages mirent en place des règles

[72] SAX Joseph, « The public trust doctrine in natural resource law »., *Michigan law review*, 1970, volume 68, p. 471 à 566.

communes pour optimiser l'exploitation des forêts, la chasse du gibier et l'utilisation de pâturages pour le bétail.

Cette coutume fut importée en Amérique par les colons et reprise par les habitants de ce qui allait devenir les États-Unis d'Amérique. Cette doctrine du public trust a donc beaucoup évolué au XIX[e] siècle sous l'impulsion des États américains et de leurs juridictions.

La protection des biens appartenant au public trust a été affirmée en 1892 par la Cour suprême fédérale dans l'affaire Illinois Century Railroad contre l'État de l'Illinois[73]. En l'espèce, l'État avait cédé à titre gratuit des terres en bordure du lac Michigan à la compagnie ferroviaire et avait annulé cette cession quatre années plus tard. La cour suprême a estimé que le domaine était détenu au sein d'un trust au bénéfice des habitants de l'État pour qu'ils puissent librement y accéder, naviguer et pêcher sans connaître d'obstacles liés à l'appropriation privée[74]. Ainsi la cession initiale des terres par l'État devait être considérée comme nulle car il ne disposait pas du droit d'aliéner une partie des éléments du trust dont il n'était en fait que le gardien[75].

Dans cet arrêt, le juge pose un principe proche de l'inaliénabilité des biens du domaine public du droit interne français. Par la suite, d'autres jurisprudences de la Cour suprême ont étendu à la fois le champ d'application du public trust à d'autres catégories de biens mais aussi les obligations des États[76].

Certains États membres des États-Unis ont intégré le public trust au sein même de leur constitution[77]. Par exemple[78], la constitution hawaïenne dispose dans son article XII section 4 : « *The lands granted to the state of Hawaii* […] *shall be held by the state as a public trust for native Hawaiians and the general public*[79]**.** » La constitution de l'État de Pennsylvanie dans son article 1 section 27 intitulé « ressources naturelles et domaine public » dispose que : « *les personnes ont droit à un air et à une eau purs ainsi qu'à la préservation des valeurs naturelles, pittoresques, historiques et esthétiques de l'environnement. Les ressources naturelles publiques de l'État de Pennsylvanie sont la propriété commune de toutes les*

---

[73] Illinois Central Railroad v.State of Illinois, 146 U.S. 387 [1892]
http://supreme.vlex.com/vid/illinois-central-co-v-20058737

[74] « *Held in trust for the people of the state, that they may enjoy the navigation of the waters,* […] *and have liberty of fishing freed from the obstruction or interference of private parties.* »

[75] La Cour fait ici application de la maxime bien connue en droit civil des biens : *nemo dat quot non habet*.

[76] Pour une analyse des jurisprudences du XIX[e] siècle, voir KANNER Allan, *The public trust doctrine, parens patriae, and attorney general as the guardian of the states's natural ressources* », Duke environnement law and policy forum, 2005, p. 57 à 114, particulièrement p. 62 à 75.

[77] Hawaï, Pennsylvanie, Wisconsin, Vermont.

[78] Il est également judicieux de citer la constitution du Wisconsin article IX section 1 : « *The river Mississippi and the navigable waters leading into the Mississippi and St Lawrence, and the carrying place between the same, shall be common highways and forever free, as well to the inhabitants of the state as to the citizens of the united states, without ant tax, impost or duty therefore.* »

[79] http://www.hawaii.gov/lrb/con/conart12.html.

personnes y compris des générations à venir. En tant qu'administrateur de ces ressources, le Commonwealth doit les conserver et les maintenir dans l'intérêt de tous.[80] »

Certaines Cours suprêmes, telle la Cour suprême de Louisiane en 1974 dans l'affaire *Save ourselves contre Louisiana's environmental control commission*, ont estimé que la doctrine du public trust était implicitement incluse dans certaines dispositions constitutionnelles[81].

La coutume et les juges ont étendu progressivement les domaines pouvant être intégrés au trust. Ainsi ont été incorporés au trust l'utilisation de l'eau, des rivages, des nappes phréatiques, du gibier, des poissons, des fleuves et affluents, la protection de l'environnement et de la biodiversité.

B L'utilisation actuelle du public trust

Le public trust est depuis plusieurs années en plein essor, notamment en matière de droit de l'environnement. La notion est invoquée dans deux domaines d'actions : celles initiées par les États pour agir, au nom de l'environnement, contre l'auteur de pollution, et celles menées par des associations à but écologique qui estiment que l'État n'accomplit pas avec suffisamment de diligence son devoir de trustee, d'administrateur. Ainsi, dans l'affaire National Audubon society contre Superior Court of Alpine County[82], une association écologiste a poursuivi la ville de Los Angeles qui avait autorisé le détournement des eaux d'un affluent du lac Mono. La Cour suprême californienne rappelle la notion de trust, cite les *Institutes* de Justinien, le rôle d'administrateur de trust de l'État californien depuis l'entrée de la Californie dans les Etats-Unis, la loi mexicaine ainsi que le traité de Guadalupe Hidalgo[83], en tant que sources du Trust pour la Californie. Elle considère enfin que la protection du lac, de ses rives, de son lit et de son eau fait indiscutablement[84] partie du public trust. La Cour interprète le trust comme étant d'avantage un devoir pour l'État de protéger l'héritage commun de la population qu'un élément de pouvoir de l'État[85]. Ainsi, l'État doit vérifier si l'usage de l'eau est conforme au Trust. En l'espèce, la Cour a estimé que le détournement d'un affluent du fleuve portait atteinte au trust et que cette décision devait être annulée.

---

[80] « *The people have a right to clean air, pure water, and to the preservation of the natural, scenic, historic and esthetic values of the environment. Pennsylvania's public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come. As trustee of these resources, the Commonwealth shall conserve and maintain them for the benefit of all the people.* »

[81] KLASS Alexandra B, « Modern public trust principles : recognizing rights and integrating standards », *Notre Dame law review*, 2006, volume 82, p. 731.

[82] Cour suprême de Californie, 17 février 1983, S.F. n° 24368.

[83] Ce Traité de paix signé le 2 février 1848 entre le Mexique et les États-Unis prévoyait le rattachement aux États-Unis des territoires du Colorado, de l'Arizona, du Nouveau Mexique, du Wyoming et de la Californie.

[84] « *Mono Lake is, as we have said, a navigable waterway. The beds, shores and waters of the lake are without question protected by the public trust.* »

[85] « *Thus, the public trust is more than an affirmation of state power to use public property for public purposes. It is an affirmation of the duty of the state to protect the people's common heritage.* »

Les juridictions estiment donc que le trust est une charge pour l'État.

Par ailleurs, Allan Kanner[86] a précisé les obligations qui incombent à l'administrateur du trust. Il en ressort que l'il ne peut ni aliéner ni effacer le trust. Il a également une obligation d'action au profit de la protection des ressources, il doit agir comme une entreprise fiduciaire. Selon le professeur Sax, le trustee doit protéger les intérêts publics des « insuffisances du processus démocratique[87] ».

En ce sens, le National environment policy act déclare qu'il est « *de la responsabilité du gouvernement fédéral d'utiliser tous les moyens possibles pour responsabiliser chaque génération comme trustee de l'environnement pour les générations futures*[88] ». Le trust peut donc comprendre des éléments nouveaux tels que la biodiversité et la préservation des paysages. En revanche, il est à noter que les États membres des États-Unis sont assez réticents à mettre en œuvre une protection des territoires prévue par leurs constitutions.

C Le public trust en droit international

La Charte des Nations unies est le premier document qui institue un régime international de trust. En effet, son titre XII est intitulé « Régime international de tutelle » ou « International trusteeship system[89] » dans la version anglaise. La tutelle internationale a succédé aux mandats instaurés par la SdN. Le territoire sous mandat ne devenait sous tutelle qu'après l'accord de la puissance mandataire[90]. Elle a pour finalité de favoriser le développement des populations sous tutelle et de les amener progressivement à s'administrer de manière indépendante. Elle vise, par ailleurs, à promouvoir le respect des droits de l'homme et à renforcer la sécurité internationale[91].

Suite à la première guerre de Golfe, la résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations unies réaffirme, dans son point 16, que « *l'Irak est responsable de tout dommage* […] *y compris atteinte à l'environnement et la destruction de ressources naturelles* […] *du fait de son invasion et de son occupation illicite du Koweït*. »

---

[86] KANNER Allan, *The public trust doctrine, parens patriae, and attorney general as the guardian of the states's natural ressources* », Duke environnement law and policy forum, 2005, p. 57 à 114, particulièrement p. 62 à 75.

[87] SAX *Op. cit.*, note 72, « *Insufficiencies of the democratic process* ».

[88] The national environmental policy act of 1969, titre 1 section 101 b 1, « *It is the responsibility of the federal government to use all practicable means to fulfill the responsibilities of each generation as trustee of the environment for succeeding generations.* »

[89] Pour une étude du régime des tutelles mentionnant le trust, voir André MATHIOT, « Le statut des territoires dépendants d'après la Charte des Nations unies », *Revue générale de droit international public*, 1946, p. 159 à 209.

[90] CIJ, 11 juillet 1950, recueil 1950, p.139.

[91] Pour une étude détaillée du régime de la tutelle internationale, voir COT Jean-Pierre, PELLET Alain, FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations unies, commentaire article par article*, tome 2, Économica, Paris, 3e édition, 2005, p.1791 à 1944.

Dans le point 18 de cette même résolution, le Conseil « *décide également de créer un fonds pour les paiements dus au titre des réclamations relevant du paragraphe 16 et de constituer une commission qui sera chargée de la gestion dudit fonds* ».

Dans sa thèse, Céline Orengo[92] affirme que ces dispositions constituent la consécration de la doctrine du public trust en droit international puisque l'État peut agir en réparation des dommages causés à son environnement. En revanche, cette réparation ne connaît pas de plafond financier comme c'est le cas dans la Convention Fipol de 1971. Naturellement il faut identifier avec certitude l'auteur du dommage, ce que fit le Conseil de sécurité au point 16 de la résolution 687.

Un autre exemple de gestion internationale qui se rattache très bien au trust est la politique de l'Union européenne en matière de ressources halieutiques. En effet, l'action de l'Union en matière de pêche vise à gérer et préserver dans l'intérêt des générations futures, la quantité de prise de poissons autorisée, selon les espèces et en fonction d'études scientifiques. Nous verrons dans les développements de la présente étude si cette politique s'apparente à un service public international ou à un trust.

La seconde grande notion protectrice des ressources communes des États est le patrimoine commun de l'humanité.

§ 2 Le patrimoine commun de l'humanité

« *Le concept de patrimoine commun de l'humanité est un défi lancé par elle à sa mortalité. Ainsi s'explique la construction juridique d'un concept à première vue ésotérique*[93]. »

A La notion de patrimoine commun de l'humanité

L'idée d'un patrimoine commun de l'humanité tout entière est assez intrigante pour le juriste. Elle laisse supposer que l'humanité est un sujet de droit disposant de la capacité juridique et pouvant ainsi posséder un patrimoine. Nous étudierons l'apparition de cette notion (1) et son champ d'application (2).

1 Apparition de la notion

La notion de patrimoine commun de l'humanité est récente. Son émergence au sein du droit international est attribuée au juriste français Albert de Geouffre de la Pradelle qui écrivit en

[92] ORENGO Céline, « La réparation du dommage écologique en matière maritime », ss dir. Alain PIQUEMAL, université de Nice, 2007, 629 p.

[93] DUPUY René-Jean, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Conférences, essais et leçons du collège de France, Paris, Julliard, 1991, p. 222.

1898 que « *la mer est susceptible de former la propriété d'une personne morale qui serait la société internationale des États*[94]. » Certes, l'expression « patrimoine commun de l'humanité » ne figure pas *expressis verbis* dans le corpus de l'article mais dans l'idée de l'auteur : la mer est une *res communis* sur laquelle les États riverains ont une servitude de passage.

L'idée refait surface aux Nations unies en 1967 lorsque Arvid Pardo, premier représentant permanent de Malte aux Nations unies, saisit l'Assemblée générale de la question des fonds marins et de leur utilisation. Dans le discours qu'il prononce devant l'Assemblée générale, Pardo estime que « *le lit des mers et des océans constitue le patrimoine commun de l'humanité et devrait être utilisé à des fins pacifiques et dans l'intérêt de l'humanité toute entière. Les besoins des plus pauvres, représentant la partie de l'humanité qu'il est la plus nécessaire d'aider, devraient être étudiés par priorité dans le cas où des avantages financiers seront tirés de l'exploitation du lit des mers et des océans à des fins commerciales*. »

Dans sa résolution 1649 adoptée le 12 décembre 1970, l'Assemblée générale des Nations unies « *déclare solennellement que le fond des mers et des océans ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale et les ressources de la zone sont le patrimoine commun de l'humanité* ». L'Assemblée a également fixé le régime juridique de ce patrimoine en posant à la fois les principes de non-appropriation par les États ou les personnes privées des fonds marins, et de leur utilisation pacifique[95].

Quatre années plus tard, le 12 décembre 1974, l'Assemblée générale réaffirme l'existence du patrimoine commun de l'humanité dans la Charte des droits et devoirs économiques des États[96].

a **L'humanité en droit international**

La notion d'humanité en droit international est apparue dès 1899 dans le *jus in bello*, au sein de la convention II de La Haye qui détermine « les lois et coutumes de la guerre sur terre ».

C'est une proposition du délégué russe à la conférence de La Haye, Frederic Martens, émise suite à l'absence d'accord entre les délégués à la Convention concernant le statut des civils résistants à une force d'occupation. Cette clause dite « clause de Martens[97] » dispose, en effet,

[94] GEOUFFRE DE LAPRADELLE Albert, *Le droit de l'État sur la mer territoriale*, RGDIP, 1898, p. 283.

[95] L'utilisation pacifique des fonds marins sera l'objet de la résolution 2750 de l'Assemblée générale des Nations unies.

[96] Résolution 3381 de l'assemblée générale des Nations unies, session XXIX, chapitre III, « Responsabilités communes envers la communauté internationale ».

[97] Pour une étude de la clause de Martens, voir Rupert TICEHURST, « La clause de Martens et le droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, n° 824, p. 133-142.

que : « *en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique*. »

Cette clause a été intégrée dans les conventions de Genève qui réglementent le droit des conflits armés mais l'expression « lois de l'humanité » a été remplacée dans l'article 1 § 2 du premier protocole additionnel de 1977 par « principe de l'humanité ».

Ce dernier a été interprété par le Comité international de la Croix-Rouge et intégré à ses sept principes fondamentaux adoptés à Vienne en 1965. « *Née du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de bataille, la Croix-Rouge, sous son aspect international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes. Elle tend à protéger la vie et la santé, ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Elle favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples.* »

L'accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe fait aussi référence à ce concept d'humanité. En effet, adopté à Londres le 8 août 1945, il contient en annexe les statuts du Tribunal militaire international de Nuremberg dont l'article 6c prévoit et définit la notion de crime contre l'humanité[98] : « *c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime*. »

Par ailleurs, le préambule du Traité sur l'Antarctique de 1959 mentionne « l'intérêt de l'humanité toute entière » et le « progrès de l'humanité ».

Plus tard, en 1967, le Traité relatif à l'utilisation de l'espace dispose que les astronautes sont les envoyés de l'humanité dans l'espace et énonce dès son article premier que « *l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit le stade de leur développement économique ou scientifique; elles sont l'apanage de l'humanité tout*

[98] Pour une étude de la notion de crime contre l'humanité à travers ses définitions doctrinales et les statuts des tribunaux internationaux, voir Nasser ZARK, « Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international », *Revue générale de droit international public*, 2001, p. 281 à 306.

entière.[99] »

Enfin, la Convention cadre des Nations unies du 9 mai 1992 relative aux changements climatiques dispose, dans le premier paragraphe de son préambule que « *les changements du climat de la planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière.* »

b L'humanité détenteur d'un patrimoine

En droit civil, le patrimoine peut être défini comme « *l'ensemble des biens et obligations d'une personne, (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argents) de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir*[100] ».

Le patrimoine doit appartenir à une personne, physique ou morale, sujet de droit doté de la capacité juridique.

Or la notion de sujet de droit[101] est définie comme « *une personne physique ou morale considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif)*[102] ». En droit civil français, la Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 28 janvier 1954 que la personnalité morale « *appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés*[103] ».

Dans le cas de l'humanité, le patrimoine est antérieur à la création de la personne. En droit classique, une personne morale est créée par un acte volontaire législatif ou contractuel. Ce n'est que par la suite que cette personne acquiert ou se voit affecter un patrimoine.

L'humanité en ce qu'elle est détenteur d'un patrimoine pourrait être implicitement assimilée à un sujet de droit international. Mais il n'est est rien. Le droit international a pour sujet de droit les destinataires directs des normes internationales, il s'agit donc des États et des organisations internationales. Par ailleurs, les individus, seuls sujets du droit international dans la doctrine objectiviste de Duguit et Scelle, ont une place de plus en plus conséquente dans les relations internationales contemporaines. En effet, certaines normes internationales concernent directement les individus : c'est le cas des protections diplomatiques et consulaires instaurées par le Traité de Vienne de 1963 ou du droit humanitaire qui protège les individus

[99] « *Shall be the Province of all mankind*. »
[100] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, PUF, 2007, p. 667.
[101] DEMOGUE Réné, « La notion de sujet de droit, caractères et conséquences », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 611 à 655.
[102] CORNU Gérard, *op. cit.*, p. 896.
[103] *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 81. Civile II, Comité d'établissement de Saint-Chamond, RAY D., 1954, p. 217.

en cas de conflit armé ou les incrimine s'ils se rendent coupables de crimes internationaux. Les entreprises privées et les ONG ont également une influence sur l'élaboration même du droit international[104].

Si l'humanité était considérée comme un sujet de droit, elle serait certes titulaire de droits comme celui d'administrer son patrimoine mais pourrait faire l'objet de poursuites si elle ne respectait pas les obligations liées au caractère du régime de ses biens. En outre, une interprétation extensive du patrimoine commun de l'humanité à des notions telles que la biodiversité pourrait entraîner des actions en responsabilité contre l'humanité qui, de par les activités économiques et militaires de ses membres, a considérablement porté atteinte aux espèces animales et végétales.

L'humanité n'est pas un sujet de droit international, son patrimoine commun constitue donc un « patrimoine sans personne[105] ».

Il existe cependant une autre théorie juridique qui délie les liens personne-patrimoine. Dans cette théorie dite du patrimoine d'affectation, le patrimoine est « *un ensemble de biens répondant à une même finalité, notamment biens réunis pour servir une activité déterminée*[106] ». Cette interprétation est utilisée en droit des affaires pour qu'un individu qui crée un groupement sociétaire puisse affecter une partie de son patrimoine personnel à son entreprise pour garantir un crédit. Cette technique a pour but d'éviter une responsabilité et une solidarité sur l'ensemble des biens propres du chef d'entreprise. Ainsi, une même personne peut posséder un patrimoine général et un ou plusieurs patrimoines spéciaux affectés à des buts particuliers.

Cette nouvelle conception pourrait davantage correspondre au patrimoine commun de l'humanité. En effet, si cette notion s'interprète comme un certain nombre ou genre de biens désignés par certains Traités et dont l'humanité ne serait pas la personne détentrice mais le but de l'affectation, les éléments du patrimoine commun lui seraient affectés afin qu'elle en assure la conservation, et ce, dans son intérêt.

L'humanité reste cependant insaisissable et indéfinie par les Traités. Il appartient donc aux États ou à une organisation Internationale comme l'Autorité créée initialement dans le titre XI de la Convention de Montego Bay d'administrer ce patrimoine. C'est à ce système de représentation qu'ont eu recours les rédacteurs de la Convention de Montego Bay. En effet,

---

[104] BRETON-LE GOFF Gaëlle *L'influence des ONG sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 263 p.

[105] TERRE François, « L'humanité, un patrimoine sans personne », *in Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique, à la croisée des cultures*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 339.

[106] CORNU Gérard, *op. cit.*, p. 36.

l'article 153 alinea 1 de la Convention dispose que « *les activités, dans la Zone, sont organisées, menées et contrôlées par l'Autorité pour le compte de l'humanité tout entière.* »
Néanmoins, ce type d'organisation ne permet pas malgré tout d'échapper aux luttes de pouvoirs entre les États qui cherchent à contrôler l'organisation en orientant ses décisions dans leurs intérêts. Ainsi, l'autorité a été « *vidée de tout contenu*[107] » en 1994 car les États ne pouvaient accepter une gestion qui ne serait pas conforme à leurs intérêts nationaux.

2 Le champ d'application du patrimoine commun de l'humanité

Le patrimoine commun de l'humanité est consacré dans le droit positif par l'accord du 5 décembre 1979[108] régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes et par la Convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer.
L'accord sur la Lune, s'il prévoit dans son article 11 § 1 que « *la Lune et ses ressources naturelles sont le patrimoine commun de l'Humanité* » n'a été ratifié que par douze États, tous non spatiaux. Cet accord pose des principes fondamentaux qui déterminent le régime juridique applicable aux biens inclus dans le patrimoine commun de l'humanité.

La superficie exacte du patrimoine commun de l'humanité diverge selon les auteurs. Certains, tel Jean Salmon, ont une interprétation stricte et s'en tiennent à l'accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes et à la Convention de Montego Bay de 1982. D'autres, comme d'Alexandre-Charles Kiss[109], incorporent d'autres éléments tels que la répartition des orbites privilégiés[110], le patrimoine culturel, les fréquences radioélectriques, le patrimoine culturel mondial tel qu'il résulte des statuts de l'Unesco et le patrimoine naturel (espèces et espaces sauvages).

La question des orbites privilégiées a suscité de vives tensions entre les États. En effet, en 1976, les États traversés par l'équateur (Brésil, Colombie, Congo, Équateur, Indonésie, Kenya, Ouganda et Zaïre) ont, par une déclaration commune prononcée à Bogota le 3 décembre 1976, revendiqué leur souveraineté sur l'orbite équatorial. Ces États entendaient tirer profit de la non-délimitation du commencement de l'espace extra-atmosphérique pour

[107] SALMON Jean, *op. cit.*, p. 811.
[108] Cet accord est entré en vigueur le 11 juillet 1984 ; la Convention de Montego Bay est entrée en vigueur en 1994.
[109] KISS Alexandre-Charles, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, R.C.A.D.I., 1982, tome II, p. 99 à 256.
[110] Orbites géostationnaires, satellites placés à 35 786 m au-dessus de l'équateur. Ainsi le satellite possède une période de révolution identique à la vitesse de rotation de la Terre sur elle-même, soit un peu moins de 24 h. Il reste ainsi stationné au-dessus de la même zone géographique. Ce positionnement stratégique est très important dans les activités de télécommunications puisque depuis un même point sur terre un récepteur pourra, sans avoir à changer son orientation, capter continuellement les signaux émis par un satellite.

imposer un droit de passage ou une taxation sur les États ayant disposé des satellites au-dessus de l'équateur. Cette argumentation a été rejetée par au moins deux moyens : le premier tiré du droit international classique et du principe selon lequel on ne peut revendiquer sa souveraineté sur un territoire dont on n'a pas la maîtrise. Le deuxième basé sur le Traité de 1967 (non ratifié par les États équatoriaux) qui pose le principe de liberté d'accès et donc libre de droit à l'espace. Ce dernier principe a été interprété comme appartenant à la coutume internationale puisque continuellement réaffirmé par les premières résolutions spatiales de l'Assemblée générale des Nations unies, adoptée en octobre 1957.

Dans une résolution du 1983[111], l'Assemblée générale a créé « *un groupe de travail chargé d'étudier en priorité les questions relatives à la définition et à la délimitation de l'espace extra atmosphérique ainsi qu'aux caractéristiques et l'utilisation de l'orbite géostationnaire, notamment l'élaboration de principes généraux régissant l'utilisation rationnelle et équitable de cet orbite qui est une ressource naturelle limitée* ».
De nos jours, l'utilisation et l'attribution de ces orbites sont organisées dans le cadre de l'Union internationale des télécommunications et des Conférences mondiales des radiocommunications.

Le patrimoine commun de l'humanité est également présent dans la Déclaration universelle de l'Unesco sur le génome humain, adoptée en 1997. L'article premier de cette déclaration dispose que « *le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité.* »
Cette classification du génome humain au sein du patrimoine commun de l'humanité est importante pour que les gènes de l'homme ne soient pas brevetables et ne puissent donner lieu à un monopole de certaines entreprises. Cependant, une déclaration est dénuée de valeur juridique. Le dernier texte qui consacre le patrimoine commun de l'humanité dans le droit international est la Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée le 20 octobre 2005. Dans le deuxième alinéa du préambule de cette Convention, la conférence générale de l'Unesco affirme être « *consciente que la diversité culturelle constitue un patrimoine commun de l'humanité et qu'elle devrait être célébrée et préservée au profit de tous* ».

[111] Résolution 38/80 de l'Assemblée générale des Nations unies adoptée le 15 décembre 1983. « Coopération internationale touchant les utilisations pacifiques de l'espace extra atmosphérique ».

B Le régime des biens appartenant au patrimoine commun de l'humanité

L'expression « patrimoine commun de l'humanité » donne l'impression d'une protection internationale. Dans les faits, les États ont rapidement neutralisé l'effet protecteur et souhaitent écarter cette notion au profit de concepts moins contraignants (1). Les perspectives du patrimoine commun de l'humanité semblent conduire ce concept vers un rôle symbolique (2).

1 Un régime aux contraintes neutralisées

Le droit de propriété est un droit réel[112] composé de trois éléments : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'*usus* est la faculté d'utiliser son bien, le *fructus* la possibilité de percevoir les fruits d'une chose et l'*abusus* le droit de céder ou même détruire le bien.

Les biens incorporés au patrimoine commun ont un régime très particulier qui peut s'apparenter à celui du domaine public. En effet, ce régime est hétérogène et fluctue en fonction du bien protégé. Néanmoins, cinq grands traits caractéristiques issus de la déclaration de l'ambassadeur Cardo peuvent être dégagés.

Il s'agit, en premier lieu, de la non-appropriation[113] des biens appartenant au patrimoine commun. L'accord sur la Lune proscrit en ce sens toute appropriation par les États ou par des personnes privées de toute ou partie de la Lune, l'utilisation à des fins exclusivement pacifiques de la Lune. Cela signifie l'interdiction d'y installer des bases militaires, de pointer depuis la Lune des armes vers la Terre ou de disposer en orbite autour de la Lune des armes nucléaires ou de destruction massive (article 8 de l'accord).

Il s'agit en deuxième lieu de son utilisation à des fins pacifiques. En effet, le Traité de 1967 sur l'usage de l'espace affirme à maintes reprises que l'espace doit être utilisé à des fins pacifiques. Cette expression a été interprétée, dans la pratique des États, comme « non offensive [114]». Par ailleurs, l'accord international sur la Lune maintient le régime de l'usage pacifique, principe énoncé dans son article 3. En outre, la Convention de Montego Bay, dans son article 88, prévoit également une affectation de la haute mer à des fins pacifiques.

---

[112] CORNU Gérard, *op. cit.,* p. 780, « *Droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose.* »

[113] Voir ROTH Armand, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres*, PUF, 1992, 299 p.

[114] COURTEIX Simone « Le traité de 67 et son application en matière de l'utilisation militaire de l'espace », *Politique étrangère*, 1971, n° 3, p. 252 à 270.
COUSTON Mireille, « L'Espace, la paix et la guerre », *Mélanges Guilhaudis*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.72

Il s'agit ensuite de la liberté de mener des recherches à des fins scientifiques. En effet, le Traité de 1967 sur les activités spatiales dispose que « *les recherches scientifiques sont libres dans l'espace y compris la Lune et les corps célestes. Les États doivent faciliter et encourager la coopération internationale dans ces recherches.* » Par la suite, l'accord de 1979 sur la Lune maintient ce principe dans son article 3 alinéa 1 qui mentionne que « *tous les États parties utilisent la Lune à des fins exclusivement pacifiques.* » La liberté des recherches scientifiques est également affirmée dans l'article 143 de la Convention de Montego Bay.

Il s'agit en quatrième lieu de la répartition équitable, entre les États, des avantages tirés de l'exploitation du patrimoine commun de l'humanité dont le principe est énoncé dans l'article 11 point 7 d de l'accord de 79 relatif à la Lune.

L'organisation de l'exploitation des ressources est la cinquième caractéristique, la plus sensible, du régime juridique du patrimoine commun de l'humanité. À ce sujet, le vaste titre XI de la Convention de Montego Bay composé de 68 articles comprenait, dans sa version originelle, un audacieux dispositif organisant l'exploitation des ressources comprises dans la Zone[115]. En effet, les fonds marins regorgent de ressources naturelles comme le cuivre ou le manganèse. Ainsi, sous l'impulsion des États tiers-mondistes, le titre XI a mis en place un système d'exploitation équitable au profit de l'humanité tout entière (article 140 de la Convention). La Zone est donc déclarée patrimoine commun de l'humanité et son exploitation confiée à l'Autorité des fonds marins. Par ailleurs, les articles 150 et 151 posent les principes de gestion des ressources visant notamment à assurer la « *mise en valeur des ressources* », à « *éviter tout gaspillage* », à « *favoriser pour les minéraux provenant de la Zone comme pour les minéraux provenant d'autres sources, la formation de prix justes et stables, rémunérateurs pour les producteurs et justes pour les consommateurs, et d'assurer à long terme l'équilibre de l'offre et de la demande* » et à « *mettre en valeur le patrimoine commun dans l'intérêt de l'humanité tout entière* ».

Le mode de représentation au sein de l'Autorité était lui-même inhabituel puisque les États étaient représentés sur un strict pied d'égalité et les décisions sur les questions de fond prises à la majorité des deux tiers des États présents (article 159.8). Ce mode de décision pouvait *in fine* mettre systématiquement les États occidentaux en minorité, chose à leurs yeux inconcevable[116].

Les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Allemagne n'ont pas souhaité ratifier cette Convention

[115] L'article 1 de la Convention définit la Zone comme « *les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale* ».

[116] Ce mode de décision à la majorité des États sans pondération ni veto existe au sein de l'Assemblée générale des Nations unies mais la portée des résolutions adoptées est relative.

en l'état et ont obtenu une renégociation de ce titre XI dans les mois qui précédèrent son entrée en vigueur.

L'accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer adopté à New York le 29 juillet 1994[117] dispose dans la section 3 point 2 de l'annexe que « *en règle générale, les organes de l'autorité s'efforcent de prendre leur décisions par consensus.* » Ce n'est qu'une fois que tous les efforts entrepris pour trouver un accord échouent que les délibérations sont soumises au vote à la majorité des deux tiers pour les questions de fond. En outre, la représentation des États au sein des organes a été modifiée pour octroyer *de facto* un droit de blocage aux pays industrialisés.

L'accord sur la Lune prévoit la mise en place d'un régime international qui organiserait la répartition des bénéfices tirés de l'exploitation des ressources naturelles de la Lune lorsque l'exploitation serait possible.

C'est le point particulier de l'exploitation des ressources appartenant au patrimoine commun de l'humanité qui a effrayé les États spatiaux soucieux de ne pas avoir à partager avec les pays du tiers-monde le fruit de leurs investissements. La Lune est actuellement convoitée par les puissances spatiales qui souhaitent y extraire de l'hélium 3, combustible indispensable à la fusion nucléaire, source d'énergie du futur.

Les États spatiaux ne sont tenus que par le seul Traité de 1967 sur l'exploration et l'exploitation de l'espace extra-atmosphérique y compris la Lune et les corps célestes. Ce Traité ne contient aucune disposition relative au patrimoine commun de l'humanité mais s'en approche puisque que son article premier dispose que « *l'exploration et l'utilisation des l'espace extra atmosphérique, y compris la Lune et les corps célestes doivent se faire dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit leur stade de développement économique ou scientifique ; elles sont l'apanage de l'humanité toute entière.* »
Cet article a permis, jusqu'à présent, d'éviter une exploitation de la Lune en tant que *res nullius*. Cependant, cette préservation n'est pas due à la notion de patrimoine commun de l'humanité telle que prévue dans l'accord de 1979. En revanche, certains États comme les États-Unis interprètent les Traités de façon à tirer profit des ressources de la Lune[118].

[117] Accord reproduit dans la RGDIP, 1994, p. 837.
[118] Sur ce point, voir l'étude de Sabine AKBAR, « La Lune, patrimoine commun de l'Humanité, comment exploiter les ressources lunaires dans le respect du droit international ?», note de l'IFRI, décembre 2006, www.ifri.org/files/CFE/CFE_note_lune2.pdf.

2 Perspectives du patrimoine commun de l'humanité

L'avenir du patrimoine commun de l'humanité est plus qu'obscur. Ce concept, sans effet en droit des activités spatiales, a été neutralisé en droit de la mer.

Pour Alexandre-Charles Kiss, « *le patrimoine commun de l'humanité est dominé par l'idée du trust, la gestion de l'intérêt d'autrui qui peut être la collectivité toute entière ou même la communauté internationale de l'avenir.* […] *Il constitue une sorte de trust confié tantôt à une organisation internationale tantôt à un État.*[119] »

Le comité de droit spatial de l'association du droit international a proposé en 2002 la suppression de toute référence au patrimoine commun de l'humanité. Les membres de ce comité estiment en effet que ce concept constitue l'obstacle à la signature et à la ratification de l'accord sur la Lune. Le comité propose donc une refonte de l'article XI de l'accord et en premier lieu de substituer à la notion de patrimoine commun de l'humanité l'expression « apanage de l'humanité[120] » ou, comme le suggère le professeur Stefan Hobe, « préoccupation commune de l'humanité[121] ». Ces deux termes dont le premier est issu du Traité de 1967 sur l'espace extra-atmosphérique et le second de la Convention de Montréal de 1987 sur les gaz CFC, ont la même dimension poétique puisqu'elles suggèrent également que la Lune appartient à l'humanité. Il est à noter que leur intérêt réside dans le fait que ces notions ne créent pas de régime juridique contraignant à l'égard des États.

Le comité invite également les Nations unies à amender l'article XI afin de « *rendre ses dispositions plus réalistes compte tenu de la situation internationale actuelle*[122] ». Cela signifie que, depuis 1979, le secteur spatial n'est plus l'apanage des États. Les entreprises privées ont un accès et exercent des activités commerciales[123] dans l'espace. La proposition de réforme de l'accord de 1979 contient des amendements aux articles XI 3, XI 5 et XI 7 qui poseraient, en cas d'adoption par les États, les bases d'un régime d'exploitation de la Lune. Les propositions sont de plusieurs natures :

« *- la création d'un système d' autorisation dans une législation nationale pour les entités privées opérant dans l'espace.*

- imposer un cahier des charges pour l'obtention de l'autorisation.

- le devoir de créer un système transparent de contrôle des activités autorisées.

- une procédure d'enregistrement des activités autorisées sur la Lune incluant le versement d'un droit d'enregistrement raisonnable à l'autorité chargée de l'enregistrement

---

[119] KISS André-Charles, *op. cit.*, p. 231 -232.
[120] « *Province of all mankind* ».
[121] « *Common concern of mankind* ».
[122] Résolution1/2002 du comité datée du 6 avril 2002, point 4.
[123] RAVILLON Laurence, « Droit des activités spatiales, adaptation aux phénomènes de commercialisation et privatisation », études du CREDIMI, tome XXII, Paris, Litec, 2004, 678 p.

- *une procédure pour fournir aux autres États parties ou à leurs entreprises privées l'assurance que leurs droits et leurs intérêts sont dûment respectés.* »

Le document du comité prévoit également que, en cas d'absence d'un tel régime, l'exploitation commerciale reste possible aux conditions de ne pas porter atteinte aux intérêts y compris économiques des États parties à la Convention, de ne pas nuire à l'environnement de la Lune et de ne pas affecter une exploitation ou un usage futur de la Lune.

Le rapporteur du comité, le professeur Stefan Hobe, estime[124] que la proposition du comité ne remet pas en cause les principes de non-appropriation de la Lune et des corps célestes mais permet simplement une adaptation de l'accord pour que celui-ci soit acceptable par une majorité d'États et permettre une exploitation commerciale des ressources naturelles soumises à un régime protecteur pour les États non spatiaux et l'environnement lunaire.

D'autres auteurs comme Alexandre-Charles Kiss estiment, quant à eux, que la Lune doit être préservée de toute activité spatiale. Le professeur Kiss affirme qu'il faut adapter le régime de la Lune sur le modèle du Traité de l'Antarctique en y incluant des études d'impacts préalables à toute activité, ainsi qu'une autorité chargée de la « *coordination des activités humaines et même de leur surveillance*[125] ».

Selon le professeur Chemillier-Gendreau[126], l'échec du concept de patrimoine commun de l'humanité est dû à plusieurs facteurs :

- l'inadaptation conceptuelle du droit international fondé sur « *la norme de l'égalité souveraine des États,* […] *obstacle insurmontable à la notion de patrimoine commun de l'humanité* ». Cette idée repose sur le fait que le droit international est issu du contrat de droit international : le Traité. En effet, un Traité entre États pourrait prévoir de ne pas exploiter un milieu qui, en raison de son caractère exceptionnel, mériterait d'être totalement protégé. En revanche, les États en désaccord avec la lettre du Traité ne le signeraient pas et exploiteraient avec d'autres le milieu visé par le Traité. Selon le professeur Chemillier-Gendreau, le Traité est conçu pour être relatif alors qu'un patrimoine commun de l'humanité nécessite une protection universelle, qui, dans l'état actuel du droit, ne pourrait être rendue effective que si la Cour internationale de justice affirmait que le patrimoine commun de l'humanité est une norme impérative générale.

---

[124] HOBE Stephan, « *ILA resolution 1/2002 with Regard to the Common Heritage of Mankind Principle in the Moon Agreement* », *Mélanges Simone Courteix*, Paris, Pedone, 2007, p. 301 à 307.

[125] KISS Alexandre-Charles, « Retour sur la Lune, mais comment protéger son environnement ? », *Mélanges Simone Courteix*, Paris, Pedone 2007, p. 300.

[126] CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Droit international et démocratie mondiale, les raisons d'un échec*, Paris, Textuel, coll. La discorde, p. 119 à 125.

Selon le professeur Chemillier-Gendreau, le second obstacle à l'épanouissement de la notion de patrimoine commun de l'humanité est la souveraineté et ses rapports avec la propriété privée. Elle estime que l'individualisme crée un besoin d'acquisition de propriété privée. « *Désagrégeant la communauté lorsqu'elle s'applique à la Terre, qui dans les sociétés traditionnelles n'était pas privatisable, l'aliénation est inapplicable à d'autres espaces : marin, aérien, extra-atmosphérique et à d'autres biens. Cette inapplicabilité dévoila la faille. Le patrimoine commun de l'humanité ne relève pas de la propriété. Il sera pensé par d'autres voies ou il ne sera pas*[127]. »

Notion développée dans les années 1970 par les États du Tiers monde sensibles aux idées de la collectivisation des ressources, le patrimoine commun de l'humanité n'est aujourd'hui plus adapté aux besoins de la société internationale. En effet, le concept porte en lui-même des équations insolubles : l'humanité peut-elle être propriétaire d'un patrimoine ? Un patrimoine peut-il être affecté à l'humanité ? Ces deux problématiques posent la question de savoir quelle structure serait apte à représenter légitimement l'humanité, et sur quel fondement ? De la même manière, quel groupement serait apte à déléguer un patrimoine à l'humanité inapte à la recevoir et à le gérer ? Les États n'ont jamais accepté la mise en œuvre effective de la notion de patrimoine commun de l'humanité. La gestion en commun des ressources naturelles au potentiel économique et à la rareté toujours plus grands est très difficile à mettre en œuvre car l'approvisionnement en ressources naturelles est l'un des éléments clefs de la sécurité des États. Ceux-ci ne peuvent se lier dans le partage en commun pour des éléments essentiels de leurs économie. Comme l'affirme le Professeur Delmas Marty, « qu'il s'agisse de doit de l'homme ou de l'humanité, les concepts juridiques à vocation universelles ont plus que jamais besoins des Etats, à conditions que ceux ci comprennent que leur rôle est en train de changer [128]»

Dans la logique de l'école de Reims du droit international et de sa vision de la formation du droit international, le patrimoine commun de l'Humanité contient une contradiction. De cette contradiction est née la décision de concevoir un nouveau moyen de gérer en commun dans l'intérêt de la société internationale : le bien public mondial.

Sous-section 2 La notion doctrinale de bien public mondial

Développé au milieu des années 1980, le bien public mondial est un concept économique qui tend à optimiser l'usage des aides au développement en ciblant les secteurs d'activités

[127] CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *op. cit.*, p. 123.
[128] DELMAS MARTY Mireille, « Les forces imaginantes du droit, le relatif et l'universel », Paris, Seuil, 2004, p. 95.

nécessaires au développement durable de l'activité humaine. le programme des Nations unies pour le développement a créé une doctrine reprise par d'autres organisations internationales et certains États pour définir les activités d'intérêts général international : le bien public mondial.

A Sources du bien public mondial

Le bien public initialement un concept philosophique issue des idées du bien général chez Platon et Aristote, du bien commun dans la philosophie thomiste (1). Cette idée de bien public a été reprise et adaptée par les économistes classiques. (2)

1 Sources philosophiques

Dans le livre IX des *Lois*, Platon estime que « *la première vérité difficile à connaître est, en effet, que l'art politique véritable ne doit pas se soucier du bien particulier, mais du bien général, car le bien commun assemble, le bien particulier déchire les cités ; bien commun et bien particulier gagnent tous deux à ce que le premier plutôt que le second soit solidement assuré*[129]. » Le bien particulier est ainsi la source de toutes les convoitises et il crée des tensions et des complots entre les hommes au détriment de la vie de la cité. En effet, la tentation d'accumuler des biens particuliers est inhérente à la nature de l'homme en quête de satisfaction de son égoïsme.

En revanche, selon Platon, la réalisation du bien général constitue le but de la cité.

L'idée du bien commun a été développée au XIII[e] siècle par saint Thomas d'Aquin, lui-même influencé par Aristote[130]. Dans la pensée de Thomas d'Aquin, le bien commun est le bien suprême de la communauté, le critère des lois justes. Dans la troisième partie de sa *Somme théologique*, il consacre les questions 94 à 97 à sa vision des lois naturelles (voulues par Dieu) et des lois humaines. Pour lui, « *le propre de la loi est d'ordonner au bien commun*[131] », et « *il est essentiel à la notion de loi d'avoir pour objet le bien commun de la cité*[132]. » Le bien commun constitue donc à la fois l'objectif de la loi et le critère de distinction entre la loi juste et la loi injuste[133].

---

[129] PLATON, *Les Lois*, livre IX, (875 a), Paris, Les belles lettres, 1956, p. 130.
[130] RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 689.
[131] D'AQUIN Thomas, *Somme théologique*, secunda secundae, question 94 : la loi naturelle, article 3, « Tous les actes des vertus relèvent-ils de la loi naturelle ? », point 1.
[132] *Idem*, question 95 : La loi humaine, article 4, « Les divisions de la loi humaine », point 2.
[133] *Idem*, question 96 : Le pouvoir de la loi humaine, article 4, « La loi humaine s'impose-t-elle à l'homme de façon nécessaire dans le for de sa conscience ? », point 3, « Mais les lois peuvent être injustes de deux façons. D'abord par leur opposition au bien commun. »

Le bien commun, tel qu'il a été conçu par les philosophes de l'antiquité et Thomas d'Aquin, correspond à la notion actuelle d'intérêt général. En effet, si l'intérêt général ne constitue pas la somme de tous les intérêts particuliers, le bien commun n'est pas une simple addition des biens particuliers. Il s'agit, dans les deux notions, d'un intérêt propre à la communauté. Ces deux expressions sont alors synonymes en tout point, excepté la dimension spirituelle contenue dans le bien commun de saint Thomas d'Aquin, qui a disparu dans l'intérêt général républicain.

Cette influence des philosophes de l'Antiquité en quête de la meilleure méthode de gestion de la cité se retrouve aujourd'hui dans l'esprit du bien public mondial. En effet, les phénomènes de mondialisation de l'économie, de liberté de circulation des marchandises et des capitaux, d'interdépendance des places financières et le déséquilibre Nord-Sud propulsent à nouveau les hommes dans la problématique de la gouvernance de la *res publica*. La problématique diffère simplement au niveau de la dimension de la chose à administrer : de la cité antique composée de quelques milliers d'habitants, l'équation à équilibrer au XI^{e} siècle contient un village planétaire.

Ainsi, dans l'expression « bien public mondial », il existe la volonté de trouver un instrument capable de réguler la répartition de la croissance économique et de favoriser le développement humain[134] dans le monde.

2 Les sources économiques

En économie, un bien est un chose matérielle (une marchandise) ou immatérielle (un service), réservée à un acquéreur capable d'en payer le prix.

Au XIX^{e} siècle, Adam Smith dans sa *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations* défend l'idée que l'économie doit être fondée sur le « *laissez faire, laissez passer* » et estime que l'État n'a pas à intervenir dans le processus économique. Selon lui, l'intervention de l'État se limite à la production de biens publics dans quelques domaines d'activités comme la « *défense nationale* », « *l'administration de la justice* » et « *les dépenses qu'exigent les travaux et établissements publics* ». Si les deux premiers biens sont régaliens et donc produits par nature par les États, le troisième est, selon Smith, la seule intervention étatique légitime dans l'économie. L'État doit « *élever ou entretenir ces ouvrages et ces établissements publics dont une grande société retire d'immenses avantages, mais qui sont néanmoins de nature à ne*

[134] Le développement humain doit ici être compris selon les critères de l'indice du développement humain, outil statistique qui évalue le niveau moyen de développement d'un État en fonction de l'espérance de vie, de l'instruction, de la santé et du PIB par habitant.

pouvoir être entrepris ou entretenus par un ou par quelques particuliers, attendu que, pour ceux-ci, le profit ne saurait jamais leur en rembourser la dépense[135]. »

Par ailleurs, le bien public[136] est défini par le prix Nobel d'économie Paul Samuelson dans le prélude de son *Étude sur les choix publics et les externalités*. Au sens économique, il est donc « *une marchandise qui peut être fournie à tout le monde aussi facilement qu'elle peut l'être à une personne*[137] ». Après avoir cité quelques exemples de biens publics comme la défense nationale ou la construction d'un barrage, Samuelson donne une définition davantage scientifique : « *Les biens publics sont ceux dont les avantages sont de manière invisible répartis sur la communauté entière, que les individus désirent ou non acheter le bien public.* […] *L'approvisionnement efficient de biens publics requiert souvent l'action de l'État*[138]. »

Il en ressort que le bien public peut être un bien ou un service, fourni par l'État ou par un groupement privé.

B Notion de bien public mondial

Le bien public mondial est défini par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) comme « *un bien public dont les avantages sont très largement diffusés, de par le nombre de pays (plusieurs groupes de pays), le nombre de personnes (avantage allant à plusieurs groupes de la population, de préférence tous) et à plusieurs générations (générations présente et générations futures ou répondant aux besoins des génération présentes sans forclore les possibilités de développement des générations futures)*[139]. »

Pour la Banque mondiale et le Fonds monétaire international, les biens publics mondiaux se définissent comme des « *biens de base, ressources ou services mais également des systèmes de règles ou régimes politiques ayant des externalités substantielles transfrontalières qui sont importants pour le développement et la réduction de la pauvreté et qui peuvent être produits en quantité suffisante qu'à travers une coopération et une action collective des pays développés et des pays en voie de développement*[140]. »

---

[135] SMITH Adam, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Paris, Flammarion, tome II, 1991, p. 345.

[136] L'expression « bien public » est synonyme de bien collectif.

[137] SAMUELSON Paul A., NORDHAUS William D., *Micro-économie*, 14e édition, Paris, Les éditions d'organisation, 1995, p. 455.
Voir également SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, 1954, p. 387 à 389, et SAMUELSON, « Aspect of Public Expenditure Theory », *The Review of Economics and Statistics*, 1958, p. 332 à 338.

[138] *Idem*, *Micro-économie*, p. 456.

[139] KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc A., *Les biens publics mondiaux, la coopération internationale au XXIe siècle* », Paris, Économica, juillet 2002, p. 263.

[140] « *For the bank's purposes, publics goods are commodities, ressources, services – and also systems of rules or policy regimes with substantial cross-border externalities that are important for developpement and poverty reduction, and that can be produced in sufficient supply only through cooperation and collective action by developed and developing countries.* », Poverty Reduction and Global Public Goods : A Progress Report

Comme l'affirme le professeur Constantin[141], le bien public mondial réintroduit dans le terme « bien » une dimension éthique et morale qui est absente du terme « bien » au sens économique ou juridique. Ainsi dans l'expression « bien public mondial », il faut certes entendre la production de biens et services non rivaux et non exclusifs, mais également le développement d'une activité bénéfique pour l'ensemble de ses usagers. Cette dimension éthique est également présente dans le pendant négatif du bien public mondial, les « maux publics mondiaux ». Cette expression regroupe les différents fléaux qui nuisent à un développement harmonieux du monde, à savoir le trafic d'armes et de drogue, le sida, le terrorisme et les épidémies de type SRAS.

1 Caractéristiques du bien public mondial

Le bien public mondial a deux caractéristiques principales : il est non exclusif et non rival. Un bien non rival est un bien dont la consommation par un individu n'empêche pas d'autres personnes d'en bénéficier. L'air que l'on respire constitue par exemple un bien non rival.

Par ailleurs, un bien est dit non exclusif lorsque, une fois fourni, ses avantages sont à la disposition de tous. Un des exemples de biens non exclusifs proposés par Samuelson est l'orientation des navires en mer grâce à un phare. En effet, chaque bateau bénéficie de ce bien mais n'empêche pas le bateau suivant de profiter de ce même service.

Il est à noter que les biens à la fois non exclusifs et non rivaux sont peu courants. Ainsi, lorsqu'un bien ne remplit que l'un de ces critères, il est qualifié de bien public impur ou de bien public mixte. Ces biens mixtes sont dits « biens de club » lorsqu'ils sont non rivaux mais exclusifs. C'est le cas des biens dont la jouissance est soumise à un péage. Les autres biens impurs sont rivaux mais non exclusifs, ils sont nommés « biens communs » ou « ressources à gestion partagée » (*common-pool resources*).

L'ennemi de la production suffisante de biens publics mondiaux est ce que les économistes nomment le « *free rider*[142] », le passager clandestin. Il s'agit d'individus ou, au niveau international, d'États qui utilisent ou consomment le bien public sans payer la taxe, pour des particuliers, ou sans contribuer à la production, pour les États. Cette attitude nuit alors à la production suffisante du bien public car elle fausse les estimations des besoins.

---

http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Resources/Document/DC2001-0007(E)-GPG.pdf.

[141] CONSTANTIN François, *Les biens publics mondiaux, Dr Jekyll et Mr Hyde*, colloque « Les biens publics mondiaux », 2001, Association française de science politique, http://www.afsp.msh-paris.fr/.

[142] KINDLEBERGER Charles, « International public goods without international government », *American Economic Review*, 1986, vol. 76, p. 2.

2 Les domaines inclus dans le bien public mondial

La France et la Suède ont créé en 2002 un groupe de travail international composé de représentants diplomatiques, d'ONG et de chefs d'entreprises de nationalités différentes chargés d'identifier les biens publics mondiaux auxquels il convient de donner la priorité en vue de réduire la pauvreté dans le monde. Ce groupe de travail a isolé six biens publics mondiaux prioritaires :

« *Nous retenons six biens publics mondiaux dont la production est essentielle pour la sécurité, la prospérité et la santé de l'humanité entière : Prévenir l'apparition et la propagation de maladies infectieuses. Faire face au changement climatique. Améliorer la stabilité financière internationale. Renforcer le système commercial international. Instaurer la paix et la sécurité – condition essentielle de tous les autres objectifs. Pour illustrer le type de stratégie nécessaire à la réalisation de ces objectifs, nous dégageons aussi une question transversale – la production de savoir (ou de connaissance)*[143]. »

La classification de ces différents domaines fait consensus puisqu'elle est reprise dans la plupart des études consacrées au bien public mondial, notamment celles du prix Nobel d'économie, Joseph Stiglitz[144].

D'autres éléments sont davantage controversés tels que l'eau ou la biodiversité.

Gardiner et Le Goulven[145] considèrent qu'une action qui viserait à lutter contre la disparition de certaines espèces animales constitue un bien public mondial. La biodiversité est non rivale et non exclusive, elle peut donc être considérée comme un bien public pur. En outre, sa protection remplit également la dimension morale d'une action visant à protéger la nature. Par ailleurs, le critère éthique propre au bien public mondial est lui aussi satisfait puisque la Convention sur la diversité biologique de 1992 affirme, dans son préambule, que « *la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune de l'humanité.* »

Cependant, d'autres auteurs tel le professeur Daniel Compagnon estiment que la biodiversité ne remplit pas les deux critères du bien public pur. Selon lui, « *l'usage non-concurrent est largement démenti par les faits, les prélèvements sur la ressource réduisent sa disponibilité*

---

[143] « Meeting global challenge », final report, chapitre 2 « Stratégie optimale et réalisables », p. 31. http://www.gpgtaskforce.org/uploads/files/242.pdf.

[144] STIGLITZ Joseph, « The theory of international public goods and the architecture of international organizations », *Background paper* 7, United Nations, Department for economic and social information and policy analysis, 1995.
STIGLITZ Joseph, « La connaissance comme bien public mondial », in KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc A., *Les biens publics mondiaux, la coopération internationale au XXI^e siècle*, Paris, Économica, juillet 2002, p. 157 à 176.

[145] GARDINER Rosalie., LE GOULVEN Katell, « Sustaining our global public goods », Earth summit 2002, Economic briefing n° 3, p. 12, http://www.earthsummit2002.org/es/issues/GPG/gpg.pdf.

parfois jusqu'à l'extinction d'où les prohibitions mises en œuvre par la convention sur le commerce international d'espèces menacées d'extinction.[146] »

L'article 3 de la Convention internationale sur la diversité biologique dispose que « *conformément à la Charte des Nations unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale*. »

Les États sont donc souverains sur ce qui relève de la diversité biologique et de sa gestion. Ainsi, même si le texte pose des principes de collaboration entre États pour l'accès aux ressources génétiques, toute promotion d'un bien public dépend dans ce domaine du bon vouloir de chaque État.

La protection de la biodiversité est différemment appréciée dans les pays du Nord et du Sud. Pour les pays du Sud, la nature, faune et flore, représente une ressource naturelle exploitable dont les habitants et les entreprises peuvent tirer des revenus. Ainsi, les arbres d'essences précieuses et les espèces animales constituent à leurs yeux un capital. En revanche, pour les habitants du Nord, la vision de la biodiversité est conservatrice. Il s'agit, pour eux, de sanctuariser certains territoires, pour sauver certaines espèces. Ce bon sentiment est aisément reçu par les habitants des métropoles nostalgiques d'une nature disparue ou altérée par 150 ans d'industrialisation. L'appréciation de la protection de la biodiversité est même interprétée différemment au sein d'une même zone géographique. À titre d'exemple, au sein de l'Union européenne, la directive de 1979 visant à protéger les oiseaux migrateurs au moyen notamment de période de chasse stricte a été méthodiquement méconnue par les gouvernements français et ce pour des raisons de culture et de lobby. Ainsi, des périodes de chasse extensives ont été maintenues jusqu'à l'annulation par deux fois de décrets fixant les dates d'ouverture par le conseil d'État en février et novembre 2003. Ces divergences de conceptions entre États du Nord et du Sud et entre États d'une même région ont des répercussions sur leurs positions dans la négociation des Traités et sur leur mise en œuvre.

Ainsi, le critère de non-exclusivité n'est donc pas rempli, la protection de la biodiversité pourrait donc être simplement un bien public impur.

L'incorporation de la paix dans les biens publics mérite également quelques réflexions. En effet, de nombreuses études, comme celle du PNUD, ont affirmé que la paix est l'un des biens

[146] COMPAGNON Daniel, « La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial », colloque de l'Association française de science politique, 2001, http://www.afsp.msh-paris.fr/.

publics mondiaux les plus importants. Charles Kindleberger, cité par MM. Brauer et Roux, a estimé en mars 1986 dans son adresse présidentielle à l'American Economic Association, des « biens publics internationaux » : Le premier, c'est la paix.[147] ». Cette dernière satisfait en effet aux critères de non-rivalité et de non-exclusivité ainsi qu'à une vision humaniste de la société internationale. La paix[148] est de toute évidence le préalable indispensable au développement humain sur un territoire ou dans un État déterminé. Sans paix sur un territoire donné, les investisseurs ne se risqueront pas à mettre en œuvre une activité industrielle ou commerciale si la pérennité de leurs investissements n'est pas assurée par des autorités étatiques. En raisonnement économique, qualifier la paix de « bien public » n'est pas sans conséquences. Cela signifie en premier lieu que la paix ne peut être produite par le marché et, en second lieu, que l'offre insuffisante de paix a pour externalité un mal public : la guerre. Si la paix n'est pas produite par le marché, cela signifie que la sécurité des États doit être administrée par un organe public supraétatique. Cette démarche intellectuelle s'approche de la notion de sécurité collective mais à la différence notoire que, dans la sécurité collective, ce sont les États qui seuls décident de l'autorisation du recours à la force, de la qualification d'agresseur ou de l'acceptation d'une opération de maintien de la paix. Cette décision des États n'est prise qu'en fonction des différents intérêts nationaux des membres du Conseil de sécurité et seulement, dans une bien moindre mesure, dans l'intérêt général international. Les Nations unies, en tant qu'administration, n'ont pas la moindre once de pouvoir dans le domaine du maintien de la paix. C'est le strict apanage du Conseil de sécurité[149] et particulièrement de ses membres permanents. La création d'un organe qui aurait une autorité effective sur les États en matière de sécurité n'est pas envisageable.

De la même manière, le raisonnement qui fait de la guerre un mal public est contestable. Pour les États, la guerre fut longtemps un moyen de satisfaire une demande refusée par voies diplomatiques. Une intervention armée n'est pas en elle-même un mal public. Classiquement, saint Thomas d'Aquin avait posé les trois éléments de la guerre juste : l'autorité - la guerre ne peut être que le fait du Prince -, la juste cause - la guerre doit punir une injustice -, et troisièmement l'intention juste - la guerre ne doit pas être faite à des fins personnelles mais dans le but de faire triompher le bien commun.

Or, ces critères ne sont plus transposables aux relations internationales contemporaines régies par le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. En effet, de nos jours, le recours à la force doit être

[147] BRAUER Jurgen, ROUX André, « La paix comme bien public mondial, une application à l'Afrique australe », *Annuaire français de relations internationales*, 2003, p.742.

.[148] La définition du terme « paix » nécessiterait une étude à part entière. On retiendra ici de manière certes un peu rapide que la paix constitue un espace sur lequel il n'y a pas guerre.

[149] À l'exception de la résolution « Union pour la Paix » votée le 3 novembre 1957 qui permet sous certaines conditions à l'Assemblée générale d'agir à la place du Conseil de sécurité.

autorisé par le Conseil de sécurité des Nations unies ou être exercé dans le cadre d'une légitime défense. Dans ce second cas, le Conseil de sécurité est également le seul habilité à qualifier un acte d'agression[150].

Par conséquent, le recours à la guerre n'est pas de lui-même un mal public. À titre d'exemple, lors de la première guerre du Golfe décidée par les Nations unies dans les résolutions 687, 688 et 698. Un État, l'Irak, a envahi un autre État, le Koweït. L'intervention internationale décidée par les Nations unies et dirigée par les États-Unis constituait-elle un mal public ? Cette intervention n'a pas empêché le Koweït de panser ses plaies et connaître un nouvel essor économique. Au contraire, cette intervention fut salutaire. D'une manière plus récente, l'intervention américaine en Afghanistan en 2001 fut-elle un mal public ? Elle a permis d'évincer un gouvernement aux coutumes les plus inhumaines, qui détruisait le patrimoine culturel mondial présent sur son sol[151] et participait activement à la formation et à l'hébergement de groupes terroristes. L'intervention de l'OTAN fut ici également profitable. Il faut toutefois observer une externalité négative à cette intervention qui est l'augmentation exponentielle de la production d'opium sur le territoire afghan.

Le champ d'application du bien public mondial possède donc, aux yeux de ses partisans, un tronc commun déterminé. Cependant, bon nombre de domaines donnent lieu à controverses et sortent du cadre de la définition classique.

La notion de bien public mondial, ses applications, voire son utilité restent à tout le moins obscures. Ce concept apparaît tel un trou noir en astrophysique : une zone où la matière est tellement compacte que la lumière ne peut la traverser. Le domaine et les matières inclus dans les biens publics mondiaux fluctuent en fonction des cadres institutionnels ou doctrinaux qui y font référence. Pourraient ainsi être qualifiés de bien publics mondiaux toutes les activités nécessitant une coopération internationale. Ainsi, toute une série de politiques ou d'actions les plus hétérogènes ont revendiqué le label de bien public : le développement de campagnes de vaccination dans les pays en voie de développement, la lutte contre la désertification, le développement de la recherche météorologique, de la recherche en matière d'agriculture, la préservation de la biodiversité, l'accès à l'eau potable, la connaissance, l'accès à Internet, la paix, l'air et la stabilité financière. Quelle cohérence peut-être donnée à un tel ensemble ?

---

[150] L'article 39 alinéa 1 de la Charte des Nations unies dispose que : « *Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises*. »

[151] Le 26 février 2001, le chef suprême des talibans, le mollah Mohammad Omar, a ordonné, dans un décret la destruction de toute la statuaire bouddhique en estimant qu'elle était « anti-islamique » et que la faire disparaître était une « injonction de l'islam ».

3 Une taxinomie des biens publics mondiaux

Dans la conclusion de son étude de 1999, le PNUD propose une classification des biens publics mondiaux en trois catégories : les « biens de l'indivis mondial naturel », le « patrimoine commun fabriqué par l'homme » et les « résultats d'une politique mondiale[152] ».

La catégorie des biens indivis naturels comprend tout ce qui n'est pas produit physiquement ou imaginé par l'homme. Il s'agit, selon le PNUD, de la protection de la couche d'ozone ou la stabilité du climat. Toutes les ressources ou éléments naturels dénombrables pourraient être rattachés à cette catégorie, à savoir, par exemple, la gestion des orbites internationaux, des fréquences, de l'eau potable, des ressources halieutiques.

Ces biens publics doivent être exploités ou gérés en bon père de famille, c'est-à-dire en évitant la surexploitation dans l'intérêt des générations futures.

Le patrimoine commun fabriqué par l'homme « *englobe plusieurs éléments : la connaissance scientifique et pratique, les principes et les normes, le patrimoine culturel commun et l'infrastructure transnationale telle que l'Internet. Pour ces biens publics mondiaux, le principal problème est la sous-utilisation*[153]. » Le PNUD classe dans cette catégorie les connaissances, les normes et principes universels et le patrimoine mondial fabriqué par l'homme. Cette dernière expression suscite deux commentaires. La première, les droits de l'homme ne sont pas des biens. La seconde, si l'on considère les Droits de l'homme comme issus du droit naturel, ils ne peuvent avoir été créés par l'homme. Certes les Droits de l'homme sont le fruit de la réflexion humaine et constituent en ce sens des créations de l'homme. Cependant leur appartenance au droit naturel est nécessaire pour éviter les dysfonctionnements d'une application normativiste du droit qui ne tiendrait pas compte de l'éthique.

La dernière catégorie intitulée « résultat d'une politique mondiale » inclut « la paix, la santé et la stabilité financière[154] ». Ces biens sont le résultat d'une politique continue et ne s'appréhendent pas comme une quantité de produits à gérer.

En effet, cette taxinomie des biens publics mondiaux apparaît limpide, la différence entre biens naturels, biens produits par l'homme et résultats d'une politique ne semble pas être source de difficulté.

Cependant, une même action, selon la manière dont elle est interprétée, peut être classée simultanément dans deux catégories. M. Taithe le démontre dans son étude sur l'eau. Selon lui, « *l'eau, selon que l'on considère la ressource naturelle menacée- qu'il faut préserver*

[152] KAUL Inge, *Op. cit.*, note n° 129, p.198-200.
[153] *Idem*, p.199.
[154] *Idem*, note 139.

durablement- ou la promotion d'instrument de gestion de la ressource, peut appartenir à la première ou à la troisième catégorie de bien commun.[155] »

Par ailleurs, d'autres confusions sont possibles entre les deuxième et troisième catégories. Les droits de l'homme sont classés comme biens de la catégorie « patrimoine fabriqué par l'homme » alors que leur méconnaissance peut engendrer de l'injustice, qui appartient à la troisième catégorie. Les droits de l'homme, appréhendés comme une politique de long terme, sont également classés dans la catégorie « résultat d'une politique ».

La classification pertinente de l'ensemble des différentes actions qui se réclament du bien public mondial est ainsi loin d'être aisée. Se pose la question de savoir à quoi servent les biens publics mondiaux.

C La théorie des biens publics mondiaux : pour quoi faire ?

La notion de bien public mondial fondée sur la théorie du bien public des économistes classiques se révèle être un leurre d'une double utilité : la légitimation de l'action des groupements internationaux (organisation internationale et ONG) et la réintroduction des idées collectivistes sur la scène internationale.

1 Le recours au bien public mondial : un argument commercial

L'utilisation abondante des biens publics mondiaux a pour but de convaincre de la pertinence de l'action du groupement qui affirme agir en leur faveur.

Jean Coussy estime que le recours aux biens publics mondiaux a de multiples finalités, toutes liées à une volonté de convaincre, de vendre une action et de persuader de sa légitimité.

Il dégage neuf destinataires ou cibles à « *persuader de la réalité de biens publics mondiaux existants ou potentiels :*

- les analystes néoclassiques […] qu'il existe des biens publics au niveau mondial au sens que cette expression a acquis dans la théorie canonique ;

- persuader les États qu'il convient de dépasser le cadre national pour assurer le niveau de production de bien public rendu nécessaire par la mondialisation ;

persuader les organisation internationales, FMI, Banque mondiale et OMC, d'abandonner les a priori *qu'ils ont manifesté contre les interventions publiques lors de la rédaction des programmes d'ajustement et des accords de libéralisation du commerce.*

- persuader tous les partenaires qu'il y a une tendance spontanée à la sous-production de BPM […] *;*

---

[155] TAITHE, « Tempête dans un verre d'eau, besoin, ou quel bien public » *in* François CONSTANTIN, *Les biens publics mondiaux, mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Paris, L'Harmattan, 2002, p. 229.

- persuader les négociateurs que tel ou tel projet d'intervention publique internationale correspond bien à un bien public mondial et s'assurer ainsi de l'appui des États, et la tolérance des organisations internationales libérales. […] *L'octroi du label bien public mondial potentiel a une influence croissante sur l'adoption ou le rejet d'un projet public international ;*
- persuader qu'un pays assure ou n'assure pas la part des BPM qui devrait être à sa charge et estimer de combien cet État devrait réorienter son action dans ce sens[156]. »

Cette analyse est pertinente et correspond au processus initié par le PNUD en 1999. Cette étude vise en effet à promouvoir l'utilisation de la notion de bien public mondial pour perfectionner l'efficacité de l'aide au développement. En ce sens, l'ouvrage s'appuie en effet sur l'idée des biens publics développée par Samuelson qui reconnaît que le marché à des défaillances pouvant être compensées par une intervention publique. L'étude d'Inge Kaul se base certes sur l'idée de bien public développée par Samuelson ou Kindleberger mais à la différence que le double critère de non-rivalité et non-exclusivité se voit remplacer dans les faits par un critère exclusivement éthique. Pour le PNUD, il s'agit de susciter l'attention et de mener le jeu des idées liées à l'aide au développement et de redonner de la vigueur à son action, si possible en augmentant les subsides à sa disposition. Pour ce faire, l'idée de bien public mondial est d'exclure les États de l'action car la société des États est jugée trop indisciplinée. Certains membres chercheront, en effet, à se placer en passagers clandestins pour profiter des efforts menés sans y contribuer financièrement.
L'utilisation de la notion de bien public mondial par le PNUD a eu un effet de cascade ou « effet domino » puisque les autres organisations internationales comme la Banque mondiale ou le FMI ont à leur tour cherché à utiliser ce concept pour légitimer leur action. Même concept, mais contenu différent. En effet, des actions considérées comme biens publics mondiaux par le FMI ne sont pas identiques à celles du PNUD. Par ailleurs, des États comme la France ou la Suède ont été séduits par la notion et ont cherché eux aussi à lui donner un contenu rationnel en créant un groupe de travail international dont la définition et le contenu se superposeront peu ou prou aux autres définitions.
L'utilisation abusive de la qualification de bien public mondial est utopiste et ne tient pas compte des réalités. L'eau, par exemple, est souvent qualifiée de bien public mondial[157].

[156] COUSSY Jean, « Biens publics mondiaux : théorie scientifique, réalité émergente et instrument rhétorique », *in* François CONSTANTIN, *Les biens publics mondiaux, mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 76-77.
[157] Voir l'interview du professeur Ricardo Petrella, « Journée mondiale de l'eau : contre la marchandisation de la vie, pour que l'eau soit considérée comme un bien public mondial », *Libération*, 22 mars 2004.

M. Taithe estime que si l'on suit les critères proposés par le PNUD, l'eau serait un « *bien public, impur, régional, intermédiaire*[158] ». Néanmoins, cette affirmation ne tient absolument pas compte des différents régimes de propriété au sein de chaque État. Ainsi, l'affirmation que l'eau constitue un bien public mondial laisse supposer qu'elle est un bien commun ou un patrimoine commun de l'humanité, notion actuellement neutralisée par les États. Dans les faits, les cours d'eau sont situés sur le territoire des États qui sont libres d'en fixer le régime juridique du moment qu'ils ne portent pas atteinte aux États en aval du cours d'eau.

Certes, il existe des exceptions au principe de liberté des États de par certains traités ou accords internationaux relatifs aux fleuves internationaux comme le Danube. Mais dans la plupart des cas, la gestion de l'eau est déterminée par les États. Cet accès à l'eau sera sous un contrôle toujours plus étroit des États, l'utilisation de l'eau douce et son accès risque même de devenir un casus belli entre États au XXI^e^ siècle.

Pour faciliter la mise en œuvre des biens publics mondiaux, le PNUD propose la création « *d'une nouvelle forme de tripartisme* […] *mettant en avant la nécessité d'encourager des consultations et une coopération plus systématiques entre les gouvernements, la société civile et le monde des entreprises*[159] ».

Il prend modèle sur le tripartisme de l'Organisation internationale du travail qui associe gouvernements, employeurs et travailleurs au sein de son conseil d'administration[160] et souhaite associer les ONG qui ont eu un rôle important dans la prise de conscience par les opinions publiques de nombreuses crises écologiques et humanitaires. Certaines ONG ont fait campagne pour des causes qui, par la suite, ont été qualifiées de biens publics mondiaux, comme l'accès aux médicaments pour les populations des pays en voie de développement. La plus célèbre de ces campagnes, celle contre les mines antipersonnelles symbolisées par des pyramides de chaussures, a permis aux ONG de participer aux négociations internationales qui aboutirent à la signature de la convention d'Ottawa de 97 sur l'interdiction d'employer, de stocker et de produire des mines antipersonnelles[161].

Cette volonté d'associer tant les gouvernements que les acteurs privés est également présente dans les statuts de différents organismes internationaux antérieurs et postérieurs à l'ouvrage du PNUD. L'ONUSIDA, créée en 1996, est le premier programme des Nations unies qui

---

[158] TAITHE Alexandre, « Tempête dans un verre d'eau droit, besoin, ou quel bien public ? », in François CONSTANTIN, *Les biens publics mondiaux, mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 228.

[159] KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc A.., « Les biens publics mondiaux, la coopération internationale au XXI^e^ siècle », Paris, Économica, 2002, p. 231.

[160] L'article 7 point 1 du statut de l'OIT dispose que « *le conseil d'administration se compose de cinquante-six personnes : vingt-huit représentants de gouvernement, quatorze représentants des employeurs, et quatorze représentants des travailleurs.* »

[161] La campagne internationale pour l'interdiction des mines antipersonnelles a reçu le prix Nobel de la paix en 1997.

associa des ONG. Au 1er juillet 2007, le Conseil de coordination du programme était composé de vingt-deux États, de dix organisations internationales (HCR, Banque mondiale, Unicef, PAM, PNUD, UNFPA, ONUDC, OIT, Unesco et OMS) et deux ONG par continent.
L'autres structure qui rassemble des acteurs étatiques et des ONG est le Fonds mondial de lutte contre le sida, le paludisme et la tuberculose. Créé à l'initiative de l'Assemblée générale des Nations unies, réunies en mai 2001 dans une session spéciale consacrée au virus du sida. En effet, l'ancien secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan, avait demandé aux pays membres du G8 de contribuer au financement de ce fonds. Lors de la réunion du G8 à Gênes le 20 juillet 2001, les États industrialisés ont accepté de constituer un fonds qui est devenu effectif en janvier 2002. Le fonds est une fondation de droit suisse basée à Genève qui a pour but de lutter contre les maladie comme le sida et la paludisme mais dont les statuts ne font pas référence à un quelconque bien public mondial alors que leurs activités sont référencées comme un bien public mondial puisqu'elles combattent un mal public.

Les propositions du PNUD pour la mise en œuvre des BPM ont deux aspects : le premier est l'élargissement du G8 à un G16[162], partiellement reprise par le président français qui a proposé un élargissement du G8 à un G13 lors de la réunion de Copenhague le 7 octobre 2007. Cette idée d'élargissement a même été dépassé lors de la crise économique de 2008-2009 qui a donné lieu à la réunion d'un G 20. L'autre proposition vise à développer le tripartisme pour mieux mettre en œuvre les biens publics mondiaux. Elle ne suggère donc aucune innovation institutionnelle, si ce n'est poursuivre ce qui a déjà été entrepris.
Il est également intéressant de voir à partir de quel moment et à quelles fins les ONG ont utilisé le concept de bien public mondial. Comme le démontre le professeur Philippe Ryfman[163] sur une étude de la doctrine de trois ONG françaises (Médecins sans frontières, Médecins du monde et Handicap international), l'adoption de la notion de bien public mondial par les ONG est loin d'être altruiste.
En effet, au cours de leurs campagnes d'opinions menées au cours des années 1990 (accès aux médicaments, droit à la santé, lutte contre les mines antipersonnelles, paix, droits de l'homme), les ONG n'ont jamais évoqué ou revendiqué agir au nom du développement d'un quelconque bien public.

[162] KAUL Inge, GRUNBERG Isabelle, STERN Marc A.., « Les biens publics mondiaux, la coopération internationale au XXIe siècle », Paris, Économica, 2002, P 197 et 231.
[163] RYFMAN Philippe, « Les campagnes "globalisées" des ONG : les biens publics mondiaux au service de la société civile ? », *in* François CONSTANTIN, *Les biens publics mondiaux, mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 309 à 341.

Ce n'est qu'en 2001 que les ONG ont assimilé leurs actions aux thématiques des biens publics mondiaux mises en valeur par le PNUD en 1999. M. Ryfman cite en ce sens un passage de la revue *Nouvelles du Sud* qui est des plus instructives sur la vision qu'ont les ONG à propos de l'utilisation possible des biens publics mondiaux : « Nouvelles du *Sud y incitait les ONG françaises à saisir ce qu'elle qualifie d'"opportunité sans précédent pour relancer la mobilisation des acteurs en faveur de l'universalité des droits économiques, sociaux et humains. Les biens publics globaux fournissent ainsi un argument politique de poids à ceux qui n'avaient jusqu'ici pas de raison suffisante pour s'aventurer dans ce qu'il convient finalement d'appeler… la solidarité internationale".*[164] »

Le professeur Smouts cite un autre passage de ladite revue qui pose la question de l'investissement des ONG dans les débats sur les biens publics mondiaux. La réponse développée est là aussi sans équivoque : il faut « *prendre place dans les débats*[…] *dans la mesure où les biens publics mondiaux ont tous les atouts pour devenir la nouvelle référence idéologique mondiale*[165] ».

Il en ressort que l'émergence du concept de bien public mondial a eu un double intérêt pour les ONG. D'un côté il existe un intérêt de nature commerciale. En effet, affirmer contribuer à la réalisation de bien public mondial permet de lever davantage de fonds ou de dons auprès de la société civile dont les membres estiment, par l'achat de ces nouvelles indulgences, obtenir leur rémission et contribuer à une cause commune de l'humanité. Cette potentialité ne peut être écartée par les ONG dont les coûts de fonctionnement liés à la perception des fonds, au démarchage téléphonique, au publipostage, atteignent des sommets. Le second intérêt, tout aussi capital, réside dans les propositions du PNUD qui plaident en faveur d'une association des ONG dans les négociations et la prise de décision au niveau international.

En revanche, pour les ONG, le bien public mondial ne constitue pas une réorientation de leurs actions mais un outil de propagande idéal pour les légitimer auprès des donateurs et inciter encore plus au don. Par ailleurs, le concept de bien public mondial renforce la capacité d'influence des ONG dans les instances internationales. Elles ne pouvaient donc qu'abonder en faveur de ce concept.

2 Le bien public mondial, un concept en trompe-l'œil

Si le bien public mondial est un concept qui s'appuie sur la pensée des auteurs classiques et néoclassiques, il est actuellement porté par des auteurs hostiles à la mondialisation. Le bien

[164] *Idem*, p. 335-336.

[165] SMOUTS Marie-Claude, « Une notion molle pour des causes incertaines », *in* François CONSTANTIN, *Les biens publics mondiaux, mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 376-377, citant la revue *Nouvelles du Sud*, octobre 2001.

public est le seul élément de la pensée économique libérale qui reconnaît l'existence de défaillances du marché. Les promoteurs du bien public mondial, à partir du constat d'imperfection du marché, souhaitent réhabiliter l'intervention des personnes publiques dans l'économie et remettent en cause la présence des entreprises privées dans les secteurs d'activités qualifiés de biens publics.

La gestion de l'eau est l'un des exemple les plus remarquables de cette opposition idéologique entre gestion publique et gestion privée. L'eau est le plus souvent gérée par des entreprises privées avec lesquelles une personne publique signe un contrat de concession. La concession est un contrat par lequel une personne publique accorde à un concessionnaire, pour une durée déterminée, le droit d'assurer un service ou d'exploiter des ressources sur son territoire. La cause de ce contrat pour le concédant est qu'il n'a pas à supporter le coût de construction et d'entretien des infrastructures. L'entreprise, quant à elle, se finance en facturant le coût du service à ses usagers, captifs. Elle amortit l'investissement initial grâce à la durée de la concession. À l'échéance du contrat, les infrastructures sont réputées appartenir à l'autorité concédante.

Le professeur Petrella[166] estime que l'eau est un bien public mondial et que, à ce titre, elle ne peut faire l'objet d'une exploitation commerciale. La qualification de bien public mondial permettrait selon lui d'échapper à ce qu'il nomme « *la marchandisation de l'eau et donc marchandisation de la vie*[167] ». Exclure la gestion de l'eau par des multinationales comme Veolia environnement, GdF-Suez ou encore la Saur pour interdire une exploitation du service de l'eau en vue de réaliser un profit ou encore pour éviter que l'eau ne soit l'objet d'une spéculation financière par des fonds d'investissements spécialisés comme la célèbre sicav de la banque suisse Pictet[168], est une louable intention pour que les citoyens payent le juste prix de l'eau. Cependant, la plupart des États n'ont pas les moyens financiers ou techniques pour financer les infrastructures nécessaires. Le professeur Petrella propose « *une banque mondiale de type coopératif qui gérerait les fonds mondiaux dont la finalité serait le droit à la vie* ». Cette banque trouverait ses subsides dans une adaptation de la taxe Tobin, c'est-à-dire « *un financement solidaire à l'échelle mondiale* », un impôt dont l'assiette fluctue selon les

[166] Professeur d'économie à l'université catholique de Louvain, fondateur du comité international pour un contrat mondial de l'eau.

[167] PETRELLA Riccardo, Journée mondiale de l'eau : contre la marchandisation de la vie, « Pour que l'eau soit considérée comme un bien public mondial », *Libération*, 22 mars 2004.

[168] Sicav de droit luxembourgeois, le fonds Pictet Water (LU0104884860) a une capitalisation de 2.08 milliards d'euros au 10 mai 2009. Il est composé de différentes sociétés qui réalisent au moins 20 % de leur chiffre d'affaires dans l'eau (exploitant de réseau, station d'épuration, eau en bouteille…). D'autres fonds du même type existent comme celui de la banque Palatine. C'est une filiale de la Caisse d'épargne française dont le fonds « or bleu » (FR0010341800) créé en 2006 a une capitalisation de 42 millions d'euros au 19 mai 2009.

propositions : tantôt le produit intérieur brut des États de l'OCDE[169], parfois les budgets militaires[170]. Le taux proposé est de 0,01 % ; si l'assiette est le PIB de l'OCDE, le produit de cet impôt s'élèverait à 3 milliards de dollars par an.

Cette idée d'une fiscalité mondiale a eu des partisans au niveau international comme l'ancien président français Jacques Chirac qui a proposé par deux fois la mise en place d'une taxe mondiale. À Johannesburg, il déclara : « *Trouvons de nouvelles sources de financement. Par exemple par un nécessaire prélèvement de solidarité sur les richesses considérables engendrées par la mondialisation*[171]. » En 2004, aux Nations unies, il affirme qu'« *il est désormais établi que des solutions techniquement réalistes et économiquement rationnelles existent. Recours à de nouveaux types d'emprunt, instauration, sur une base internationale ou mondiale, de prélèvements volontaires ou obligatoires pour financer le développement. De tels instruments peuvent être conçus selon des modalités garantissant l'absence de distorsion économique, la souveraineté des États, ainsi que la gestion transparente des fonds, dans le respect du contrat de Monterrey. Des idées jugées voici peu encore utopiques ou irresponsables s'affirment. Un tabou est en train de tomber*[172]. »

Cette idée se concrétisa par la taxation des billets d'avion, mise en place par la France, le Chili et le Royaume-Uni, pour financier la lutte contre le sida[173].

La gestion privée de l'eau n'est pas idyllique. Exploitation des réseaux uniquement si la population est solvable, augmentation régulière des tarifs sans rapport avec la hausse des coûts de gestion, hausse des tarifs si la consommation d'eau et donc les revenus sont inférieurs aux estimations réalisées pendant la négociation du contrat de concession[174], retrait de l'exploitation si l'État connaît une crise économique grave[175].

Le modèle promu par les auteurs altermondialistes nécessiterait une réforme des accords OMC et des politiques de la Banque mondiale ainsi qu'un accord international sur la création d'une fiscalité mondiale. La rédaction de clauses contractuelles qui encadrerait mieux les pratiques des entreprises serait un élément plus souple à mettre en place pour mieux réguler la gestion de l'eau.

---

[169] Proposition du Pr Petrella.
[170] Proposition des Verts.
[171] CHIRAC Jacques, Sommet mondial pour le développement durable, 2 septembre 2002.
[172] CHIRAC Jacques, Réunion consacrée à la lutte contre la faim et la pauvreté, New York, Nations unies, 20 septembre 2004.
[173] Loi française du 8 décembre 2005, entrée en vigueur le 1er juillet 2006 et applicable jusqu'au 31 décembre 2007.
[174] CEDRO Jean-Marie, *Les échos*, 29 novembre 2007, « Prix de l'eau : l'UFC épingle Veolia et Suez ».
[175] CHAVAGNEUX Christian, *Alternatives économiques*, avril 2006, « De l'argent public pour l'eau potable ». Le contrat de concession d'eau de Suez était libellé en pesos. Le cours de la monnaie a chuté en 2000. L'entreprise Suez n'a pas pu obtenir de réévaluation du prix de sa prestation. Face au refus du gouvernement argentin de consentir à une augmentation du prix, Suez, estimant que le contrat était devenu léonin, a préféré quitter le marché argentin.

Si la protection des biens qualifiés de biens publics mondiaux fait l'objet d'un consensus, la mise en œuvre est partagée entre l'approche économique, contractuelle et l'approche collectiviste qui vise à classer ces biens hors du secteur marchand, et à organiser leur appropriation collective et la gestion au nom de l'humanité tout entière. Le choix entre ces deux conceptions est d'ordre strictement politique. Les différents domaines de nature très hétérogène couverts par le bien public ont des régimes juridiques différents et des oppositions entre États sur la méthode et les buts à atteindre dans la gestion d'une ressource. L'expression « bien public mondial » n'apporte pas de nouvelles solutions juridiques, elle ne propose pas de régime protecteur, d'obligation, de responsabilité ou un système juridictionnel chargé de surveiller l'efficience de la protection d'un bien public.

Le bien public pourrait d'un point de vue purement doctrinal regrouper les différentes actions nécessaires à l'accomplissement des objectifs du millénaire pour le développement.

Le bien public mondial est ajuridique mais, comme tout concept politique, il n'est pas sans effet pour le droit positif. Le droit de la propriété intellectuelle a fléchi face aux pressions des ONG qui considéraient la santé comme un bien public. Les promoteurs du bien public mondial ont transposé à la propriété intellectuelle le titre de l'ouvrage de Proudhon consacré à la propriété[176]. Ce faisant, ils luttaient contre les effets pervers de la protection des brevets déposés par les laboratoires pharmaceutiques. Ces grandes entreprises comme Johnson & Johnson, Merck, Pfizer ou Sanofi-Aventis possèdent des centres de recherche chargés de créer de nouvelles molécules qui pourront améliorer la santé et limiter les effets de maladies comme le sida. Les résultats de ces recherches donnent lieu au dépôt de brevets. Cela signifie que l'entreprise innovante expose sa découverte au public mais est seule à pouvoir l'utiliser pendant une période qui varie selon les secteurs d'activité de 30 ans. Pendant cette période, l'entreprise peut produire et vendre elle-même le fruit de ses recherches ou céder à d'autres groupements leur droit d'utilisation et de production par le biais d'une licence. La durée de la protection sert pour les entreprises innovantes à rentabiliser les investissements de recherche et développement. L'accès au traitement contre le sida, nommé trithérapie, dans les pays en voie de développement dont les populations sont les plus dramatiquement touchées par le virus, a donné lieu à un conflit d'intérêts. Les entreprises pharmaceutiques souhaitent vendre leurs médicaments à des populations solvables et se sont opposées à la fabrication de médicaments génériques[177] avant la fin de leur brevet. L'action de nombreuses ONG et de

[176] PROUDHON Pierre-Joseph, *Qu'est ce que la propriété ?*, Paris,1840.

[177] Les médicaments génériques sont composés des mêmes molécules que les médicaments de marque. Ces médicaments sont produits lorsque le brevet de l'entreprise tombe dans le domaine public. Ils sont commercialisés sous le nom de la molécule qui les compose. L'exemple le plus connu est le Doliprane, produit par l'entreprise Sanofi-Aventis, qui est produit également en générique sous la dénomination « paracétamol ».

l'ancien président Clinton, basé notamment sur le fait que la santé est un bien public, a permis une évolution de l'accord OMC sur la propriété intellectuelle à Doha en 2003 et à Hong Kong en 2005. Cet accord prévoit la production de médicaments génériques en Inde à destination exclusive de pays en voie de développement. Le dernier accord conclu entre les fabricants de médicaments génériques, la fondation Clinton et Unitaid le 11 mai 2007 a permis une baisse du prix des médicaments de 30 000 $ par an et par traitement, pour des médicaments de marque, à 350 $ par an[178] pour les médicaments génériques. Ce résultat aurait certainement pu être obtenu sans la référence au bien public mondial mais cette appellation produit un effet d'autorité et de légitimation qui donne un poids politique important à celui qui s'en prévaut. Tout dépend de ce qui est interprété comme appartenant au bien public mondial. Il est étonnant que les États-Unis n'aient pas encore estimé que la lutte contre le mal public que constitue le terrorisme international constitue un bien public mondial. De la même manière, empêcher certains Etats de se doter de l'arme nucléaire pourrait également être interprété comme un bien public mondial et justifier ainsi par un critère éthique les sanctions de toute nature .

[178] Clinton foundation, www.clintonglobalinitiative.org.

Conclusion du Chapitre 1

L'étude des différentes approches internationales de la gestion collective d'un intérêt commun nous permet de démontrer que les concepts de droit positif organisant la gestion d'une activité ou d'une ressource d'intérêt général ne sont plus en adéquation avec les besoins de la société internationale. Le patrimoine commun de l'humanité est rejeté par les États ; la notion de public trust, issue de la *common law*, semble efficace pour la seule gestion des ressources naturelles. Cependant, il est peu probable que les États acceptent de généraliser ce système contraignant. Le bien public mondial est un concept véritablement complexe dont les utilisations ne sont pour le moment qu'un moyen de légitimer l'action de celui qui en fait usage. La théorie du service public international nous apparaît pouvoir être renouvelée et correspondrait davantage à un système juridique permettant au mieux l'administration des intérêts communs des États. Cette approche par le biais du service public international devrait, pour être pertinente, être organisée au niveau matériel et non institutionnel. La création d'organisations internationales ou d'agences *ad hoc* ne peuvent constituer par elles-mêmes des services publics. Il nous apparaît préférable de plaider en faveur de missions spécifiques gérées dans un intérêt général interétatique avec un régime juridique particulier.

Cette étude consacrée à l'Union européenne et aux services publics internationaux nécessite, après avoir envisagé les systèmes internationaux, une analyse détaillée de la nature de l'Union européenne. Il ne s'agit pas de décrire ses différentes actions ni d'étudier le fonctionnement de ses institutions mais bien d'identifier au plus près ce qu'est l'Union européenne.

Chapitre II La nature de l'Union européenne

L'étude de l'Union européenne et des services publics internationaux nécessite d'appréhender dans le détail la nature de l'Union européenne. Pour déterminer si les services publics internationaux ont une influence sur le processus de construction européenne, il faut préalablement essayer de parvenir à identifier, avec le plus d'exactitude possible, ce que constitue l'Union.

Il s'agit ici de se placer d'un point de vue de l'analyse des structures de l'Union par le truchement des théories de l'État. Nous essaierons de déterminer si l'Union peut être classée dans les schémas classiques de l'organisation internationale, de l'État fédéral ou encore de la confédération. Constitue-t-elle une structure *sui generis* ou un « monstre juridique[179] » ? Préalablement à la confrontation de l'Union aux différents concepts d'organisation de l'État, nous présenterons les principales étapes de la construction européenne et les grands traits caractéristiques de l'ordre juridique communautaires (section 1). Ensuite, nous présenterons un essai de classification de l'Union européenne (section 2).

Section 1 Origines et errements de la construction européenne dans la deuxième moitié du XX[e] siècle[180]

Après la Seconde Guerre mondiale[181], l'Allemagne n'existe plus en tant qu'État : elle est gérée par les vainqueurs de la guerre et constitue une proie facile pour l'expansionnisme territorial de l'URSS. Un an après la résurrection de l'Allemagne, Robert Schuman propose le 9 mai 1950 de « *placer l'ensemble la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une haute autorité commune dans une organisation ouverte à la participation des autres pays de l'Europe* ». Certes Schuman était conscient que la construction européenne ne se ferait pas « *d'un coup*[182] » mais l'idée que le continent européen serait un espace de paix, car les États seraient liés par leur intérêts économiques communs, était judicieuse. La création de la Communauté économique du charbon et de l'acier le 18 avril 1950 est également, pour partie,

---

[179] ROUSSEAU Dominique, Primauté du droit de l'Union et portée normative de la charte des droits fondamentaux » *in* MATHIEU, VERPEAUX, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Constitution et construction européenne*, Dalloz, 2006.

[180] Il s'agit de souligner ce qui, à nos yeux, constitue les grands points de passage de la construction européenne et les buts des pères fondateurs. Une étude exhaustive de la construction européenne, retraçant ses différents Traités, accords et protocoles, ainsi que les circonstances dans lesquelles ils furent adoptés serait trop volumineuse.

[181] Pour une analyse détaillée des circonstances dans lesquelles les Communautés se sont formées, voir Jean-Pierre COLIN, « Variations sur la construction européenne », *Annuaire français de relations internationales*, 2005, p. 219 à 233.

[182] Déclaration, Schuman, 9 mai 1950.

due à la volonté de ne pas laisser une Europe faible d'un point de vue structurel à la portée de l'Union soviétique.

Schuman, convaincu par les idées d'intégration fonctionnelle de Jean Monnet, voyait dans le développement économique commun la première étape vers une « *fédération européenne*[183] ». Le Traité de Paris de 1950 fut suivi d'une proposition de création d'une communauté « *quasi étatique*[184] » dont le contenu paraît encore de nos jours d'une rare audace, tellement l'intégration des États de l'Union y est profonde. Le projet de Traité visant à créer une Communauté européenne de défense était l'aboutissement de l'effort fédéraliste des pères fondateurs de l'Union. L'article premier de ce Traité disposait : « *les Hautes Parties contractantes instituent entre elles une Communauté européenne de défense, de caractère supranational, comportant des institutions communes, des Forces armées communes et un budget commun.* » Cette Communauté était également dotée d'une pleine personnalité juridique.

Ce Traité fut signé à Paris en 1952 par la France, l'Allemagne et les trois États du Benelux. La chambre basse du Parlement français a refusé, par le processus de la question préalable[185] adoptée à 343 voix contre 225, de placer ce texte à l'ordre du jour et a définitivement mis fin à ce projet. L'échec de la ratification du Traité portant création de la Communauté européenne de défense marque un profond tournant dans la construction européenne, dont l'Union porte aujourd'hui encore les stigmates. La Défense européenne n'existe efficacement qu'à travers l'OTAN ; les États de l'Union européenne n'ont abordé ces questions qu'en 1992 dans le Traité de Maastricht puis lors d'un sommet bilatéral entre le Royaume-Uni et la France à Saint-Malo en 1998. Les timides avancées en la matière restent très loin des propositions émises en 1952.

La construction européenne ne s'arrêta pas en 1954 : elle connut un nouvel essor trois années plus tard, avec deux Traités signés le 25 mars 1957 à Rome : le premier créant une Communauté économique européenne, le second une Communauté européenne de l'énergie atomique.

C'est l'intégration économique qui connut une vaste expansion de 1957 jusqu'à la signature du Traité de Nice en 2000. Le rôle des Communautés européennes et de l'Union s'est considérablement étendu à un grand marché commun où les hommes, les capitaux et les marchandises circulent librement. L'Union européenne s'est également dotée, et c'est là sa

---

[183] *Idem*.

[184] BLUMANN Claude, « Projet de constitution pour l'Europe : étude de qualification juridique », *Annuaire de droit européen*, volume 1, 2003, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 41.

[185] GUINCHARD Serge, GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 16e édition, 2007, p. 536, « Question posée par un membre d'une assemblée délibérante et tendant à faire décider qu'il n'y a pas lieu de délibérer sur le sujet inscrit à l'ordre du jour ».

plus grande réussite technique, d'une monnaie unique en 1999. Sur le plan institutionnel, l'Union comporte quatre grands organes : la Commission est une autorité supranationale héritière de la Haute autorité du traité CECA. Elle a trois missions principales : elle veille à la bonne application des Traités par les destinataires du droit communautaire (États et leurs démembrements, entreprises, individus), elle négocie les accords internationaux au nom du Conseil et enfin elle dispose d'un quasi-monopole[186] sur les propositions de « loi européenne ».

Le Conseil des ministres représente la volonté des États et fut longtemps seul détenteur du pouvoir législatif ; il partage sa compétence législative dans le premier pilier avec le Parlement mais conserve ses prérogatives dans les deuxième et troisième pilier. Le Parlement européen est élu au suffrage universel direct, il représente les peuples[187] de l'Union et exerce, dans le premier pilier, un pouvoir législatif presque en tout point égal à celui du Conseil. La dernière grande institution est la Cour de justice des Communautés. Elle est à la fois le juge suprême pour les affaires judicaires courantes et le juge constitutionnel. Elle a posé les deux principes capitaux de l'ordre juridique communautaire : la primauté[188] et l'effet direct[189]. Ces deux principaux traits de l'ordre juridique communautaires étaient absents des Traités. Ainsi, le droit communautaire primaire et dérivé est supérieur à toutes les normes internes, même constitutionnelles[190], qu'elles soient antérieures ou postérieures à la norme communautaire.

L'effet direct du droit communautaire fait échec au principe du droit international public qui veut que, pour produire des effets, une norme doit être transposée en droit national au moyen d'une ratification. Cela signifie que le doit communautaire primaire ainsi que les règlements sont d'applicabilité immédiate sans que l'État ait à les transposer dans son droit national. Ainsi, l'ensemble des sujets de droit peut se prévaloir d'une norme communautaire dans son droit interne. Cet effet direct contraint les États à mettre en œuvre le droit communautaire même s'il n'est pas conforme à leurs intérêts. Le Traité de la Communauté, dans son article

---

[186] Le Conseil européen, créé en 1974 sur une initiative du président français Giscard d'Estaing, rassemble les chefs d'États et de gouvernements. Il joue un rôle d'impulsion pour la mise en œuvre des politiques de l'Union.

[187] Il n'y a pas de peuple européen, donc l'Union européenne est constitué de *demoi*, de plusieurs peuples. Cette solution est identique à celle des États-Unis. L'expression « *we the people* » signifie « nous les peuples des États-Unis » et non « nous le peuple des États-Unis ». Voir sur ce point Elizabeth ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'États*, RCADI, tome 294, 2002, p. 84.

[188] CJCE Costa/Enel, 15 juillet 1964, affaire 6/64, recueil 1964, p.1194.

[189] CJCE Van Gend een Loos, 5 février 1963, affaire 26/62. Recueil 1963, p..3.

[190] CJCE Internationale Handelgesellschaft, 17 décembre 1970, affaire 11/70. Recueil 70, p.1125. Ce principe de supériorité du droit communautaire sur les normes nationales constitutionnelles ne fait pas l'unanimité parmi les juridictions nationales, notamment française, ni parmi la doctrine interniste ou encore les tenants d'un ordre juridique dualiste. Voir notamment CE, ass., Sarran et Levacher et autres, 30 octobre 1998, CE, ass., Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, 3 décembre 2001, CE, ass., 8 février 2007 Arcelor, CASS ass. Plén. Fraisse, 2 juin 2000, CC, 10 juin 2004, loi de confiance dans l'économie numérique, CC, 17 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe.

249, ne reconnaît pas d'effet direct aux directives mais la Cour a accordé sous certaines conditions, notamment de délai, un effet direct vertical[191] aux directives[192]. Cela signifie qu'une fois le délai de transposition d'une directive échu, tout administré peut se prévaloir de cette directive à l'encontre de l'État et de ses démembrements. Le dernier grand principe de l'ordre juridique communautaire est l'absence d'exception d'inexécution. Un État ne peut exciper de l'inapplication par un autre État d'une norme pour ne pas l'appliquer à son tour.

L'Union européenne est une Union d'États qui comprend vingt-sept États membres et qui va vraisemblablement s'élargir à certains États des Balkans dans les années à venir. Cet ensemble ne pouvait fonctionner efficacement avec les institutions conçues pour six États dans les années 1950. C'est pourquoi le Conseil européen de Laeken du 15 décembre 2001 a confié à une Convention[193] européenne le soin de rédiger un nouveau Traité pour fluidifier le fonctionnement des institutions. Le résultat fut un vaste traité de 434 articles, scindé en quatre parties : les institutions, la charte des droits fondamentaux issue du Traité de Nice, le marché commun et les dispositions générales finales. Les principales innovations institutionnelles de ce Traité, signé à Rome le 29 octobre 2004, furent :

- donner une personnalité juridique à l'Union et la fusionner avec les Communautés,
- mettre fin à la présidence semestrielle du Conseil européen de l'Union au profit d'une présidence stable de deux ans et demi,
- réduire le nombre de commissaires européens en représentant les États selon des critères géographique, économique, politique et démographique,
- simplifier le mode de calcul et la prise de décision à la majorité qualifiée au sein du Conseil,
- augmenter le nombre de domaines décidés à la majorité qualifiée. Ne restaient délibérés à l'unanimité que les questions les plus sensibles : défense, politique étrangère, fiscalité et affaires sociales,
- augmenter les domaines de compétences communautaires qui relèvent de la codécision,
- créer des conditions favorables au développement d'une politique étrangère commune à l'Union européenne en fusionnant les postes de haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune et de Commissaire européen aux affaires extérieures.

[191] Effet direct vertical (particulier/administration s'oppose à effet direct horizontal, entre particuliers. La Cour n'a reconnu qu'une seule fois un effet horizontal à une directive dans le cadre d'un contrat de travail : CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04 Mangold. Ce cas amorce une extension de l'effet direct des directives.

[192] Voir jurisprudence Van Duyn du 4 décembre 1974, affaire 41/74 pour la création d'un effet direct pour les directives et Marshall du 26 février 1986, affaire 152/84, recueil p. 733.

[193] Composée de représentants des vingt-sept États et présidée par Valéry Giscard d'Estaing.

Ce traité fut ratifié par dix-huit États mais, au cours du processus de ratification, la France a une nouvelle fois fait faux bond au processus d'approfondissement de l'Union. Fidèles à « l'esprit gaulois » et aux « divisions » évoqués par le général de Gaulle dans le discours de Bayeux[194], les Français ont rejeté ce traité par une majorité de 55 % des suffrages exprimés.

Deux ans après l'échec de la constitution qui en droit n'était qu'un Traité, les États ont signé un Traité à Lisbonne, nommé initialement « Traité simplifié ». Ce nouveau texte reprend pour l'essentiel les grandes réformes de la constitution comme la personnalité morale de l'Union et la présidence stable du Conseil. Seuls ont été supprimé les mots et expressions relevant du champ lexical de l'État fédéral. Ainsi l'expression « constitution » disparaît. La fonction de ministre des Affaires étrangères est remplacée par un « haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité » qui conserve les mêmes prérogatives. Les symboles de l'Union sont également supprimés : drapeau, hymne et devise ne devraient plus apparaître sur les documents officiels. Les expressions « lois » et « lois cadre européennes » sont effacées au profit des traditionnels règlements et directives sans que cela ne modifie la nature juridique de ces normes de droit dérivé.

L'Union européenne est devenue une structure aux compétences vastes dont les politiques couvrent jusqu'à 70 % de la législation nationale. Quelle est la nature de l'Union européenne? L'Union européenne est-elle davantage une union d'États de type fédérale ou confédérale ou constitue-t-elle une fédération ?

Section 2 Essai de classification de l'Union européenne

Depuis la création de la première Communauté européenne un âpre débat se poursuit au fil des révisions et des nouveaux Traités successifs sur la nature de l'Union européenne. Ce débat est d'autant plus difficile à mener que les Etats membres se gardent bien de poser dans les Traités un des éléments qualificatifs de l'Union ou tout élément de vocabulaire issu du droit constitutionnel classique. S'il est certains que les Etats européens ne souhaitent pas créer un Etat fédéral qui se substitue totalement aux Etats nations. L'Union européenne relève aujourd'hui comme l'affirme justement le Professeur Delmas Marty davantage du « monstre juridique[195] » dont l'autopsie nécessite d'analyser à la lumière de l'organisation internationale (section 1), de la fédération ou confédération (section 2) et de la fédération (section 3)

[194] Discours de Bayeux, 16 juin1946, « *Tant de secousses ont accumulé dans notre vie publique des poisons dont s'intoxique notre vieille propension gauloise aux divisions et aux querelles.* »

[195] DELMAS MARTY Mireille, *Les Forces imaginantes du droit, III : La refondation des pouvoirs.* Seuil, 2007, p.102

Sous-section 1 L'Union européenne[196], une organisation internationale ?

La première qualification qui vient à l'esprit lorsque l'on cherche à déterminer ce qu'est juridiquement l'Union est celle d'organisation internationale. Jean Salmon définit l'organisation internationale intergouvernementale comme une « *association d'États établie par voie conventionnelle, qui poursuit des objectifs communs au moyen d'organes permanents qui lui sont propres et possède une personnalité juridique distincte de celle des États membres*[197] ».

Quatre éléments ressortent de cette définition : l'organisation internationale est créée par un Traité, elle est exclusivement composée d'États, elle est dotée d'une personnalité juridique propre et elle possède des organes permanents.

La Communauté européenne peut donc être considérée comme une organisation internationale régionale car les États membres ont tous leur territoire sur le continent européen. Le critère géographique d'appartenance au continent européen ne fait pas partie officiellement des critères d'adhésion à l'Union. C'est tout de même sur le fondement de ce critère géographique que la demande d'adhésion du Maroc fut repoussée en 1987. Aujourd'hui, l'un des arguments des opposants à l'adhésion de la Turquie est que l'essentiel du territoire, l'Anatolie, est situé en Asie.

Pour adhérer à l'Union, un État européen doit se conformer aux critères politiques, économiques et juridiques posés lors du Conseil européen de Copenhague en 1993. L'article 6 du TUE dispose : « *les États membres doivent respecter les principes de liberté et de démocratie, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ainsi que l'État de droit* ». Sur le plan économique, les États doivent être en mesure de s'insérer dans une économie de marché où règne une concurrence forte. Le dernier élément et non des moindres est le respect de l'acquis communautaire, c'est-à-dire que les États candidats à l'adhésion doivent intégrer dans leur droit interne l'ensemble du droit communautaire primaire et dérivé. Sur ce point, les négociations d'adhésion ont lieu sur la base de trente chapitres de négociation qui couvrent l'ensemble des domaines concernés par le droit et les politiques communautaires.

L'Union pourrait ainsi être qualifiée d'organisation internationale régionale. Cependant, certains éléments de droit font que cette analyse n'a pu être exacte qu'entre 1951 et 1964. Dans les jurisprudences Van Gend een Loos de 1963 et Costa contre Enel de 1964, la Cour de justice des Communautés a estimé que « *les Traités communautaires ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus*

[196] Ici, l'expression « Union européenne » est à entendre au sens large tel que prévu dans le Traité de Lisbonne. Par Union européenne, nous entendons Union et Communautés.

[197] SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international*, *op. cit.*, p. 792.

étendus, leur droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants. » La Cour ajoute que ce nouvel ordre juridique est international. Les règles de cet ordre juridique diffèrent tant du droit international classique que ce dernier ne peut s'appliquer à l'Union.

L'autre élément qui nous fait affirmer que les classifications habituelles du droit international ne sont pas adaptées à la situation de l'Union est la citoyenneté européenne : aucune autre organisation internationale n'a la prétention d'octroyer une citoyenneté qui s'additionne à celle de ses États membres. Le système juridictionnel diffère également d'un système international. La juridiction de la Cour est obligatoire et n'est pas subordonnée à l'acceptation des parties ou du défendeur. La règle de l'épuisement de recours interne n'existe pas non plus en droit communautaire puisque le justiciable peut, par le biais des questions préjudicielles ou du recours en annulation contre un acte communautaire qui le concerne « *directement et individuellement*[198] », avoir accès à la Cour de justice des Communautés. De la même manière, les arrêts de la Cour et du TPI ont force exécutoire. L'État récalcitrant à appliquer un arrêt peut être condamné et sanctionné[199] pour manquement au paiement d'une amende et d'une astreinte[200]. Ces astreintes d'un montant proportionnel à la capacité contributive de l'État, à la durée et à la gravité de l'infraction sont un moyen de persuasion très efficace pour inviter l'État en infraction au respect de ses obligations. Cette interprétation ne fait pas l'unanimité puisque Alain Pellet estime que « *la Communauté présente les traits caractéristiques d'une organisation internationale*[201] » mais confesse tout de même qu'elle « *constitue une manifestation très avancée du droit des organisations internationales*[202] », tout en maintenant l'attention sur le fait qu'elle reste soumise au principe de spécialité.

L'ordre juridique[203] de l'Union européenne est opposé à l'ordre juridique international en ce qu'il pose l'effet direct comme principe, qu'il proscrit l'exception d'inexécution, impose une obligation de loyauté et crée une citoyenneté. Ainsi, l'Union ne peut être valablement considérée comme une simple organisation internationale. Elle pourrait être qualifiée d'organisation *sui generis* ou de catégorie à part entière mais une telle qualification serait

---

[198] Article 230 alinéa 4 du Traité de la Communauté interprété strictement par la CJCE dans l'arrêt UPA du 25 juillet 2002, affaire C-50/00, recueil, p. 6677.

[199] Sanctions économiques ou politiques, voir PINGEL Isabelle (dir.), *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, 159 p.

[200] Le Traité prévoit le paiement d'une amende ou d'une astreinte mais la Cour a autorisé le cumul des sanctions, CJCE, 12 juillet 2005, Commission contre France, affaire C 304-02, recueil I, p. 6263. La France fut condamnée à payer une amende de 20 millions d'euros et une astreinte de 57,7 millions d'euros par semestre.

[201] PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Collected courses of the Academy of European Law, Florence, 1997, vol V, p. 231.

[202] *Idem*, p. 233.

[203] Voir l'étude de Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *in* « Droit international et droit communautaire : perspectives nouvelles », colloque SFDI, 2000, p. 208.

beaucoup moins pertinente qu'une classification de l'Union par rapport aux notions classiques de fédération et de confédération.

Sous-section 2 L'Union européenne, fédération ou confédération ?

Les différents Traités qui ont successivement façonné l'Union européenne n'ont jamais évoqué la nature de ce qui était constitué. Ainsi, aucun des Traités ne détermine si l'Union est une fédération ou une confédération. Cette situation est la conséquence de l'absence de consensus interétatique sur ce que doit être l'Union. Les différents traités, fidèles à l'intégration fonctionnaliste, ont simplement confié de nouvelles compétences à l'Union et aux Communautés tout en se gardant bien de fixer un objectif à atteindre.

§ 1 Les critères de distinction

La fédération et la confédération se distinguent selon plusieurs critères. Il y a tout d'abord une série de critères classiques élaborée par la doctrine allemande au XIX^e^ siècle et introduite en France par Carré de Malberg (A). Nous présenterons également deux critères clefs : le droit de retrait (B) et la compétence de la compétence (C).

A Les critères classiques

Pour définir ce qu'est une confédération, Carré de Malberg se réfère à la dénomination allemande qui distingue le *Staatenbund* du *Bundesstaat*. Il y a deux raisons à cette utilisation : la première, historique, puisque, sous l'impulsion du futur chancelier impérial Otto von Bismarck, les États allemands se sont unis en 1867 dans la Confédération d'Allemagne du Nord[204], qui a donné lieu à maintes études de la doctrine germanique, avant de se muer en II^e^ Reich le 18 janvier 1871 dans la galerie des Glaces du château de Versailles. La seconde est linguistique : la langue allemande est très instructive dans ses formulations et permet immédiatement de cerner ce qui distingue la confédération de la fédération. En Allemand, le mot *Bund* signifie « alliance », le mot *Staat* se traduit par l'« État ». Le mot composé *Staatenbund* se traduit littéralement par « alliance d'États », soit confédération, tandis que le mot *Bundestaat* représente un « État créé par une alliance », un État fédéral.

Carré de Malberg identifie quatre caractéristiques de la confédération. Au sein de la confédération, les relations entres États sont d'essence purement contractuelle : elles prennent leurs sources dans un Traité et sont régies par des rapports de droit international.

[204] Norddeutscher Bund.

Sur le plan institutionnel, la confédération est administrée par une diète qui n'est « *qu'une réunion des États qui y comparaissent en la personne de leurs délégués, c'est-à-dire une conférence internationale*[205] ».

Le troisième élément caractéristique de la confédération est que celle-ci n'a « *point de puissance étatique propre*[206] ». La confédération ne peut ainsi rien imposer à ses États membres ni à leurs ressortissants. De plus, l'ordre juridique de la confédération n'est pas doté d'un effet direct : c'est à chaque État d'intégrer la norme adoptée au sein de la confédération dans son droit national.

La dernière différence qualifiée d'essentielle par Carré de Malberg concerne l'autonomie des États. Dans le cadre d'une confédération, les États ne sont pas soumis à une entité juridique supérieure. La confédération ne dispose pas de la faculté de modifier seule le contenu de ses compétences ; pour cela, il faut obtenir la révision de son Traité constitutif par les États à l'unanimité.

Jean Gicquel propose un critère supplémentaire : celui du droit de retrait. Selon lui, un État membre d'une confédération « *peut donc s'en retirer alors que cette possibilité est refusée à l'unité fédérée (preuve la guerre de Sécession aux États-Unis)*[207] ».

B Le critère du droit de retrait

Le droit de retrait est l'un des plus sûr critères pour distinguer la simple confédération de l'État fédéral. Nous analyserons tout d'abord ce critère à la lumière de son interprétation effectuée par les Cours suprêmes anglo-saxonnes (1). Ensuite, nous déterminerons si un État peut quitter librement l'Union européenne (2).

1 Le droit de retrait dans la jurisprudence anglo-saxonne

La référence à la guerre de Sécession du professeur Gicquel renvoie certainement à la jurisprudence Texas v. White de 1868. Dans cette affaire, la Cour suprême américaine refuse à la République du Texas le droit de faire cession au motif que « *lorsque le Texas est devenu un des États-Unis d'Amérique, il est entré dans une union qui ne peut être dissoute. L'acte qui conclut l'admission d'un État dans l'Union était plus qu'un pacte, c'était l'incorporation d'un nouveau membre dans un corps politique. L'union entre le Texas et les autres États a été conclue comme entière, perpétuelle et insoluble comme l'union entre les États fondateurs des*

[205] CARRE DE MALBERG Raymond, contribution à la théorie générale de l'État, § 34, p. 93, Paris, Dalloz, 2004, première édition 1921.
[206] *Idem*, p. 94.
[207] GICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 19e édition, Paris, Montchrestien, Domat, 2003, p. 70.

États-Unis[208]*. Il n'y a pas lieu de reconsidérer ou révoquer ce texte sauf en cas de révolution ou d'accords entre États*[209]*.* »

Cette jurisprudence est importante pour le critère du droit de retrait mais il ne faut pas négliger le contexte dans lequel les juges ont analysé la constitution américaine.

Suite à l'élection d'Abraham Lincoln à la présidence de l'union le 8 novembre 1860, de nombreux États membres des États-Unis ont décidé de quitter la fédération créée par la constitution du 17 septembre 1787[210]. Entre janvier et mars 1861, sept États font sécession[211] et adhèrent à une confédération le 11 mars 1861. Pour légitimer sa sécession, le Texas a consulté sa population par referendum. Les citoyens texans approuvent la décision de leur gouvernement par 34 794 voix contre 11 235. La jurisprudence Texas v. White intervient sept années après la sécession unilatérale du Texas et surtout après la guerre civile, déclenchée par la vague de retrait des États, et perdue par les États confédérés. La jurisprudence Texas vs. White est un arrêt rendu par la Cour suprême des vainqueurs de la guerre, arrêt dans lequel les considérations politiques liées à la guerre civile ne furent pas étrangères à la solution retenue par la Cour. Elle considéra la déclaration de sécession de la République du Texas comme nulle car l'État du Texas a continué d'être un État membre des États-Unis et que les citoyens texans ont continué d'être des citoyens des États-Unis. Ainsi, leurs obligations vis-à-vis de la constitution demeuraient intactes.

La Cour suprême des États-Unis a estimé que la constitution fut conclue à titre perpétuel et qu'un État ne peut quitter unilatéralement la fédération. Pour ce faire, il faut un accord unanime des États membres.

Cet arrêt est considéré comme fondateur dans le droit constitutionnel. Cependant, les circonstances politiques laissent supposer que le droit ne fut pas le seul fondement de la solution de la Cour ce qui nous amène à relativiser la portée de ce cas d'espèce.

Cent trente années plus tard, la Cour suprême canadienne a eu à se prononcer sur un cas similaire à la différence que les circonstances étaient bien plus sereines puisque l'avis portait sur une hypothétique sécession de la province de Québec. Le Canada est un État fédéral

---

[208] L'expression « États fondateurs » fait référence aux treize colonies britanniques qui ont déclaré leur indépendance le 4 juillet 1776.

[209] United States Supreme court, State of Texas v. White, 74 US 700 (1868), « *Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration, or revocation, except through revolution, or through consent of the States.* »

[210] La République du Texas a adhéré à la fédération en 1845.

[211] Au cours de l'année 1861, ce sont pas moins de douze États qui ont quitté les États-Unis : Caroline du Sud, Mississippi, Floride, Alabama, Louisiane, Géorgie, Texas, Arkansas, Caroline du Sud, Virginie et Tennessee. Trois de ces retraits de la fédération ont eu lieu suite à un referendum : Texas, Tennessee et Virginie.

composé de dix provinces. Suite au référendum du 30 octobre 1995 dans lequel les Québécois ont choisi à 50,48 % de rester membres du Canada, le gouverneur a posé deux questions à la Cour pour déterminer préventivement les droits de la province de Québec :

« *1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ?*

« 2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada ? »

La première étape du raisonnement de la Cour est de définir ce qu'est une sécession dans le droit d'un État fédéral. Au point 83, la Cour estime : « *La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d'un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d'une entité territoriale de la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu'un acte politique.* »

La Cour suprême canadienne rejette de la même manière que la Cour suprême américaine la possibilité d'une sécession unilatérale. Elle estime qu'un retrait unilatéral basé sur un referendum n'est pas conforme à la constitution car cette dernière n'accorde pas de valeur juridique aux consultations populaires. La cour analyse le résultat d'un referendum comme conférant une légitimité à l'ouverture des négociations avec le gouvernement fédéral et les autres provinces.

La constitution canadienne ne prévoit pas la sortie de l'un de ses États membres. La Cour interprète ce silence en estimant qu'une sécession constitue une obligation de modification constitutionnelle. Cela signifie qu'elle doit avoir pour préalable une modification de la constitution en suivant le processus constitutionnel canadien.

Ainsi, si l'État de Québec venait à décider de quitter la fédération, il devrait en faire la demande au gouvernement central et aux autres États puis entamer des négociations pour modifier la constitution fédérale.

Le principe d'ouverture des négociations est interprété au point 97 comme une obligation de nature constitutionnelle[212], elle n'a pas pour conséquence l'obligation de parvenir à un accord autorisant la sécession. Les négociations seraient basées sur les principes de fédéralisme,

[212] Extrait du point 97 : « *En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.* »

primauté du droit, respect du droit des personnes et des minorités. L'aboutissement des discussions à une sécession de Québec est hypothétique et dépend d'un accord sur de vastes problématiques comme la délimitation du territoire, le partage de la dette nationale, l'accord sur la citoyenneté et la pérennité économique des deux États et la monnaie.

D'un point de vue interne à la constitution canadienne, « *il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes.* »

La Cour suprême donne ici un avis détaillé sur un cas qui pourrait se poser un jour si les citoyens canadiens du Québec demandaient à quitter la fédération. Elle envisage également le cas où la sécession unilatérale serait mise en application de manière effective, c'est-à-dire par la prise de contrôle du territoire et la reconnaissance internationale par d'autres États d'un nouvel État de Québec. La cour ne pousse pas l'exercice de fiction jusqu'à imaginer quels seraient les États à reconnaître l'État nouveau de Québec. Elle se refuse à donner un avis sur des actions illégales mais estime au point 155 que « *le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.* »

La Cour ne sort pas, à raison, de son rôle de juge du droit. Le scenario envisagé de la rupture unilatérale qui serait rendu effectif par une maîtrise d'un territoire est un cas de guerre civile tel qu'il a pu exister aux États-Unis ou dans les Balkans.

Sur le plan du droit international, la Cour estime à juste titre qu'il n'existe pas de droit à la sécession unilatérale d'une partie d'un État souverain. Elle reconnaît également qu'aucune disposition ne l'interdit. La Cour envisage le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle estime que ce droit est reconnu par de nombreux Traités et accords et d'innombrables résolutions[213] de l'Assemblée générale des Nations unies. Cependant, ce droit ne concerne que les anciennes colonies, les peuples opprimés ou victimes d'une occupation étrangère ou d'un régime raciste. Jean Salmon estime que ce droit ne s'applique pas aux parties du peuple qui se révoltent contre leur propre gouvernement pour prendre le pouvoir ou pour se séparer du reste de la population sur un territoire distinct. Il estime également que « ce droit ne

[213] Au point 117 de l'arrêt, la Cour estime que « *le nombre même de résolutions concernant le droit à l'autodétermination rend leur énumération impossible.* »

s'applique pas aux territoires d'États qui ont déjà accédé à l'indépendance par rapport à un État colonisateur au profit de colons sécessionnistes (Australie, États-Unis d'Amérique et Canada)[214] »

La Cour suprême canadienne a la même lecture des conventions internationales et estime au point 154 qu'« *un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.* »

L'interprétation du droit de retrait d'un État membre d'une fédération est sans équivoque : l'État ne peut se retirer seul. Il doit impérativement, sous peine de guerre civile, obtenir le consentement des autres États selon les modalités de vote propre à la fédération.

2 Le droit de retrait dans l'Union européenne

Si l'on applique ce critère du droit de retrait à l'Union européenne, nous sommes amenés à nous demander si un État membre peut quitter l'Union de manière unilatérale. Les Traités de l'Union et de la Communauté, tels que consolidés dans le Traité de Nice, sont conclus à titre perpétuel[215] et ne contiennent aucune disposition au sujet d'un droit de retrait unilatéral.

Ce droit de retrait semble également compromis par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés qui estime de manière constante depuis la jurisprudence Costa contre Enel de 1964[216] 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 contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté.* »

De la même manière, l'insertion à l'article premier du Traité de l'Union du principe d'une Union « *sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Union* » semble compromettre la possibilité pour un État de se retirer du processus de construction européenne.

---

[214] SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 829.

[215] Article 312 du TCE : « *Le présent Traité est conclu pour une durée illimitée.* », sauf le traité CECA, conclu pour 50 ans.

[216] CJCE, Costa contre Enel, 15 juillet 1964 aff 6/64, recueil 1964 p.1141

Ce droit de retrait des États de l'Union européenne doit être analysé sous deux angles particuliers : celui du droit international des Traités et donc de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 et celui de la pratique institutionnelle des États de l'Union depuis la formation des Communautés.

En droit international public, la Convention de Vienne sur le droit des Traités dispose dans son article 56 intitulé « *Dénonciation ou retrait dans le cas d'un traité ne contenant pas de dispositions relatives à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait* » que :

« *1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins :*

a) qu'il ne soit établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou

b) que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du Traité. »

Ainsi, l'État membre de l'Union désirant dénoncer les Traités doit établir qu'il existe dans l'intention des parties la possibilité d'un droit de retrait. Sur ce point, M. Vahlas[217] cite un débat parlementaire français du 19 juillet 1957 entre un membre de la chambre haute, Michel Debré et le secrétaire aux Affaires étrangères, Maurice Faure. Michel Debré interroge le secrétaire d'État en ces termes : « *Quelle sera la situation de la France, si ce n'est d'avoir signé un Traité avec un partenaire* [la RFA] *qui peut s'en évader alors qu'elle même ne peut pas le faire ?* » La réponse du secrétaire d'État est très claire : « *Si, elle peut le faire.* »

M. Vahlas estime que cet échange, s'il est informatif, n'en est pas pour autant très probant car il est « *trop ancien pour faire autorité dans l'Union actuelle*[218] » et fait référence à une réunification de l'Allemagne. Le caractère trop ancien ne nous paraît pas recevable. Bien au contraire, cet échange entre le secrétaire d'État aux Affaires étrangères qui avait signé quatre mois auparavant le Traité indique bien la pensée du gouvernement français sur la faculté de se retirer des trois Communautés. Ce débat porte en effet sur une éventuelle réunification de l'Allemagne et sur la possibilité d'un nouvel État allemand de quitter les Communautés. Ce changement de situation brusque correspond davantage à l'application de la clause *rebus sic standibus*[219] qu'au droit de retrait.

---

[217] VAHLAS Alexis, « L'appartenance à l'Union Européenne » *in Le Traité établissant une constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, ss dir. Vlad Constantinesco, Yves Gautier et Valérie Michel, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, p. 267-268.

[218] *Idem*, p. 268.

[219] Clause de retrait d'un Traité lorsque les circonstances qui ont fait adhérer un État à un traité sont brutalement modifiées. Cette clause est définie à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités : article 62 ; « *Changement fondamental de circonstances*

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un Traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif

Le droit international n'est pas d'une grande utilité pour déterminer si un État peut quitter unilatéralement un Traité conclu pour une durée illimitée. Dans la pratique, la souveraineté semble tout de même l'emporter. Le Traité sur les missiles antibalistiques signé à Moscou le 26 mai 1972 entre l'URSS et les États-Unis et entré en vigueur en octobre 1972 avait pour but d'empêcher la constitution de systèmes globaux de missiles antimissiles qui protégeraient l'ensemble du territoire des deux Grands contre une attaque de l'autre. Ce Traité était selon son article XV conclu pour une durée illimitée :

« *1. Le présent Traité est de durée illimitée.*

2. Chaque partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura le droit de se retirer du présent Traité si elle décide que des événements extraordinaires en rapport avec l'objet du présent Traité ont compromis ses intérêts suprêmes. Il notifie sa décision à l'autre partie six mois avant le retrait du Traité. La dite notification devra contenir un exposé des événements extraordinaires de la partie notifiant considère comme ayant compromis ses intérêts suprêmes[220]. »

L'alinéa 2 est une référence à la clause *rebus sic standibus*. C'est cette clause qui a été appliquée par le président Bush le 13 décembre 2001. Les États-Unis ont donc estimé que les attentats de septembre 2001 constituaient un changement radical dans leur besoin de se protéger. Ainsi, ils n'appliquent plus ce Traité depuis le 13 juin 2002.

Pour déterminer si un État peut quitter unilatéralement l'Union européenne, il faut s'attarder sur la pratique depuis la constitution des Communautés. Certes aucun État n'a encore quitté l'Union mais deux ont menacé de le faire.

Le Royaume-Uni fut le premier État, en 1975, à exprimer l'éventualité d'un retrait des Communautés et ce, trois ans après son adhésion en 1972. Le parti travailliste avait fait

---

pour mettre fin au Traité ou pour s'en retirer, à moins que :
a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que
b) ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du Traité.
2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un Traité ou pour s'en retirer :
a) s'il s'agit d'un Traité établissant une frontière, ou
b) si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du Traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie du Traité.
3. Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un Traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du Traité. »

[220] Texte originel : « *1. This Treaty shall be of unlimited duration. 2. Each Party shall, in exercising its national sovereignty, have the right to withdraw from this Treaty if it decides that extraordinary events related to the subject matter of this Treaty have jeopardized its supreme interests. It shall give notice of its decision to the other Party six months prior to withdrawal from the Treaty. Such notice shall include a statement of the extraordinary events the notifying Party regards as having jeopardized its supreme interests.* »

campagne aux élections législatives sur le retrait des Communautés et avait remporté une majorité des suffrages. Il fut alors contraint d'organiser une consultation populaire pour déterminer si les citoyens britanniques souhaitaient se maintenir dans les Communautés. Comme le montre M. Vahlas, le referendum n'a pas de valeur en droit britannique[221]. Cependant, il exprime la « conviction[222] » du gouvernement qui pensait valablement pouvoir se retirer de l'Union.

La seconde velléité de retrait de l'Union fut danoise. À la suite du refus des citoyens danois de ratifier le Traité de Maastricht, le gouvernement danois a évoqué huit scenarii parmi lesquels la sortie des Communautés européennes au profit de l'Espace économique européen. À ce moment, tout comme en 1975, aucun autre État de l'Union n'a protesté contre cette éventuelle décision et évoqué une impossibilité de quitter les Communautés.

La Cour constitutionnelle allemande, dans son avis du 12 octobre 1993 relatif au Traité de Maastricht, a également considéré que l'Allemagne pouvait quitter l'Union. Elle estime au point 112 que « *l'Allemagne est l'un des "maîtres du Traité" qui ont proclamé leur engagement vis-à-vis du Traité d'Union conclu "à durée illimitée" avec la volonté d'une adhésion à long terme mais qui pourraient en définitive également révoquer cette appartenance par un acte contraire.*[…] *L'Allemagne préserve sa qualité d'État souverain par son propre droit et le statut de l'égalité souveraine avec d'autres États au sens de l'article 2 n° 1 de la Charte des Nations unies*[223]. »

La Cour suprême allemande confirme ici l'existence du droit de retrait mais va également à l'encontre de la Cour de justice des Communauté européennes qui estime que les transferts de souveraineté sont définitifs.

La reconnaissance du droit de retrait par les États a été intégrée dans le Traité établissant une constitution pour l'Europe à l'article I-60 et reprise dans le Traité de Lisbonne à l'article 50 TUE qui amende l'article 35 du Traité de l'Union européenne. Ce projet d'article dispose, dans son premier alinéa, que « *tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union*[224]. »

Le second alinéa organise la procédure de négociation et de vote de l'accord de retrait. « *L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la*

---

[221] VAHLAS Alexis, *op. cit.*, p. 269. C'est l'acte du Parlement qui détermine la portée du referendum.

[222] VAHLAS Alexis, *op. cit.*, p. 269.

[223] Traduction effectuée par la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, p. 290. Texte originel : « *Deutschland ist einer der "Herren der Verträge", die ihre Gebundenheit an den "auf unbegrenzte Zeit" geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten. Deutschland wahrt damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status der souveränen Gleichheit mit anderen Staaten i.S. des Art. 2 Nr. 1 der Satzung der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945.* »

[224] Pour un commentaire de cet article, voir Jean-Victor LOUIS, « Le droit de retrait de l'Union européenne », *Cahier de droit européen*, 2006, volume 2, p. 293 à 314.

lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 188 N, paragraphe 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. »

Ce souhait d'introduire la pratique des États dans le Traité a rassuré les courants souverainistes sur la possibilité de sortir de l'Union. Il n'en reste pas moins que la procédure n'est pas sans difficulté. En effet, la majorité qualifiée, dans l'article 238 § 3 b TFUE, est renforcée, ce qui signifie qu'elle doit rassembler 72 % des États représentant 65 % de la population. Une telle majorité n'est pas aisée à obtenir. En outre, l'article 50.2 TUE dispose que le Parlement européen donne préalablement son approbation au retrait, si les parlementaires estiment l'appartenance d'un État membre comme essentielle à la vie de l'Union, il n'est pas certain qu'ils donnent leur assentiment au retrait.

La solution préconisée dans le Traité de Lisbonne paraît ainsi se rapprocher de celle de la Cour suprême canadienne. Le retrait unilatéral n'est pas possible, il faut négocier avec les autres États membres et obtenir l'accord du Parlement. On peut espérer que les négociations aient lieu de bonne foi et prévoient le maintien de l'État dans l'espace économique européen et éventuellement de l'espace Schengen. Cependant, si les négociations doivent être ouvertes, il est difficile de prévoir si un accord en découlera automatiquement. Un État enclavé dans l'Union comme l'Autriche le Luxembourg ou la Slovaquie pourrait-il rétablir des barrages douaniers et freiner ainsi la circulation des marchandises qui est l'un des principes cardinaux de la Communauté européenne ? Les solidarités économiques souhaitées par les pères fondateurs sont telles que ce type de sécession totale paraît aujourd'hui irréaliste.

Le droit de retrait, tel qu'il est interprété dans la pratique des Traités actuels semble rapprocher l'Union du modèle confédéral. Cependant, la procédure lourde de négociations prévue dans le Traité de Lisbonne se rapproche davantage du modèle fédéral. Un avis de la CJCE serait nécessaire, en cas d'échec ou de négociations de retrait difficiles, pour déterminer les modalités d'application du futur article 50 TUE. Ce critère, s'il distingue la fédération de la confédération, n'est pas très déterminant pour clarifier la nature de l'Union et da la Communauté européenne. Un autre critère paraît s'imposer : le critère de la compétence de la compétence.

C Le critère de la compétence de la compétence

Ce critère est jugé déterminant dans la distinction entre la fédération et la confédération. C'est le professeur Böhlau[225] qui fut le premier à mettre en exergue ce moyen de distinction lorsqu'il commenta le Traité constitutif de la Confédération d'Allemagne du Nord. Lorsque la structure internationale possède la compétence de sa compétence, c'est-à-dire lorsqu'elle détermine seule ce qui est de son ressort, elle constitue un État fédéral. À l'inverse, une confédération n'exerce que les compétences qui lui sont attribuées par les États.

La compétence de la compétence est la définition germanique de la souveraineté. Pour les auteurs allemands comme Jellinek, le souverain n'est pas celui qui exerce la compétence, c'est celui qui décide de l'organe chargé de l'exercer.

Ainsi, pour déterminer si l'Union européenne est une fédération ou une confédération, il ne faut pas s'attacher aux contenus de ses compétences, aussi vastes soient-elles. Il faut déterminer si les États les lui ont transférées volontairement, s'ils peuvent les recouvrer et si l'Union peut s'attribuer seule de nouvelles compétences. Il est indiscutable que les États ont décidé, par leurs Traités successifs ratifiés à l'unanimité, des différents domaines couverts par l'action de l'Union et de la Communauté. Cependant, ces transferts de compétences sont-ils définitifs ? Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, les transferts de compétences sont irréversibles. Néanmoins, au vu de la pratique du droit de retrait, il est tout à fait concevable que l'État qui sortirait de l'Union et des Communautés retrouverait la plénitude de ses compétences économiques et monétaires.

Dans son avis sur l'adhésion de la Communauté à la CEDH, la Cour de justice estime « *qu'il résulte de l'article 3 B du traité, aux termes duquel la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le Traité, qu'elle ne dispose que de compétences d'attribution.* [226]»

Le respect de ce principe des compétences d'attribution, survivance du *"principe de spécialité des organisations internationales"*[227] , est issu de l'alinéa premier de l'article 5 du TCE qui dispose que « *l'Union agit dans les compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité* ».

L'Union a des compétences exclusives dans quelques rares domaines comme la politique commerciale commune, la protection des ressources halieutiques et la monnaie[228]. La plupart des autres compétences sont partagées et sont appliquées en fonction des principes de

[225] BÖHLAU Albin, « Kompetenz-Kompetenz », Leipzig, 1869.
[226] CJCE, avis du 28 mars 1996, avis 2/94, recueil I, p. 1759. point 3.
[227] CONSTANTINESCO Vlad, « Commentaire de l'article 3B », *Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article*, Paris, Économica, p. 108.
[228] Le Traité de Lisbonne ajoute dans l'article 3 TFUE l'union douanière et les règles de concurrence nécessaires au marché commun.

subsidiarité et de proportionnalité. Ces deux derniers principes furent introduits dans le Traité de Maastricht[229]. Leur interprétation est double et antagoniste. Dans les États fédéraux, les compétences sont réparties entre les États fédérés et l'État fédéral en fonction de ce principe qui veut que l'action est entreprise au niveau où elle est le plus efficace. La subsidiarité serait donc un pas de plus vers le fédéralisme de l'Union européenne comme semble l'attester la version du Traité de Maastricht soumise à la CIG en 1991 qui disposait que « *le présent Traité marque une nouvelle étape dans le processus graduel menant à une Union à vocation fédérale*[230]. » Cette référence au fédéralisme fut ôtée du projet à la demande de John Major mais la subsidiarité est restée l'instrument de la répartition des compétences. Les tenants de la souveraineté des États estiment, quant à eux, que ce principe est protecteur des compétences nationales. Ils basent leur interprétation sur le fait que les États conservent la compétence de principe tant que l'Union n'a pas démontré qu'une action, à son niveau, est bénéfique. L'application de ce principe a donné lieu à un protocole additionnel au Traité d'Amsterdam et à un accord interinstitutionnel entre la Commission, le Parlement et le Conseil[231]. Ces deux textes insistent sur le rôle de la Commission dans la prévision d'une justification du recours à la subsidiarité. Le protocole, quant à lui, concerne davantage les États.

Le Traité établissant une constitution pour l'Europe et le Traité de Lisbonne accentuent le contrôle du respect de la subsidiarité en permettant aux parlements nationaux d'être informés des propositions législatives de la Commission. Les parlements nationaux ont alors un délai de six semaines pour transmettre un avis motivé détaillant pourquoi le texte ne leur paraît pas respecter la subsidiarité.

La Communauté a quelques compétences d'attribution et de nombreuses compétences partagées mais l'article 308 du Traité lui permet d'élargir ses compétences sous certaines conditions. Selon cet article, « *si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'actions requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.* » Cet article constitue une possibilité au Conseil d'étendre les compétences de la Communauté mais la Cour de justice l'a interprété très restrictivement dans son avis de 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la CEDH : « *Faisant partie*

---

[229] « *Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure om les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisé de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des objectifs de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire*. »

[230] BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e édition, Paris, Litec, 2007, p. 351.

[231] Accord adopté le 25 octobre 1993, « Accord interinstitutionnel sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité », JO C 329 du 6 décembre 1993.

intégrante d'un ordre institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution, cette disposition ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du Traité, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté. Elle ne saurait en tout cas servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification du Traité échappant à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet.[232] »

L'Union a tout de même mis en place deux programmes communautaires sans en avoir réellement la compétence. Il s'agit des deux programmes spatiaux Galileo et GMES, qui sont officiellement des programmes de recherche[233].

La Cour constitutionnelle allemande, dans son avis sur le Traité de Maastricht, estime également au point 90 que « *le Traité n'a pas créé une compétence de la compétence au profit de l'Union*[234]. »

L'Union européenne n'est plus une organisation internationale ; au vu des différents critères, elle ne correspond pas avec clarté à la distinction classique entre l'État fédéral et la confédération. Selon les critères que l'on estimera les plus pertinents, chaque analyse peut produire une classification recevable dans l'une ou l'autre des catégories. En effet, de nombreux éléments rapprochent l'Union de la fédération comme son ordre juridique, sa monnaie, son drapeau, son hymne, sa devise[235] et les vastes domaines dans lesquels elle légifère avec un Parlement élu au suffrage universel par les citoyens de l'Union.

Si l'Union européenne sort du cadre international et le conseil constitutionnel nous apparaît accepter cette idée dans ses décisions des 10 juin, 29 juillet et 16 novembre 2004. Dans le visa de ses décisions, le conseil constitutionnel mentionne toujours « *vu la constitution, notamment le titre XV* ». Ce titre intitulé « Des Communautés et de l'Union européenne » fut introduit par une révision constitutionnelle préalable à la ratification du Traité de Maastricht en 1992. La référence à ce titre plutôt qu'à l'article 55 de la constitution française montre bien que le conseil constitutionnel ne considère pas le droit communautaire comme faisant partie du droit international public classique. Le Conseil estime, dans la décision du 19 novembre 2004, que « *l'article 88-1 de la Constitution : "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des Traités qui*

---

[232] CJCE, avis du 28 mars 1996, adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2/94, point n° 4. Recueil 1994 I p.1759.

[233] Les États ont introduit une compétence spatiale dans le Traité établissant une constitution pour l'Europe. Cette même disposition est reprise dans le Traité de Lisbonne.

[234] « *Keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet.* »

[235] Le drapeau, l'hymne et la devise de l'Union ont été supprimés dans le Traité de Lisbonne. Cependant, nous sommes sceptique quant à l'application de cette décision dans les faits.

les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences" ; que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international.[236] »

Ainsi, l'Union européenne et sa nature ne relèvent plus du droit international ; cela a pour conséquence qu'elle ne peut pas être une confédération qui tire sa source dans des rapports de droit international.

L'Union n'est pas une confédération mais il n'en est pas moins qu'elle ne constitue pas non plus un État fédéral. Il lui manque de nombreux attributs des États fédéraux : une constitution au sens formel, une politique étrangère et de défense, un peuple et, autre carence et non des moindres, la volonté des États membres lui fait également défaut. Il faut, pour qualifier l'Union, dépasser la controverse classique de la fédération et de la confédération. C'est cette position qu'adopte la Cour constitutionnelle allemande dans son avis sur le Traité de Maastricht : la Cour estime que l'Union n'est ni une confédération (*Staatenbund*) ni un État fédéral (*Bundesstaat*), mais un *Staatenverbund*, une association d'États. Cette expression est étonnante en ce qu'elle semble ne considérer l'Union qu'à travers le prisme du droit international. L'analyse de la Cour considère l'Allemagne comme maître des traités et estime que, si le Traité n'est pas appliqué conformément à sa lettre, l'Allemagne serait obligée de refuser d'obéir à cet acte. Cette interprétation de la possibilité de refuser d'appliquer un acte communautaire semble s'inspirer des théories développées au XIX^e^ siècle par le sénateur de la Caroline du Sud John Calhoun. Il joua un rôle important dans la détermination de la nature des États-Unis entre la signature de la constitution et la guerre de Sécession. Il fut l'instigateur de la théorie de la nullification, théorie selon laquelle « *chacune des parties au pacte a le droit d'invoquer sa propre autorité afin de vérifier si les termes du pacte sont respectés ou non*[237]. » Chaque État pourrait ainsi opposer un droit de veto et refuser de se voir appliquer telle ou telle décision de l'État central en excipant du fait qu'il appartient au pouvoir constituant à qui le pouvoir central doit ses prérogatives.

Le Conseil constitutionnel français applique également ce raisonnement pour la transposition des directives. Dans une série de décisions[238] rendues en juin et juillet 2004, le Conseil estime que la transposition des directives est un principe à valeur constitutionnelle. Cependant, le Conseil décide également que si la loi de transposition de la directive est contraire à une

---

[236] Conseil constitutionnel français, 19 novembre 2004-505 DC, Traité établissant une constitution pour l'Europe. http://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2004/2004505/2004505dc.htm.

[237] DÍEZ-PICAZO Luis María, « Un nouveau constitutionnalisme », *in* Renaud DEHOUSSE, *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences po, 2002 p. 45.

[238] CC, 10 juin 2004, 2004/96 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, CC 1^er^ juillet 2004, 2004/97 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, CC, 29 juillet 2004, 2004/498 DC, Loi relative à la bioéthique.

« disposition expresse » de la constitution, la loi de transposition sera invalidée[239]. Le Conseil constitutionnel a précisé sa vision du contrôle de constitutionnalité d'une directive dans sa décision du 27 juillet 2006 : « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti.*[240] » Selon MM. Dubouis et Blumann, « *il semblerait que le conseil limite son contrôle de constitutionnalité au respect des dispositions spécifiques qui ne trouvent pas d'équivalent dans l'ordre juridique communautaire.*[241] » Cette décision du Conseil constitutionnel est d'un point de vue du droit communautaire contraire à l'article 10 du TCE et à la primauté telle qu'elle est interprétée par la Cour. Cette jurisprudence ne nous paraît pas applicable dans les faits et ce pour deux raisons : la première est que si le Conseil refuse de valider une loi de transposition d'une directive, la Commission européenne ou un État pourrait mettre en œuvre une procédure de recours en manquement et faire condamner l'État français à des dommages et intérêts du fait de la violation du droit par le juge constitutionnel. La deuxième raison est l'effet direct des directives non transposées. La Cour de justice impose aux juges nationaux de substituer le droit communautaire à la norme nationale contraire et accorde un effet direct vertical aux directives non transposées une fois le délai de transposition échu. Un justiciable pourrait demander au juge ordinaire de bénéficier de la directive jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel. Le juge du fond serait alors tiraillé entre son obligation de respecter les décisions de la Cour constitutionnelle française et celle liée à l'ordre juridique communautaire.

Dès les prémisses de la construction européenne, la classification de la CECA par le prisme de l'État fédéral et de la confédération semblait imparfaite. Paul Reuter estimait pour qualifier la CECA que « *le vocabulaire fédéral ou confédéral est inadéquat à recouvrir une association aussi étroite dans son objet, mais aussi profonde dans ses effets ; ce vocabulaire est d'ailleurs chargé d'oppositions et de conflits, il n'y a pas à regretter que la Communauté ait pris naissance sous un pavillon plus neutre et plus neuf.*[242] » Ce n'est qu'à la fin du vingtième siècle que deux concepts permirent de qualifier au plus près l'Union européenne.

---

[239] Ces décisions furent très abondamment commentées. Voir notamment KOVAR Jean-Philippe, « Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 », RTDE, 2004, n° 3, p.580 ; GEORGOPOULOS Théodore, « Le Conseil constitutionnel face à la directive communautaire : trois destinataires pour un message ambivalent », Les petites affiches, 15 novembre 2005, p. 3.

[240] CC, 27 juillet 2006, 2006/540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

[241] DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éditions, Paris, Litec, 2007, n° 942, p. 612.

[242] REUTER Paul, *La Communauté européenne charbon-acier*, Paris, LGDJ, 1953, p.140.

§ 2 Un concept politique : la fédération d'États-Nations

L'idée de qualifier l'Union européenne de fédération d'États-Nations fut émise par Jacques Delors à la fin de son mandat à la présidence de la Commission. L'expression « fédération d'États-Nations » suscite, dans une première lecture, le sentiment qu'elle ne peut être abordée en dehors de l'oxymore. Les termes « fédération » et « États-Nations » sont opposés puisque l'État-Nation est pleinement souverain et ne saurait voir sa souveraineté limitée tandis que, dans l'État fédéral, les États ont définitivement aliéné leur souveraineté au profit de l'État fédéral. L'expression « fédération d'États-Nations » signifierait que la souveraineté est sécable et serait exercée en commun par la fédération d'États-Nations et les États, ce qui va à l'encontre du principe d'indivisibilité de la souveraineté. Cependant, comme le remarque Vlad Constantinesco, « *cette contradiction serait relativisée et recevrait une certaine cohérence si on considérait dans la lignée de Georges Scelle, la souveraineté*[243] *comme un faisceau de compétences et comme un titre juridique permettant d'en organiser l'exercice en commun par des institutions communes établies par les États*[244]. »

C'est en quelque sorte dans ce sens que Jacques Delors donne sa vision de la fédération d'États-Nations. Il a souhaité associer, dans cette expression, les notions de subsidiarité et de fédération[245]. Pour lui, cette structure est issue d'un Traité qui répartit efficacement les compétences entre la fédération d'États-Nations et les nations. Ces dernières ne conserveraient des compétences exclusives que dans « *l'ensemble des questions qui sont liées à la cohésion d'une Nation et d'une société : l'emploi, le social, la santé, l'éducation et la culture* ».

Pour Jean-Paul Jacqué, la fédération d'États-Nations « *définit donc un type d'organisation politique dans lequel la souveraineté est divisée entre le niveau fédéral et les États membres. Le terme d'États nations doit être entendu non pas comme désignant nécessairement des États dans lesquels le pouvoir constituant est détenu par le peuple*[246]. » Cette formule serait selon Jacqué « *une étape transitoire vers un État fédéral*[247] ».

Cette formule de Delors est juridiquement contestable mais, politiquement, elle présente un double intérêt. Le premier est d'assurer la survie des États européens souverains. Les États sont aujourd'hui vidés de leur substance tant par les échelons administratifs inférieurs que par l'Union. Les collectivités territoriales ou les États fédérés ont tendance à se voir conférer des

---

[243] Pour une approche objectiviste de la souveraineté, voir Charles CHAUMONT, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État » *in Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 114-151.

[244] CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale ou fédération d'États-Nations ? », *in Une constitution pour l'Europe* » ss dir. de Renaud DEHOUSSE, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 133-134.

[245] DELORS Jacques, « Ma vision d'une fédération d'États-Nations », *Le Monde des débats*, juillet-août 2000, p.6.

[246] JACQUÉ Jean-Paul, « Back to Philadelphia », *Revue du marché commun*, n° 463, décembre 2002, p. 665.

[247] *Idem*.

compétences dans de vastes domaines. L'exemple de la France est assez explicite : les trois catégories de collectivités territoriales gèrent les infrastructures de l'enseignement primaire et secondaire et parfois universitaire, l'aménagement du territoire, l'action économique et sociale et une grande partie de la voirie. À l'échelon supérieur, l'Union européenne exerce les compétences en matière commerciale, agricole, douanière, migratoire et monétaire, et ses normes de droit dérivé représentent bon nombre des lois et règlements français. L'État reste souverain dans les domaines régaliens de la défense[248], de la politique étrangère, de la sécurité civile et de la fiscalité nationale, à l'exception du taux de TVA. Même l'édiction de la norme pénale symbole de la souveraineté étatique est en partie contestée par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés[249] et la Commission européenne[250]. L'État conserve encore ses prérogatives dans la politique culturelle, l'enseignement supérieur et dans l'édiction des normes sociales. Ces compétences pourraient, sur le mode fédératif, être redistribuées sur le plan européen entre l'Union et les régions.

L'autre apport de la notion de fédération d'États-Nations est la capacité de l'idée de faire l'objet d'un consensus entre les chefs d'États et de gouvernement s'ils souhaitaient, dans les Traités à venir, donner une qualification et un objectif à la construction européenne.

Le concept de fédération d'États-Nations, s'il est politiquement intéressant, n'a pas de consistance juridique. L'Union doit être envisagée sous l'angle de la fédération dans le sens où celle-ci se distingue de l'État fédéral.

Section 3 L'Union européenne, une fédération.

En droit constitutionnel, la fédération et l'État fédéral sont fréquemment étudiés comme s'ils étaient une seule et même entité. Ce n'est pas exact.

Carré de Malberg est sans équivoque à ce sujet : « *une fédération entre États peut se réaliser sous deux formes : la confédération d'États et l'État fédéral*.[251] » Ainsi, comme le montre Olivier Beaud, « *la doctrine constitutionnelle dresse une typologie des fédéralismes, et elle néglige la notion même de fédération*[252]. »

Pour Beaud, la définition de la fédération doit premièrement s'écarter d'une distinction entre fédération et confédération qui est faussée par des auteurs classiques lorsqu'ils utilisent la

[248] Mais soumis aux standards OTAN.

[249] CJCE, 13 septembre 2005, Commission contre Conseil, affaire C 176/03, recueil I, p. 7879 ; CJCE, 23 octobre 2007, Commission contre Conseil, affaire C 440/05 recueil 2007 I p.9097.

[250] Communication de la Commission au Parlement et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt du 13 septembre 2005, 23 novembre 2005, COM 2005 583 final.

[251] CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie de l'État*, § 34, p. 92, Paris, Dalloz, La bibliothèque Dalloz, 2003, édition originale publiée en 1920.

[252] BEAUD Olivier, *Fédéralisme et souveraineté*, RDP, 1998, p. 91.

souveraineté pour amplifier ou atténuer la liberté d'action de la structure fédérale ou des États qui la composent. D'autre part, la définition de la fédération doit « *se démarquer de la tendance à assimiler fédéralisme et démocratie libérale*[253] ». Le plus important dans l'étude de la fédération dans la pensée d'Olivier Beaud est que la fédération constitue une personne morale de droit public au même titre que l'État. Cela signifie que les éléments constitutifs de l'État ne sont pas transposables à la fédération. Il en va ainsi particulièrement de la souveraineté. Pour Olivier Beaud, « *souveraineté et fédération sont des termes "antinomiques" et l'étude des rapports entre ces deux notions conduit à une double impasse, ou même à une double absurdité, quelle que soit la manière d'envisager le problème*[254]. » La souveraineté est depuis Jean Bodin indivisible. Cela signifie que l'État ne peut ni la partager, ni la transférer à une structure internationale. De la même manière, du point de vue de la fédération, l'idée de souveraineté est inadaptée pour qualifier les faits. Pour Beaud, « *la fédération se caractérise par la coexistence de deux pouvoirs sur le même territoire*[255]**.** » Ainsi, l'idée que la souveraineté ne peut être divisée n'a pas de sens. Pour équilibrer l'équation de la définition de la fédération et pour déterminer ses caractéristiques ainsi que ses différentes formes, la souveraineté constitue un élément intrusif qu'il convient d'écarter. Cette position sur la souveraineté ne fait pas l'unanimité parmi les théoriciens de la fédération. Pour Elisabeth Zoller, une « *fédération d'États ne peut pas être autrement conceptualisée que sur le fondement d'une souveraineté partagée.* […] *La souveraineté est une fiction nécessaire pour repousser le spectre de la consolidation d'États et de peuples en une seule souveraineté que réalisa l'État fédéral*[256]**.** » L'expression « fiction nécessaire » nous apparaît antinomique : les États et les citoyens ne peuvent organiser leurs rapports sur le fondement d'une fiction. Pour éviter la création d'un État, il faut simplement que les États expriment leur volonté dans le pacte fédératif. Dans le cas américain sur lequel se base le professeur Zoller, les États fondateurs des États-Unis n'avaient pas pour but de créer un État fédéral. C'est l'interprétation du « Traité pacte » (compact), transformé en loi fondamentale par la Cour suprême, qui a détourné la volonté du pouvoir constituant (des États) en lui substituant un autre pourvoir constituant : le peuple américain.

---

[253] *Idem*, p.104.
[254] BEAUD Olivier, *Fédéralisme et souveraineté*, RDP, 1998, p. 86.
[255] BEAUD Olivier, *Fédéralisme et souveraineté*, RDP, 1998, p. 88. Cette affirmation doit être séparée du condominium.
[256] ZOLLER Elisabeth, *Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'États*, RCADI, 2002, t, 294, p. 113.

§ 1 Carl Schmitt ou la vision européenne de la fédération

Carl Schmitt[257]est le principal auteur de la théorie de la fédération auquel il consacre deux chapitres de sa *Théorie de la constitution* rédigée en 1928. Il définit la fédération comme « *une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation de la politique de tous les membres de la fédération ; elle modifie le statut politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun*[258]. »
Cette notion dans la théorie Schmitt a quatre conséquences essentielles.

A Le pacte fédératif : un acte du pouvoir constituant

L'élément le plus important, selon nous, est que le Traité à l'origine de la fédération est un pacte fédératif. Le pacte fédératif est le pendant, pour la fédération, de la constitution d'un État. Une constitution n'est pas, contrairement à la fédération, issue d'un pacte, d'un contrat. Le pacte fédératif est, selon Schmitt, « *un Traité d'un genre spécial, c'est-à-dire un pacte constitutionnel. Sa conclusion est un acte du pouvoir constituant. Son contenu est en même temps le contenu de la constitution fédérative et une composante de la constitution de chaque État membre*[259]. »
« *Le pacte fédératif* […] *n'est pas une convention relevant entièrement du droit international*[260]. ». C'est un contrat entre pouvoirs constituants de plusieurs États. Pour Olivier Beaud, « *la constitution fédérative vise à constituer cette communauté politique, dénommée fédération, qui est différente de l'État*[261]. » Ce pacte est formellement un Traité mais qui incorpore les États librement partie à une entité politique nouvelle, ce qui modifie l'ordre constitutionnel interne des États membres.

B La fédération : une entité pacificatrice

Les conflits entre États membres de la fédération ne peuvent être réglés par le recours à la force. C'est selon Schmitt ce qui diffère entre le traité d'alliance et le pacte fédératif : « *le pacte fédératif ne fixe pas par traité l'exercice du* jus belli *pour un cas précis, mais contient la renonciation durable à l'autodéfense au sein de la fédération*[262]. ». Les conflits entre États membres doivent donc être réglés par une instance juridictionnelle. Si cette règle venait à être

[257] Carl Schmitt fut le principal juriste du régime nazi. Après la Seconde Guerre mondiale, ses fonctions de professeur de droit furent suspendues. Il s'agit ici d'étudier une partie des écrits du professeur de droit, rédigés en 1928, sans pour autant adhérer à ses conceptions politiques.
[258] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Puf, Léviathan, 1993, p. 512.
[259] *Idem*, p. 514.
[260] *Idem*, p. 205.
[261] BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel » *in* « Le referendum européen », actes de colloque international de Strasbourg, ss dir. Andreas AUER et Jean François FLAUSS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 163.
[262] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Puf, Léviathan, 1993, p.516.

transgressée, la fédération serait dissoute. Le cas d'un droit de déclaration de guerre entre un État membre d'une fédération et un État tiers à celle-ci n'est pas résolu.

La fédération préserve les États membres en ce qu'elle assure le maintien de leur intégrité territoriale. L'État membre ne peut ni être supprimé, ni se voir amputer de tout ou partie de son territoire contre sa volonté.

Pour Schmitt, le *jus belli* est un élément fondateur de la fédération. Ainsi, elle peut mener une guerre vers l'extérieur. « *Toute fédération peut mener une guerre en tant que telle et détient un* jus belli*. Il n'y a donc pas de fédération sans possibilité d'une guerre fédérative* (Bundeskrieg)[263]. » Ce critère, s'il était pertinent dans les années 1920, nous apparaît aujourd'hui obsolète depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le procès de Nuremberg et la signature de la charte de San Francisco ont interdit le recours à la force. Toute action coercitive doit légalement être décidée par le mécanisme de la sécurité collective. Pour déterminer, par la suite, si l'Union est une fédération au sens de Schmitt, nous ne tiendrons pas compte de ce critère anachronique.

C L'immixtion de la fédération dans les affaires des États membres

Pour Schmitt, la fédération est une entité politique. « *Elle doit détenir un droit de tutelle* (aufsichtrecht)*, pouvoir décider des moyens de maintenir, défendre et garantir la fédération, et pouvoir intervenir si nécessaire*[264]*.* » C'est l'une des antinomies politiques de la fédération soulignées par Schmitt. L'État adhère à la fédération pour avoir une garantie de son indépendance politique. Ce faisant, il perd une partie de cette liberté d'action, son « *droit d'autodétermination* ». La fédération a un pouvoir de décision et procède à l'exécution fédérale de sa volonté. Son existence est le résultat d'un équilibre entre le respect de l'autonomie des États membres et celui de sa propre volonté politique. Une fédération omniprésente deviendrait un État unitaire ; des États qui contesteraient de manière systématique les décisions de la fédération redeviendraient des États au sens classique.

C'est notamment sur la résolution de ce genre de conflits entre États membres et fédération que Beaud se sépare de Schmitt. Le professeur allemand estime qu'un antagonisme de cette nature ne peut être résolu que par une décision. Selon lui, « *un tribunal qui trancherait un conflit politique par son pouvoir discrétionnaire sans disposer de normes fixes, générales et définies à l'avance n'est qu'un tribunal en apparence. Une telle instance est* […] *toujours une partie*[265]. »

[263] *Idem*, p.517.
[264] *Idem*, p.517.
[265] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Puf, Léviathan, 1993, p. 518.

Beaud estime quant à lui qu'il y a contradiction entre la fédération et l'approche décisionniste de Schmitt. Le fait d'adhérer à une fédération, « *c'est renoncer à la guerre intrafédérative, mais c'est aussi, pour les États membres, accepter l'idée de l'arbitrage juridictionnel.* […] *Il méconnaît alors ce lien consubstantiel entre l'institution arbitrale et le régime fédératif*[266]. »

D L'homogénéité des États, condition de la pérennité de la fédération

L'homogénéité des membres permet à la fédération de surpasser ses antinomies. Schmitt entend par homogénéité, « *une similitude substantielle qui fonde un accord concret, découlant de leur être, entre les désirs des États membres et garantit qu'il ne se produit pas de conflits extrêmes au sein de la fédération.* […] *Il peut exister une homogénéité nationale, religieuse, liée à la civilisation, sociale, de classe ou de toute autre nature*[267]. » Le professeur allemand ne cache pas sa préférence pour une double homogénéité d'une part issue d'une « *similitude nationale de la fédération* », et d'autre part résultat d'un consensus sur la « *similitude du principe politique* » (monarchie, aristocratie, démocratie). Cette préférence pour l'homogénéité nationale est issue de l'histoire allemande[268] et de l'idée du pangermanisme[269]. Il refuse la possibilité d'une fédération qui reposerait sur la démocratie. Schmitt estime qu'une fédération démocratique est condamnée à se muer en État unitaire. Il affirme que la démocratisation postérieure à la Première Guerre mondiale a transformé les États membres du Reich (*Staaten*) en Länder (territoires) de la République de Weimar. Ainsi, dans sa pensée, « *la démocratisation et surtout la logique démocratique de l'idée d'un peuple uni et indivisible au sein d'une fédération homogène comme Nation conduisent nécessairement à l'État unitaire*[270]. » Ces fédérations démocratiques deviennent des États fédéraux constitués d'un seul peuple. « *Dans l'État fédéral sans fondement fédératif, il n'y a qu'un seul peuple. Le caractère d'État des anciens États membres est donc supprimé*[271]. »

Cet antagonisme entre démocratie et fédération est critiquable sous plusieurs angles. Si l'on adopte un raisonnement schmittien, fédération et démocratie sont incompatibles si et seulement si la condition préalable d'une « *similitude nationale* » est remplie. Si des États issus d'ethnies différentes choisissaient de créer une fédération avec, par exemple, pour premier élément d'homogénéité la religion, le choix politique de la démocratie n'aurait pas pour conséquence la dérive inéluctable vers un État fédéral.

---

[266] BEAUD Olivier, *Fédéralisme et souveraineté*, RDP, 1998, p. 115.
[267] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p.522.
[268] La constitution des confédérations allemandes, puis du Reich au XIX^e^ siècle.
[269] Doctrine politique germanique du XIX^e^ et début du XX^e^ siècle visant à regrouper au sein d'un même État ou ici d'une même fédération l'ensemble des territoires sur lesquels se situe la Nation allemande.
[270] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 537.
[271] SCHMITT Carl, *op. cit.*, p. 538.

Le deuxième élément qui tend au rejet de la démocratie chez Schmitt est certainement une critique du parlementarisme, élément traditionnel de la doctrine d'extrême droite et du fonctionnement de la République de Weimar.

Le rejet de la démocratie comme régime ne tient pas. Il est le fruit d'un choix politique délibéré de Schmitt et ne constitue pas le résultat d'un raisonnement juridique neutre, sauf à démontrer que la fédération constituée d'États ayant des peuples d'une même ethnie est un cas très particulier qui transforme la fédération en régime transitoire vers l'État fédéral. L'élément qui perturbe la théorie de la fédération schmittienne est cet attachement à l'homogénéité issue d'une similitude nationale.

Cette théorie allemande de la fédération reprise et développée par Olivier Beaud est séduisante à plusieurs titres. Tout d'abord, la proposition de Carl Schmitt permet de s'émanciper de la distinction entre la fédération et la confédération, débat doctrinal aux résultats stériles. Le second apport de cette théorie est la création d'une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public distinctes des États et des organisations internationales : la fédération. C'est à cette conception qu'il faut confronter l'Union européenne.

§ 2 L'Union, une fédération au sens de Schmitt ?

Il est utile de rappeler la définition que donne Schmitt de la fédération : « *une fédération est une union durable reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération ; elle modifie le statut politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun.* »

L'Union est une union durable en ce qu'elle a été créée par les États membres pour une durée illimitée. Sa création en 1992 par le Traité de Maastricht, consolidé par les Traités d'Amsterdam, Nice et Lisbonne, doit son fonctionnement non pas à un ordre juridique international mais à l'ordre juridique interne des États. C'est cette position qu'adopte le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une constitution pour l'Europe. « *Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences" ; que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international*[272]. »

[272] Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, point n° 11, recueil, p. 173, JORF 24 novembre 2004, p. 19885.

L'affirmation du Conseil « *le constituant a ainsi consacré* » porte à croire que l'acte constitutif de l'Union qualifié de Traité s'avère être en réalité, comme l'avait affirmé Olivier Beaud en 1993, un acte du pouvoir constituant. L'inapplicabilité du droit international pour qualifier l'Union ne fait plus aucun doute dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel puisque ce dernier ne lui applique plus l'article 55[273]. Ainsi, un raisonnement des rapports entre Union européenne et État membre basé exclusivement sur une approche normativiste de hiérarchie des normes entre ordre interne et ordre international[274] est obsolète. Le Traité de Maastricht, tel qu'il existe aujourd'hui, est donc un pacte fédératif au sens de Schmitt, c'est-à-dire un acte qui modifie le « *statut* », la nature juridique, des États.

La condition de conservation politique de tous les États membres semble également remplie puisque le but premier de la construction européenne est d'empêcher la survenance d'un conflit armé en Europe grâce à une interdépendance et à une mutualisation des économies nationales dans un marché commun.

Olivier Beaud estimait en 1993 que l'Union était une fédération au sens de Schmitt : « si l'Union européenne n'est ni une "*organisation internationale*" au sens du droit international courant, ni un État fédéral, on peut demander ce qu'elle est positivement. […] L'Union européenne est une « *fédération » au sens utilisé par Carl Schmitt, d'une union durable de plusieurs États dans une nouvelle entité qui ne supprime pas pour autant ces États. Son acte fondateur, le traité de Maastricht, est un acte constituant plurilatéral dont l'objet est d'organiser des transferts de souveraineté ce que Georges Vedel appelle justement un « échange » de souverainetés - entre plusieurs États* »[275].

Quatre années plus tard, Beaud confronte à nouveau la fédération schmittienne à l'Union européenne et estime qu'elle ne constitue pas une fédération. Pour lui, l'Union est économique et non politique, ce qui lui interdirait la qualification de fédération.

Schmitt a en effet écrit qu'« *il peut se faire que des associations économiques ou autres soient importantes, mais ce n'est qu'à partir du moment où elles concernent l'existence politique de l'État qu'elle sont décisives. L'exemple des Unions monétaires montre que des associations économiques ne suffisent pas à créer une communauté d'existence politique.* […] *Si une association économique (par exemple une union douanière) avait comme conséquence une communauté politique, c'est justement le politique qui deviendrait le facteur décisif, et à la*

---

[273] « *Les Traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou Traité, de son application par l'autre partie.* »

[274] Pour une étude de ces rapports, voir KELSEN Hans, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI, 1926-IV, t. 14, p. 229 à 331.

[275] BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *Revue française de droit administratif*, 1993, novembre-décembre 1993, p. 1067.

place de relations particulières régies par un Traité, on verrait s'installer une association plus large portant sur l'existence de l'État[276]. »

Olivier Beaud estime que l'Union et la Communauté européenne ne sont pas des organes politiques et restent cantonnées au fonctionnement du marché commun. Par conséquent, l'Union serait, selon lui, une structure « *buratico-économique*[277] » ou, au mieux, une « *fédération économique*[278] ». Il écrit : « *les Communautés même si elles exercent des fonctions juridiques proches de celles d'un État (législative, administrative et juridictionnelle) et des fonctions économiques, elles n'assurent pas cette fonction politique, de haute politique, qui est au cœur de tout ordre politique, de l'État et de la fédération.*[279] » Il précise qu'il faut à l'Union une « *véritable politique extérieure et de sûreté intérieure*[280] » pour pouvoir être valablement qualifiée de fédération politique.

Le Traité établissant une constitution pour l'Europe n'a pas fait évoluer la position du professeur Beaud. Bien au contraire, la possibilité de retrait négocié est un facteur supplémentaire qui indique que l'Union n'est qu'« *une organisation et pas une institution au sens d'Hauriou.* […] *On la vit comme un contrat à exécuter loyalement, scrupuleusement pour le bénéfice mutuel de ses signataires. Il n'y a pas de sentiment de dette qui aille au-delà de l'obligation légale, ou de solidarité entre les membres qui dépasse le strict cadre du contrat.* […] *Ce pacte entre États n'est pas existentiel, pour parler comme Carl Schmitt, un pacte à la vie à la mort*[281]. »

Cette référence au pacte existentialiste est issue de la pensée de Schmitt pour lequel les États fondent une fédération pour assurer leur autoconservation. Cette interprétation du rôle politique de la fédération nous apparaît trop stricte. Sur le plan politique, il ne fait pas de doute que certains États membres de l'Union tels les États Baltes ont adhéré à l'Union en partie par crainte de leurs voisins russes. Cependant, l'autoconservation de Schmitt n'est plus aujourd'hui d'actualité. Les frontières des États de l'Europe occidentale ne fluctuent plus, comme au XIX^e^ siècle, en fonction des batailles et des Traités entre États. Les guerres entre États se font uniquement sur le plan économique. C'est avant tout dans ce dernier domaine que se situent les sanctions entre États. Olivier Beaud évoque la relation « à la vie à la mort »

---

[276] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Puf, Léviathan, 1993, p.511.
[277] BEAUD Olivier, *Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, *op. cit.*, p. 179.
[278] BEAUD Olivier, *op. cit.*, *Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, p. 179.
[279] BEAUD Olivier, *op. cit.*, *Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, p. 177.
[280] BEAUD Olivier, *op. cit.*, *Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, p.179.
[281] BEAUD Olivier, « Le projet de constitution sous l'angle du droit constitutionnel », *Annuaire de droit européen*, volume I, 2003, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 110.

qui serait absente de l'Union. Le Traité de Lisbonne intègre une innovation importante issue du Traité établissant une constitution pour l'Europe : une clause de solidarité en cas d'agression d'un des États membres. L'article 42 §7 du TUE modifie l'actuel article 17 du traité de l'Union et ajoute l'alinéa suivant : « *au cas où un État membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres États membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations Unies. Cela n'affecte pas le caractère spécifique de la politique de sécurité et de défense de certains États membres.* » L'agression armée est ici à entendre comme un acte coercitif d'origine étatique et non comme un acte de terrorisme puisque la solidarité entre les États de l'Union en cas de terrorisme fait l'objet de l'article 222 du TFUE.

Cette clause concerne bien un cas de « haute politique », l'exercice en commun du droit de légitime défense des États de l'Union en cas d'agression de l'un de ses membres. D'autres éléments sur le plan des missions de défense correspondent à l'accomplissement de véritables projets politiques[282]. La dépression commencée en 2008 a également permis de démontrer qu'il existe une solidarité européenne au-delà des Traités. Malgré l'interdiction de solidarité financière entre les États membres de la zone euro, le ministre allemand des Finances Peter Steinbrück a déclaré le 16 février 2009 que l'Allemagne garantirait la solvabilité de tout État de la zone euro qui aurait des difficultés à emprunter sur les marchés financiers[283]. Ce geste de solidarité au-delà des Traités en situation exceptionnelle démontre que les États de l'Union dépassent le traditionnel *pacta sunt servanda*.

La fédération, dans la pensée de Carl Schmitt, repose certes sur un lien politique fort, mais il repose aussi sur l'équilibre entre la fédération et les États. L'idée de Beaud de poser comme critère la politique étrangère et de sécurité intérieure nous apparaît trop marquée par la vision de l'État unitaire des juristes européens. La fédération, au sens de Schmitt, n'a pas vocation à exercer à coup sûr ces politiques. Il écrit que « *l'essence de la fédération réside dans le dualisme de l'existence politique, dans une combinaison d'associations fédératives* (bundesmässiges Zusammensein) *et d'unité politique d'un côté, et de persistance d'une pluralité* (Mehrheit)*, d'un pluralisme d'unité politique distinctes de l'autre côté*[284].»

Il appartient aux États de déterminer dans le pacte fédératif cet équilibre entre prérogatives de la fédération et prérogatives des États. Le contenu de cette coexistence politique entre États et fédération peut fluctuer d'une fédération à l'autre en fonction des particularités de chacune. Il

[282] Voir partie II titre II chapitre II, p. 302

[283] Spiegel 20 février 2009, Christian Reiermann, « A test for europe common concurency : Support for Wobbly Euro Economies », "The euro-region treaties don't foresee any help for insolvent countries, but in reality the other states would have to rescue those running into difficulty," Steinbrück said.

[284] SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, Paris, Puf, Léviathan, 1993, p. 518.

est également amené à varier en fonction des besoins des États au sein d'une même fédération. C'est pourquoi le traité de l'Union ou « pacte fédératif » de l'Union européenne contient des clauses passerelles qui permettent aux États à l'unanimité de faire passer une compétence à la majorité qualifiée, sans avoir besoin de réviser les Traités. La qualification de l'Union européenne de fédération au sens de Schmitt nous apparaît comme étant la solution la plus proche de la réalité.

Conclusion du chapitre 2

La détermination de la nature juridique de l'Union européenne est une entreprise hasardeuse dont l'issue dépend de l'interprétation subjective de chaque analyste. Les multiples éléments et critères d'interprétation nécessitent de procéder à de nombreux arbitrages sur l'éventuelle nature politique de certaines compétences ou actions de l'Union. L'élément le plus perturbant dans la qualification de l'Union est le recours fréquent de certains États à l'*opting out* sur certains domaines importants. Dans les Traités, les États ont intégré des clauses de sauvegarde, des dérogations, ou ils ont tout simplement souhaité ne pas participer à certains domaines essentiels de la construction communautaire. Ce sont l'espace Schengen, qui ne comprend que vingt-quatre États sur vingt-sept membres[285] de l'Union, et l'adoption de la monnaie unique, qui suscitent des réticences de la part de certains États[286]. D'autres États peuvent également recourir à des coopérations renforcées pour constituer une « avant-garde » ou des «groupes pionniers » de l'intégration. Cette tendance vers une « géométrie variable » ou une « Union à la carte » semble s'opposer au principe d'unité de l'Union européenne. La suppression de la devise de l'Union « Unis dans la diversité » par le Traité de Lisbonne met davantage à mal le principe d'unité. Christine Guillard estime qu'intégration différenciée et unité ne sont pas totalement antagonistes. Le juge communautaire n'assimile pas unité à uniformité et, par conséquent, une « dose de flexibilité[287] » est concevable dans l'intégration communautaire.

Il nous apparaît que l'Union européenne constitue une fédération au sens où la notion de fédération se distingue de l'État fédéral. L'ordre juridique, le Parlement élu par les citoyens et doté de réelle prérogatives législatives et budgétaires ainsi que l'accroissement des responsabilités politiques de l'Union nous ont conduit à exclure les autres formes d'organisations interétatiques.

[285] Bulgarie, Roumanie Royaume Uni et Irlande ne sont pas membres de l'Espace Schengen.
[286] L'adoption de la monnaie unique n'est que la conséquence d'un choix politique, les États doivent également remplir des conditions économiques en termes de dette publique et d'inflation. Seize États membres sur vingt-sept ont adopté l'euro.
[287] GUILLARD Christine, « L'intégration différenciée dans l'Union européenne», thèse, université Paris II, ss dir. Pr Blumann, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 104-105.

Conclusion du titre 1

Le droit international ne dispose pas de concept juridique permettant aux États ou aux organisations internationales de gérer certaines activités dans l'intérêt général international. Les notions de droit positif comme le patrimoine commun de l'humanité ont été jugées trop contraignantes dans des domaines primordiaux pour les États comme le contrôle des ressources naturelles. La notion de bien public mondial ne s'avère pas plus satisfaisante. Elle tente de faire la synthèse en concept économique et activité publique éthique mais son emploi ne s'avère pour l'instant que dans le but de convaincre de la pertinence d'une action sans que le label de bien public mondial n'apporte quelque avantage à l'activité elle-même.

La notion de service public international nous apparaît bénéficier de l'obsolescence des autres concepts de droit international Cette notion conçue initialement pour se substituer à la souveraineté des États est appropriée à la gestion d'activité dans l'intérêt des États. L'Union européenne développe bon nombre d'activités propres. Sa structure et son mode d'organisation fédéral sont propices au développement ou à l'organisation de services publics internationaux. Ainsi, l'Union pourrait se prévaloir de cette notion pour assurer ou fixer un cahier des charges spécifique aux organismes chargés de gérer certains programmes communautaires. L'Union européenne, de par son ordre juridique, ne peut pas conserver intacte la notion de service public international, elle doit donc l'enrichir.

Titre 2 L'apport de l'Union européenne à la théorie du service public international

L'identification de l'apport de l'Union européenne à la théorie du service international nécessite d'analyser les interactions de l'Union européenne avec les services publics nationaux.

La volonté des rédacteurs du Traité de créer un marché commun dans lequel circulent librement les biens, les services, les personnes et les capitaux conduit à une nécessaire unité des règles internes aux États membres de l'Union. La citoyenneté européenne instituée par le Traité sur l'Union européenne et l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne renforce la place des services d'intérêt général dans les politiques de l'Union européenne. D'une situation permettant de déroger au droit commun de la concurrence, les SIG deviennent le fondement des politiques de l'Union. Elle a donc, dans une première étape, harmonisé le fonctionnent interne des services publics (chapitre 1) et dans une seconde étape, elle tend à constituer des régulateurs supranationaux (chapitre 2).

Chapitre 1 Une harmonisation du fonctionnement interne des services publics économiques

« *L'Union européenne a fait le choix de l'économie sociale de marché*[288]. » Ce modèle de société, commun à l'ensemble des États membres, est fondé sur les principes de cohésion et de solidarité. Les États européens sont sortis du champ d'action traditionnel des États et ont développé des activités économiques nécessitants de lourds travaux d'investissements pour construire des réseaux de télécommunications, de transports ferroviaires ou des réseaux énergétiques. La création de l'Union européenne et du marché commun fondé sur des principes du libéralisme économique impose de concilier l'attachement des États et des citoyens européens aux activités d'intérêt général avec les principes de la libre concurrence. Sur le plan juridique, l'Union a introduit la notion de service public dans les Traités de manière négative dans la politique des transports (article 73 du TCE). Le Traité mentionne également à l'article 86 § 2 des services d'intérêt économique général et dans le droit de la concurrence. L'idée générale est que le marché commun est guidé par les principes des quatre libertés : la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes. Le droit communautaire primaire ajoute au fonctionnement de ce marché des règles strictes de concurrence visant à interdire les abus de position dominante, les ententes, et à réglementer l'utilisation des aides d'État[289]. La Commission européenne, gardienne des Traités, utilise ses pouvoirs d'enquête pour veiller au bon respect de ces règles générales du marché commun. Dans ce marché, les services publics ont été considérés comme des situations permettant de déroger aux règles communautaires. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de justice et le Traité d'Amsterdam ont amené la Commission européenne à développer une doctrine pour mieux appréhender ce qui relève des services d'intérêt économique général (SIEG) (section1). Elle a ainsi conceptualisé l'idée de service d'intérêt général, de service universel et de service social d'intérêt général. Sa démarche est pragmatique et orientée vers la protection des citoyens de l'Union. La protection sociale y est référencée comme « modèle de société ». L'Union oriente son approche des différents services d'intérêt général vers la satisfaction des besoins de ses citoyens. Tel est son apport à la notion de service public international (section 2).

---

[288] Communication de la Commission du 3 novembre 2005 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, « Les valeurs européennes à l'ère de la mondialisation », COM(2005) 525 final/2, p. 5.

[289] Voir Jean-Yves CHÉROT, « Financement des obligations de service public et aides d'État », Europe, mai 2000, chronique, p. 5.

Section 1 Une doctrine communautaire des services publics

Les services publics et les SIEG sont présents dans le droit primaire qui leur confère au fil des révisions des Traités une importance croissante (§ 1). La Commission européenne a développé une doctrine en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour dans laquelle elle harmonise les services publics des États (§ 2).

§ 1 La place des services publics et des SIEG dans le droit communautaire primaire positif

La notion de service public est très ténue en droit communautaire. Ce concept essentiellement français dans lequel les activités d'intérêt général et le secteur public qui les porte tendent à se confondre est ressenti comme trop imprécis ou trop complexe. Les États et par la suite la Commission ont préféré se référer à la notion de service d'intérêt économique général. Le droit primaire positif aborde ces deux notions de la même manière : toutes deux permettent de déroger au droit de la concurrence si celui-ci fait obstacle à la réalisation de la mission d'intérêt général.

A Les services publics dans le droit primaire

Le service public a une place modeste dans le droit primaire. Il est mentionné de manière exclusive dans les dispositions du Traité CE relatives aux transports (1) et dans un protocole ainsi que dans une déclaration annexés au Traité.(2)

1 Le service public dans le Traité

La notion de service public a été introduite dans le Traité de Rome pour permettre des dérogations au droit de la concurrence. Cette introduction dans la politique des transports est assez négative, justifiant l'exception au régime des aides d'État de l'article 87 du TCE.

L'article 73 énonce ainsi : « *sont compatibles avec le présent Traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public*. » Il s'agit du seul article doté de valeur juridique mentionnant cette notion. C'est en fait dans le droit dérivé[290] et pour les transports terrestres et aériens[291] que le législateur a dû donner quelques précisions sur le

[290] Voir par exemple le règlement CEE n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO n° L 156 du 28 juin 1969, p. 1-7.

[291] Voir SUBREMON Alexandra, « Les obligations de services publics dans les transports aériens », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, octobre 1999, p. 606.

contenu des obligations de service public[292]. Le règlement de 1969 définit ces obligations de service publics comme « *les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions*[293]. »

2 Le service public dans les protocoles et déclarations annexes

L'autre élément du droit primaire relatif aux services publics est une déclaration en annexe du Traité d'Amsterdam relative à l'article 16 du TCE. Contrairement aux protocoles, les déclarations sont dénuées d'effet contraignants.

La déclaration énonce : « *les dispositions de l'article 16 du Traité instituant la Communauté européenne relatives aux services publics sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services.* »

Comme le souligne Loïc Grard[294], cette déclaration consacrée aux services publics est doublement surprenante. D'une part, l'utilisation de l'expression « *services publics* » dans une déclaration relative à un article consacré aux services d'intérêt général est étonnante. La version originale du Traité mentionne également « *public service*[295] ». D'autre part, cette déclaration a consacré l'existence au niveau européen de lois des services publics : égalité, continuité et qualité.

Le dernier élément du droit primaire mentionnant le service public est un protocole annexé au Traité d'Amsterdam relatif au système de radiodiffusion publique dans les États membres. Il est mentionné que la « *radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux, et culturels de chaque société* […] *que les traités ne sont sans préjudices de la compétence des États de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion* ». Cette dernière exception fait partie de la vision européenne du modèle de société. Elle porte également ces restrictions dans les secteurs de l'audiovisuel et de la culture au sein des instances internationales comme l'Organisation mondiale du commerce.

Les services publics ont donc eu une place marginale dans l'ordre juridique communautaire.

---

[292] Voir Stéphane RODRIGUES, « La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports », *Tec & doc*, 2000, p. 96 à 101.

[293] *Idem*, article 2 § 1.

[294] Loïc GRARD, « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », *in L'accès aux SIEG*, ss dir. Jacques VANDAMME et Stéphane RODRIGUES, édition ASPE Europe, coll.ISUPE, avril 2003, p. 35

[295] « *The provisions of Article 7d of the Treaty establishing the European Community on public services shall be implemented with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equality of treatment, quality and continuity of such services.* »

B Les SIEG dans le droit primaire positif

L'article 86 § 2, fondateur de la notion de SIEG, énonce : « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté*. »

Dans cet article, le service d'intérêt économique général est introduit de manière négative, c'est-à-dire qu'il est simplement nommé comme élément permettant de s'affranchir des règles de la concurrence si celles-ci nuisent à la réalisation de la mission d'intérêt économique général.

Le Traité d'Amsterdam renforce le rôle du SIEG dans le droit primaire et insère un article 16 dans le Traité de la Communauté qui énonce : « *sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.* »

Le glissement sémantique est ici très important. Des SIEG dérogatoires au droit commun tel que rédigés dans le Traité de Rome, les rédacteurs du Traité d'Amsterdam attribuent un rôle positif aux SIEG : la réalisation de l'aménagement du territoire des États et la promotion d'un modèle social européen. D'exception, les SIEG peuvent devenir le fondement d'une action de l'Union. Cet article 16 est resté « *lettre morte*[296] » car les interprétations de la place des SIEG dans le droit communautaire ont été, par la suite, exclusivement basées sur l'article 86 § 2.

La notion de SIEG est également préférable au niveau communautaire à celle de service public. En 1957, dans l'Europe des six, la France pouvait exporter plus facilement ses traditions juridiques que lors de la rédaction du Traité d'Amsterdam à quinze États membres. Cette situation est encore plus vraie en 2009, dans une Union européenne à vingt-sept États membres dans laquelle les dix États d'Europe centrale et orientale entrevoyaient initialement dans le service public proposé par la France, le spectre du centralisme soviétique[297].

---

[296] IDOT Laurence, « Les SIEG et les règles de concurrence », *in Les SIEG et l'UE*, ss dir. Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES, Bruylant, 2006, p. 41 « *l'article 16 CE, semble-t-il dépourvu de caractère opérationnel* ».

[297] Sur ce point, voir Stéphane RODRIGUES, « Les SIEG et l'UE. Acquis et perspectives », *in Les SIEG et l'UE*, ss dir. Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES, Bruylant, 2006, p. 423 : « *Issus pour la plupart du bloc soviétique au sein duquel l'idée même de service public avait trop tendance à se confondre avec la puissance centralisatrice de Moscou* ».

Les SIEG ont été introduits dans la Charte des droits fondamentaux[298] adoptée lors du Conseil européen de Nice les 7, 8 et 9 décembre 2000 mais à laquelle ni le Tribunal de première instance des Communautés[299] ni le Conseil d'État français[300] ne reconnaissent de valeur contraignante. L'article 36 de la Charte stipule : « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union*[301]. » Dans les Traités, les SIEG sont certes mentionnés et renforcés progressivement mais ils ne sont pas définis. Ce sont la Cour de justice et la Commission qui ont dû préciser cette notion.

§ 2 L'harmonisation du fonctionnement des SIEG et des États

Les Traités ne donnent aucune définition du SIEG. La Cour de justice a donc précisé les éléments constitutifs du SIEG. La Commission européenne et la Cour ont effectué une double conciliation : celle du fonctionnement des SIEG avec le droit de la concurrence et celle du droit de la concurrence avec les impératifs nécessaires à la bonne réalisation des missions des entreprises chargées de services d'intérêt économique général.

A Définition de la notion de SIEG

Quatre éléments sont nécessaires pour qualifier une activité de SIEG : la qualité d'entreprise, la nature économique de l'activité, une investiture étatique et une mission d'intérêt général.

1 L'appréciation de la notion d'entreprise exerçant une activité économique

La Cour de justice des Communautés a interprété et circonscrit la notion de SIEG. Il s'agit d'activités économiques d'intérêt général. Ce sont le plus souvent des activités exercées sur des réseaux comme les télécommunications, le service postal, la fourniture d'électricité et de gaz ou le secteur des transports publics. La Cour et la Commission s'attachent à l'activité elle-

---

[298] Voir *supra* section 2 § 2 p. 126.

[299] TPI, 15 février 2005, affaire T-256/01 Pyres/Commission, point 66 : « *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* […]*, s'il est vrai qu'elle a été invoquée à plusieurs reprises par le juge communautaire comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle, d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante.* »

[300] CE sect 5 janvier 2005, Mlle DEPREZ et M. BAILLARD, « *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte interinstitutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales* », RTDE 2006, p. 183, note Ondoua.

[301] « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », JO CE C 364 du 18 décembre 2000, p. 17.

même et non au statut public ou privé de l'entreprise chargée de la mission d'intérêt général. Ainsi, pour la Cour, « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement*[302]**.** » L'existence d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État ou d'une autre collectivité importe peu. Si un des services de l'État offre des biens ou services, c'est l'État qui sera, pour l'activité visée, considéré comme une entreprise[303]. Cette interprétation qui embrasse le plus de statuts possibles, privés comme publics, s'inscrit dans la logique de l'article 295 du Traité de la Communauté qui dispose que « *le Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres.* » L'activité économique est également définie de manière assez large par la Cour dans l'affaire Commission contre Italie comme le fait d'« *offrir des biens ou des services sur un marché*[304] ».

Dans le Livre blanc sur le service d'intérêt général, la Commission définit le SIEG comme un « *service de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général*[305]. »

2 La qualification d'intérêt général de l'activité

C'est aux États qu'il revient de qualifier une activité de SIEG. La Cour de justice ne peut réaliser qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Cela signifie que les institutions ne peuvent récuser l'appréciation des États de qualifier une activité de SIEG, sauf si le choix de l'État est manifestement inadapté à la notion de SIEG[306]. Dans sa communication du 29 septembre 2000 sur les services d'intérêt général en Europe, la Commission affirme que la liberté de définition est l'un des principes d'application de l'article 86.

Pour la Commission, « *la liberté de définition des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la*

---

[302] CJCE Höffner du 22 avril 1991, affaire C-41/90, recueil p. 1974, point n° 21.

[303] CJCE Commission/Italie, 16 juin 1987, affaire 118/85 recueil p. 2599, considérant 7 : « *L'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique , soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens ou des services sur la marché. Afin de pouvoir opérer une telle distinction, il est donc nécessaire, dans chaque cas, d'examiner les activités exercée par l'État et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent.* »

[304] CJCE Commission/Italie, 16 juin 1987, affaire 118/85 recueil p. 2599, point 3 : « *participa à l'activité. économique en ce qu'elle offre dans le secteur des tabac manufacturés, des biens et des services sur le marché*. »

[305] Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM 2004/374 final, p. 23.

[306] Ce contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la désignation d'un SIEG peut être comparé avec la décision du Conseil constitutionnel français sur les lois de nationalisation. CC 16 janvier 1982 132 DC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 14e édition, décision n° 28, p. 401. Dans cette décision, le juge constitutionnel français a estimé qu'il ne pouvait contrôler l'opportunité de nationaliser mais simplement l'erreur manifeste, c'est-à-dire si le législateur portait une atteinte trop importante à la propriété privée et à la liberté d'entreprendre.

seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste[307]. »

Ce choix de l'État ou des collectivités locales de consacrer une activité de SIEG constitue un acte de puissance publique. Le point 20 de l'arrêt BRT II énonce en effet : « *si des entreprises privées peuvent relever de cette disposition, elles doivent cependant être chargées de la gestion de service d'intérêt économique général par un acte de puissance publique*[308]. » Cet acte prend la forme d'un mandat de gestion de service public. Il faut entendre le mot « mandat » au sens de l'article 1984 du Code civil français qui dispose que « *le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose en son nom* ». Ce mot « mandat » a été employé par la Commission dans une décision du 28 novembre 2005[309] dans laquelle elle détaille les clauses obligatoires d'un contrat de délégation de service public pour que la compensation du financement ne soit considérée comme aide d'État compatible avec le marché commun. La commission retient les six objets devant impérativement faire l'objet d'une clause : la nature et la durée des obligations de service public, les entreprises et le territoire concernés, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation et les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

B Conciliation des SIEG avec le droit de la concurrence

L'article 86 § 2 du Traité CE pose le principe de soumission au droit de la concurrence des entreprises chargées de SIEG. Il s'agit essentiellement de prévenir les risques d'abus de position dominante et d'aides d'États. En outre, la Commission européenne est dotée de pouvoirs particuliers par l'article 86 § 3 qui lui permet d'adresser des directives et des décisions aux États membres.

1 Les pouvoirs spéciaux de la Commission de l'article 86 § 3

L'article 86 § 3 confère à la Commission la mission de veiller à la bonne application de l'article 86 dans son ensemble. C'est sur cette base qu'elle a initialement vérifié que les États membres respectaient le droit de la concurrence, y compris dans les secteurs d'intérêt

[307] Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM 2000/580 du 20 septembre 2000, JO C 17 du 19 janvier 2001, point 22, p. 8.
[308] CJCE du 27 mars 1974. Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior, BRT-II, affaire 127-73, recueil 1974, p. 313.
[309] Décision de la Commission C(2005) 2673 du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, § 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE L 312 du 29 novembre 2005, p. 67.

économique général. Les restrictions portées à la concurrence doivent être proportionnées, les grands réseaux étaient principalement basés sur le monopole d'exploitation[310]. Aussi, la Commission européenne a estimé que cette mesure ne respectait pas les principes de concurrence et de liberté d'établissement. Cette protection lui semblait disproportionnée avec le but à atteindre : la réalisation de la mission d'intérêt économique général. La Commission a donc proposé des directives sectorielles de libéralisation des marchés dans les domaines des transports ferroviaires et aériens, de l'énergie, des postes et des télécommunications.

La première de ces directives a concerné le secteur des télécommunications, particulièrement l'ouverture à la concurrence du marché de terminaux de télécommunications. Dans l'arrêt Commission contre France du 19 mars 1991[311], la Cour de justice rejette le recours de la France, soutenue par l'Allemagne, la Belgique, l'Italie et la Grèce, qui estimait que l'article 86 § 3 ne permettait pas à la Commission de proposer la déréglementation d'un secteur. La Cour rejette les moyens basés sur le détournement de pouvoir et l'incompétence de la Commission au motif que « *l'objet de la compétence conférée à la Commission par l'article 90, paragraphe 3, est différent et plus spécifique que celui des compétences attribuées au Conseil par l'article 100 A, d'une part, et par l'article 87, d'autre part*.[312] »

Dans un but d'apaisement des relations interinstitutionnelles, la Commission a proposé les directives sectorielles sur la base de la procédure législative ordinaire de l'article 251.

2 Prévention des risques d'abus de position dominante

L'article 82 § 1 du Traité de la Communauté dispose : « *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur la marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.* » Si le monopole détenu par une entité économique constitue une position dominante[313], l'abus de cette position est lié à un comportement indépendant des éléments du marché. Ainsi, la Cour estime dans l'affaire Hoffmann-Laroche que « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition*

[310] Voir KOVAR Robert « La peau de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », Europe, juillet 1992, chronique, p. 1.
[311] Affaire 202/88, recueil I, p. 1223.
[312] PERALDI-LENEUF Fabienne, « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », Europe, février 1996.
[313] CJCE, 4 mai 1988, Bodson contre SA Pompes funèbres des régions libérées, affaire 30/87, recueil, p. 2479.

normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence[314]. »

Les entreprises publiques chargées de missions d'intérêt économique général exerçaient tout un panel d'activités liées au même secteur. Ainsi, une même entreprise pouvait offrir des biens ou services sur le marché, définir les règles applicables à son secteur d'activité et être propriétaire du réseau à partir duquel elle offrait son activité. Cette situation interdisait *de facto* à d'autres agents économiques de s'implanter sur le marché. Le coût de déploiement d'un réseau d'infrastructures concurrentes est beaucoup trop important pour être réalisé par une ou plusieurs entreprises privées. Pour éviter deux possibilités d'abus de position dominante sur l'établissement de règles d'une part et l'accès à l'infrastructure d'autre part, la Commission a décidé par voie de directive générale[315] et sectorielle une double séparation : d'un côté, la séparation des activités d'autorité et de gestion et de l'autre, la séparation des activités de gestion de l'infrastructure et de celle d'offre de biens et services.

Outre les risques liés aux abus de positions dominantes, les entreprises chargées de missions de SIEG risquaient, de par leurs modes de financement, de contrevenir à l'interdiction de verser des aides d'État.

3 Le financement des missions de SIEG

L'article 87 du Traité de la Communauté énonce dans son premier alinéa : « *sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* »

Cet article s'interprète de manière extensive : il faut ainsi entendre par « États » les États membres et leurs démembrements : collectivités locales[316] ou organismes publics ou privés institués par l'État[317]. La Cour de justice a retenu une interprétation très large de la notion d'aide. Dans un arrêt du 23 février 1961, elle a estimé que cette notion « *comprend non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes ; mais également*

[314] CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-Laroche, affaire 85/76, recueil, p. 461, point 6.
[315] Directive 80/723/CEE modifiée par la directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JOCE L 193 du 29 juillet 2000, p. 75.
[316] CJCE, 15 octobre 1987, RFA/Commission, affaire 248/84, recueil, p. 4013.
[317] CJCE, 17 mars 1993, Slomaon Neptun, affaire c-72/91 et 71/91, recueil, I, p. 887.

des interventions qui sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par-là, sans être des subventions au sens strict du mot sont de même nature et ont des effets identiques[318]. »

Il peut s'agir ainsi d'exonération de charges sociales, de garantie étatique accordée lors de la contraction d'emprunt, ce qui permet à l'entreprise bénéficiaire de la garantie étatique de s'endetter à un taux plus faible que ses concurrents ou encore d'une prise de participation au capital. Cette extension de la notion d'aide d'État remet en question la forme publique de certaines entreprises chargées de SIEG[319].

Le financement des entreprises chargées de SIEG a donné lieu à une approche assez contradictoire des différentes juridictions de Luxembourg[320].

Pour le Tribunal de première instance, les financements publics des entreprises chargées de mission d'intérêt général constituent des aides d'État. Cependant, ces aides peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun lorsqu'elles sont nécessaires avec l'exercice de la mission d'intérêt général[321].

Le TPI avait dans l'affaire FFSA désavoué l'interprétation de la Commission pour qui l'avantage économique attribué à la poste française ne constituait pas une aide d'État : « *l'avantage fiscal pour La Poste ne va donc pas au-delà de ce qui est justifié pour assurer l'accomplissement des missions d'intérêt public auxquelles La Poste est tenue en tant qu'exploitant public. Par conséquent, il n'y a pas lieu de conclure à un transfert de ressources de l'État vers les activités concurrentielles de La Poste. Dès lors, en vertu de l'article 90, paragraphe 2, les mesures en cause ne constituent pas des aides d'État aux termes de l'article 92, paragraphe 1 du traité CE*[322]. » La Commission a immédiatement adapté sa doctrine et a par la suite considéré la compensation comme une aide[323].

La Cour de justice a substitué à l'approche d'aide d'État du TPI une interprétation basée sur la compensation des obligations de service public. Dans l'arrêt Ferring du 22 novembre 2001[324], les grossistes répartiteurs de médicaments n'avaient pas été soumis à la taxe sur les ventes

---

[318] CJCE, 23 février 1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute autorité, affaire 30-59, point 39 § 4, recueil, p. 3.

[319] Voir Martine LOMBARD, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? » AJDA, 2006, n°2, p. 79.

[320] Pour une étude détaillée pré-jurisprudence Altmark, voir Jean-Yves CHÉROT, « Financement des obligations de service public et aides d'État », Europe, mai 2000, p. 4 à 8.

[321] TPI, 27 février 1997, Fédération française des sociétés d'assurance et autres contre Commission, affaire T-106/95, recueil II, p. 229, points 66 à 72 et 170. Arrêt du TPI confirmé par ordonnance de la Cour le 25 mars 1998, affaire C-174/97, recueil de jurisprudence 1998, I, p. 1303.

[322] *Idem*, point 16.

[323] Voir le rapport de la commission du 17 octobre 2001, « Sur les services d'intérêt général », adressé au Conseil européen de Laeken, COM 2001 598, p. 6-7.

[324] CJCE 12 novembre 2001, Ferring SA contre Agence centrale des organismes de sécurité sociale, affaire c-53/00.

directes, destinée à financer la Caisse nationale d'assurance maladie, ce qui, pris de manière isolée, est interprété comme constituant une aide par la Cour (point 22). La Cour estime cependant que, en l'espèce, l'avantage octroyé « *ne constitue une aide d'État aux grossistes répartiteurs que dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale point 29.* »

L'interprétation réalisée par la Cour de ne pas retenir la qualification d'aide d'État pour une aide compensatrice d'une obligation de service public a une conséquence pratique très importante : elle affranchit les autorités nationales de toute obligation préalable de notification de leur action à la Commission européenne. Cela prive la Commission européenne d'informations sur les activités des États et rend ainsi plus difficile son rôle de gardienne des Traités.

La Cour a consacré cette interprétation dans l'arrêt Altmark du 24 juillet 2003[325] relatif à un service public local de transports collectifs. Cette jurisprudence est d'autant plus intéressante qu'elle est également fondée sur le règlement de 1969 relatif aux transports.

« *Dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, du Traité*[326]. »

L'apport principal de cet arrêt réside dans les quatre conditions cumulatives posées par la Cour pour que les compensations des obligations de services publics puissent échapper à la qualification d'aide d'État :

« - *Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies*[327].

- *Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente.* […] *Aussi, la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle*

[325] CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, affaire C-280/00, recueil I, p. 7747. AJDA, 2003, p. 1741, note S. RODRIGUES.
[326] CJCE, 24 juillet 2003, Altmark, Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, affaire C-280/00, recueil, I, p. 7747, point 87.
[327] CJCE, Altmark, point 89.

compensation aient été préalablement établis, […][328]

- Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations[329] »

- Quatrièmement, lorsque l'exercice de la mission de service public n'a pas été attribué selon une procédure de mise en concurrence préalable, « *le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.*[330] »

Le respect de ces quatre critères et particulièrement du quatrième est très hypothétique et durcit dans les faits les conditions dans lesquelles une compensation ne sera pas considérée comme une aide d'État[331]. Pour mettre sa doctrine en conformité avec cette jurisprudence, la Commission européenne a publié trois documents nommés « paquet Altmark[332] » ou « paquet Monti-Kroes », du nom des deux Commissaires européens à la Concurrence. Ce paquet est composé de :

- une décision du 28 novembre 2005 prise sur la base de l'article 86 § 3 concernant l'application des dispositions de l'article 86 paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général[333]. Elle exonère de notification et juge compatibles *a priori* avec le « marché commun » les compensations n'excédant pas 30 millions d'euros par an octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel n'atteint pas 100 millions d'euros,
- un « encadrement » précisant les critères que compte utiliser la Commission dans l'instruction des dossiers qui lui sont notifiés,
- une modification marginale de la directive « transparence[334] » qui impose la

[328] *Idem*, points 90 et 91.
[329] *Idem*, point 92.
[330] *Idem*, point 93.
[331] Voir KARPENSCHIF Michaël, *Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public ?*, Les Petites Affiches, 30 mars 2004, 64, p. 4.
[332] Voir MADDALON Philippe, *Paquet Altmark : quelle sécurité juridique ?*, Contrats concurrence consommation, avril 2006, Étude n° 5, p. 5.
[333]Décision C 2005/2673, JOUE L 312 du 29 novembre 2005, p. 67 à 73.
[334] Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005, modifiant la directive 80/723/CEE relative à « la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises », JOUE L 312 du 29 novembre 2005, p. 47-48.

séparation comptable des entreprises qui reçoivent des compensations des coûts des obligations de service public.

Pour le professeur Idot, ce « paquet » constitue une « reprise en main de la Commission européenne[335] » car la jurisprudence Altmark pose des conditions difficilement réalisables et requalifie *de facto* la très grande majorité des compensations d'aides d'État. En effet, la dernière condition posée par la Commission nécessite bon nombre d'appréciations très subjectives comme le « bénéfice raisonnable » et la comparaison sur la base d'une « entreprise moyenne », qui ont incité les États à rester dans le système de la notification préalable d'aides d'États déclarées par la suite compatibles avec le marché commun, conformément à l'article 86 § 2. Nonobstant la place laissée à la subjectivité dans la quatrième condition, le paquet Monti-Kroes réduit l'insécurité juridique pour les entreprises chargées de SIEG dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 100 millions d'euros, ce qui exonère bon nombre de service publics locaux[336].

C La conciliation de la concurrence avec les missions de service d'intérêt économique général

Dans les jurisprudences Corbeau de 1993[337] et Commune d'Almelo de 1994[338], la Cour de justice a apprécié la proportionnalité des restrictions à la concurrence pour assurer la prestation de SIEG. Dans les arrêts Corbeau du 19 mai 1993 relatif au SIEG du service postal, et Commune d'Almelo relatif au SIEG de l'électricité, la Cour a admis que l'article 86 (90 dans les arrêts) du Traité CE « *permet aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion des services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs*[339] ».

---

[335] IDOT Laurence, « Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : "codification" de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission ? », Europe, octobre 2005, p. 4.
IDOT Laurence « Les SIEG et les règles de concurrence », *in Les SIEG et l'Union européenne*, ss dir. Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES, Bruylant, 2006, p. 62 : « C'est bien à une reprise en main des compensations de service public par la Commission que l'on assiste. »

[336] Voir GRARD Loïc, « Libre concurrence et services publics avec ou sans constitution. L'Union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *Revue des affaires européennes*, 2006, n° 2, p. 258.
Voir aussi Stéphane RODRIGUES, *Les services publics locaux face au droit communautaire, les exigences du marché intérieur*, Paris, La documentation française, 2007, 115 p.

[337] CJCE, procédure pénale contre Corbeau du 19 mai 1993, affaire C-320/91, recueil, page I-02533, AJDA, 1993, p. 866, note Francis Hamon.

[338] CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo/Energiebedrijf IJsselmij, affaire c-393/92, recueil 1994,p. I-1477, AJDA, 1994, p. 637, note Francis Hamon.

[339] CJCE, 19 mai 1993, procédure pénale contre Corbeau, affaire c-320/91, point 14.
CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, affaire C-313/92, point 46.

Dans ces arrêts, la Cour lève les principes d'interdiction de violation du droit de la concurrence au profit des activités de service d'intérêt général. Elle se fonde sur un critère de non-viabilité économique pour autoriser l'octroi de droit exclusifs.

D Conceptualisation de la Commission européenne : les services d'intérêt général

Depuis 1996[340], la Commission européenne a développé dans plusieurs communications et documents de réflexion une doctrine des services d'intérêt général qui englobe l'ensemble des activités d'intérêt général. Dans la communication de 2007 consacrée aux services d'intérêt général, la Commission rappelle sa définition de ce concept : « *les services d'intérêt général peuvent être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public*[341]. » Les services d'intérêt général économique sont soumis au droit commun de la concurrence tandis que les services non économiques en sont exemptés. La Commission a en outre développé des services sociaux d'intérêt général mais la pertinence de ce dernier concept reste encore à établir car la Commission et la Cour lui appliquent également le critère économique, non économique pour déterminer le régime juridique applicable aux activités sociales.

1 Les activités de puissance publique

La difficulté réside dans l'appréciation par les États et la Commission des activités qui relèvent du champ économique de celles situées en dehors de la sphère marchande. La Cour de justice a estimé en 1994 dans l'affaire Eurocontrol que les activités nécessitant l'usage de prérogatives de puissance publique devaient être exclues du champs de la concurrence. Le point 30 de l'arrêt énonce : « *prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du Traité*.[342] »

Robert Kovar tire du raisonnement de la Cour trois grands critères. Selon lui, il faut examiner

[340] Communication de la Commission européenne sur « les services d'intérêt général en Europe », JO CE du 26 septembre 1996, C 281, p. 3.
SIMON Denys et LAGONDET Fabien, « La communication de la Commission sur les services d'intérêt général », Europe, janvier 2007, chronique n°1.

[341] Communication de la Commission du 20 novembre 2007 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions accompagnant la communication intitulée « un marché unique pour l'Europe du 21e siècle », « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêts général : un nouvel engagement européen », COM 2007 725 final, p. 4, § 2.

[342] CJCE, arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol, affaire C-364/92, recueil 1994, page I-00043.

l'objet de la mission, son lien avec l'exercice de la souveraineté étatique et les conditions dans lesquelles elle est exercée. Sur ce dernier point, l'organisation bénéficiait en l'espèce de prérogatives de puissance publique. Ainsi, « *se dessine une distinction, entre les services publics économiques, c'est-à-dire ceux destinés à fournir des biens ou des services marchands, et les services publics chargés de la fonction d'autorité*[343]. »

La Cour de justice procède à un contrôle de proportionnalité de la mesure de protection de l'opérateur économique pour apprécier la compatibilité de la restriction avec le droit commun de la concurrence. Le point 16 de l'arrêt Corbeau énonce ainsi : « *en conséquence, il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables.* »

2 Les services sociaux d'intérêt général : un faux concept

La Cour de justice des Communautés soustrait de la concurrence les activités ayant une « fonction de nature exclusivement sociale[344] ».

La notion des services sociaux d'intérêt général (SSIG) est apparue dans le Livre blanc de 2004 relatif aux services d'intérêt général. La Commission a consacré une page du Livre blanc aux SSIG car les consultations liées au Livre vert[345] ont « *suscité un intérêt considérable de la part des parties concernées par le domaine des services sociaux*[346] ». Elle annonce dans le Livre blanc une communication qui fournira une « *approche systématique pour identifier et reconnaître les particularités de ces services sociaux et de santé*[347]». Pour déterminer le droit applicable aux organismes publics et privés chargés de missions sociales, la Cour de justice et la Commission maintiennent la distinction entre activité économique et non économique, ce qui remet en cause l'utilité de la notion de SSIG.

[343] KOVAR Robert, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », RTDE, avril-juin 1996, n° 2, p. 223.
[344] CJCE, 7 février 1993, Poucet et autres contre AGF, affaire jointe avec Pistre contre Cancava, affaire c159/91 et C160/91, recueil, I, p. 664.
[345] Communication de la Commission du 21 mai 2003, « Livre vert sur les services d'intérêt général », COM 2003/270.
[346] COM 2004 374 final du 12 mai 2004, point 4.4 § 1, p. 17.
[347] COM 2004 374 final du 12 mai 2004, point 4.4 § 3, p. 17.

a Notion de SSIG

Cette Communication fut présentée par la Commission le 26 avril 2006[348]. Pour la Commission, les SSIG concernent deux grandes catégories de services : il s'agit d'une part des régimes légaux et complémentaires de protection sociale qui mutualisent les risques liés à la santé, la retraite, les accidents du travail, le handicap et l'assurance chômage.

D'autre part, la Commission entend par SSIG « *tous les autres services essentiels prestés directement à la personne*[349] » ; elle y inclut quatre types de services :

1. « *l'aide aux personnes dans la maîtrise des défis immédiats de la vie ou des crises* » (l'endettement, le chômage, la rupture familiale, la toxicomanie),
2. les activités visant à insérer les personnes bénéficiaires du service dans la société (formation professionnelle, formation linguistique),
3. l'inclusion à long terme des personnes handicapées ou souffrant de longue maladie,
4. le « *logement social* ».

b Droit applicable

Sur le plan juridique, la Commission estime que « *les SSIG ne constituent pas une catégorie juridique distincte au sein des services d'intérêt général*. » Cela signifie que le droit applicable aux SSIG est le même que celui des SIG. Il faut déterminer si une activité donnée est de nature économique pour connaître le droit applicable[350]. Si tel est le cas, les règles communautaires de la concurrence s'appliquent de plein droit et par conséquent il faut analyser le service à l'aune de l'article 86 § 2 pour déterminer si l'atteinte éventuelle à la concurrence est proportionnée avec la mission d'intérêt général supportée par l'entreprise. Comme le démontrent Laetitia Driguez et Stéphane Rodrigues[351], la jurisprudence de la Cour relative aux services sociaux n'est pas sans contradiction entre les services de santé d'une part et les services d'enseignement d'autre part. Au surplus, au sein même de ces services, les contradictions ne sont pas rares. À titre d'exemple, dans les activités liées à la santé, le transport de malades en ambulance est considéré comme une activité économique tandis que le soin hospitalier est considéré comme non économique lorsqu'il est réglé par un régime d'assurance maladie obligatoire. Cependant, le même soin d'urgence prodigué dans une clinique privée serait considéré comme économique. Il est pourtant patent que les activités de

[348] COM 2006 177 du 26 avril 2006, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne. » et deux annexes dans un document de travail des services, SEC 2006 516.

[349] *Idem*, communication, p. 4. point 1.1, § 3.

[350] Voir THIEFFRY Patrick, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », AJDA, 2007, p. 1331.

[351] DRIGUEZ Laetitia, RODRIGUES Stéphane, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire : entre spécificité et banalisation », AJDA, 4 février 2008, p. 193.

soins hospitaliers sont économiques et donnent lieu à une véritable concurrence entre les prestataires publics et privés. Ni les activités d'enseignement, ni celles de santé ne sont considérées comme des activités régaliennes ; leurs prestations sont donc économiques. C'est là l'interprétation du droit international économique tel que défini par l'accord général de l'OMC sur les services. Au terme de l'article 3 b de cet accord, « *les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.* » Tous les secteurs dits sociaux peuvent ainsi être considérés comme économiques. Il revient donc aux États membres de l'Union européenne d'harmoniser les règles applicables à un secteur déterminé en prenant soin de promouvoir le modèle social européen. Le Traité de Lisbonne pourrait apporter les bases juridiques nécessaires pour faciliter et clarifier la protection des services d'intérêt général, y compris celle des services sociaux.

Dans sa doctrine des services d'intérêt général, l'Union européenne uniformise le droit des vingt-sept États membres. L'effort doctrinal de la Commission et les arbitrages de la Cour de justice permettent une fédéralisation par le droit du fonctionnement des services publics. Fédéralisation par le droit car les institutions ne prétendent pas avoir pour dessein d'uniformiser les notions de SIG mais l'harmonisation dans le but de constituer un marché commun a conduit à la construction d'un cadre commun des services publics dans l'Union.

L'Union européenne a également modifié la théorie des services publics internationaux. Si celle-ci était exclusivement tournée vers les États, l'Union a choisi de l'orienter également vers la satisfaction des besoins de ses citoyens.

Section 2 L'apport de l'Union aux services publics internationaux : une approche dans l'intérêt des citoyens

Dans les services publics internationaux classiques, les activités sont conçues, mises en œuvre et exercées dans l'intérêt des États parties aux Traités. Dans le système communautaire, l'Union ajoute un bénéficiaire supplémentaire des services prestés : les citoyens. Pour ce faire, elle définit par elle-même le contenu des missions de services publics économiques et consacre le droit d'accès aux services comme droit fondamental des citoyens.

§ 1 Une définition communautaire des SIG

Il peut sembler paradoxal d'écrire que la Commission européenne tend à donner une définition communautaire de ce que doit être le service public alors que cette dernière affirme dans ses communications relatives aux SIG qu'« *il appartient essentiellement aux autorités compétentes sur le plan national régional et local de définir, organiser, financer et contrôler*

les services d'intérêt général[352]. » En outre, la Cour de justice, dans les arrêts Commission contre Royaume des Pays-Bas du 23 octobre 1997 et Albany du 21 septembre 1999, a estimé que les SIEG pouvaient être déterminés en fonction des objectifs de politiques nationales[353]. Cependant, la Commission opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qui, certes, n'est pas un contrôle d'opportunité, mais permet à la gardienne des Traités de veiller au respect de la Constitution du marché commun dont l'article 86 rappelle que les SIEG sont l'un des éléments. Ainsi, l'Union fixe un cadre général à travers la notion de service universel et des objectifs spécifiques à atteindre pour les entités chargées de la gestion de ces services.

A Le service universel : définition communautaire du fonctionnement des services publics nationaux

Dans ses communications relatives aux SIG, la Commission précise ce qu'elle entend par service universel. La première prise de position de 1996 nous apparaît sans équivoque sur l'intention de la Commission de déterminer l'organisation des missions du service universel des États : « *la notion de service universel repose sur le souci d'assurer partout un service de qualité à un prix abordable pour tous. Les critères du service universel portent sur des principes : égalité, universalité, continuité, adaptation, ainsi que sur des lignes de conduites saines : transparence de gestion, de tarification et de financement, contrôle par des instances distinctes des opérateurs*[354]. »

Le concept de service universel est dynamique. Il peut évoluer en fonction des évolutions technologiques. En guise d'illustration dans le secteur des télécommunications, la directive service universel de 2002[355] prévoit à l'article 15 § 1 une clause de rendez-vous qui impose de réévaluer le contenu du service universel tous les trois ans. L'évaluation du service universel est menée « *à la lumière des évolutions sociale, économique et technologique, compte tenu, notamment, de la mobilité et des débits de données à la lumière des technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés*[356] ».

Ces évaluations sont menées au niveau communautaire et tout changement est ensuite

[352] Livre blanc sur les SIG du 12 mai 2004, COM 2004 374, point 2.3 § 1, p. 6.

[353] CJCE Commission/Royaume des Pays-Bas, 23 octobre 1997, affaire C-157/94, recueil, 1997, page I-5699, point 40. CJCE Albany, 21 septembre 1999, affaire C-67/96, recueil, 1999, p. I-5751, point 104. Ces deux points ont une même formulation : « *Compte tenu de l'intérêt ainsi défini des États membres, il ne saurait leur être interdit de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs propres à leur politique nationale et d'essayer de réaliser ceux-ci au moyen d'obligations et contraintes qu'ils imposent auxdites entreprises.* »

[354] Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », JO 96 C 281, p. 3.

[355] Directive 2002/22/CE du Parlement européen te du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « Service universel »), JO CE L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

[356] *Idem*, article 15 § 2.

appliqué au niveau national par les transpositions de directives[357].

B La réglementation sectorielle : la définition du contenu des missions de service universel

Les réglementations sectorielles des SIEG *via* le service universel déterminent des critères, des objectifs à atteindre pour les opérateurs nationaux chargés du service universel.

L'article 3 de la directive postale est assez éloquent :

« *À cet effet, les États membres prennent des mesures pour que la densité des points de contact et d'accès tienne compte des besoins des utilisateurs.* […] *Les États membres prennent des mesures pour que le service universel soit garanti au moins cinq jours ouvrables par semaine, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles, et pour qu'il comprenne au minimum :*

- *une levée,*
- *une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale* […],
- *la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kilogrammes,*
- *la levée, le tri, le transport et la distribution des colis postaux jusqu'à 10 kilogrammes,*
- *les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée*[358]. »

Ce canevas imposé au niveau communautaire et réévalué tous les deux ans pour le service universel des postes dans des rapports communautaires ne laisse guère de latitude aux États membres dans la détermination des missions de SIEG. La définition des missions du service public postal est donc fédéralisée. Les États deviennent de simples exécutants lorsque le service est exercé en régie ou veillent par le biais des régulateurs nationaux à la bonne application des règles communautaires.

§ 2 L'accès aux services d'intérêt général : droit fondamental des citoyens de l'Union

La Charte des droits fondamentaux reconnaît un droit d'accès des citoyens de l'Union aux SIEG et aux services sociaux. Le Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002[359] a demandé à la Commission européenne d'en assurer le respect et la mise en œuvre.

[357] Voir Communication de la Commission du 18 juin 2002, « Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général », COM (2002) 331 final.

[358] Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (JO L 15 du 21 janvier 1998, p. 14), version consolidée par la directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008, JOUE L 52 du 27 février 2008, p. 3.

[359] http://europa.eu/european-council/index_fr.htm.

A Un droit reconnu dans la Charte des droit fondamentaux

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le principe d'accès à deux types de services d'intérêt général : les services sociaux à l'article 34 et les SIEG à l'article 36.

Le premier paragraphe de l'article 34 consacré à la sécurité sociale et à l'aide sociale énonce en effet : « *l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales*. » Ces droits énumérés correspondent au concept de la Commission dégagé six années plus tard sous l'appellation « services sociaux d'intérêt général[360] ».

L'article 36, intitulé « accès aux services d'intérêt économique général » énonce quant à lui : « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.* »

La Commission européenne a estimé, dans un rapport adressé au Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, que « *l'accès de tous aux services d'intérêt général figure parmi les valeurs communes propres à toutes les sociétés européennes*[361] ». Elle interprète également la portée de l'article 36 de la Charte qui, selon elle, « *élève l'accès aux SIEG au rang de droit fondamental de l'Union européenne*[362] ».

Cet article nous apparaît être l'un des éléments les plus importants sur la conception de l'Union et son apport aux services publics internationaux. L'Union, dans ces deux articles de la Charte, utilise un mode de raisonnement objectiviste. Elle précise que le but de l'action des SIEG est de permettre l'accès des citoyens aux services prestés, qu'ils soient d'intérêt économique, général ou social.

Dans le rapport de 2001 transmis au Conseil européen de Laeken, la Commission reconnaît les atouts que représentent pour les citoyens et les entreprises le développement des SIEG : « *ces services contribuent à la qualité de vie des citoyens et sont un préalable au plein exercice de nombre de leurs droits fondamentaux. L'accès de tous aux services d'intérêt général figure parmi les valeurs communes propres à toutes les sociétés européennes. Les*

[360] Voir *op. cit.*, p. 122

[361] Communication de la Commission européenne du 17 octobre 2001, COM 2001 598, « Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, les services d'intérêt général », point 1 § 1, p. 3.

[362] *Idem*, point 1 § 2.

services d'intérêt général contribuent à la compétitivité des industries européennes et renforcent la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne. Ils sont un élément essentiel de la politique communautaire en matière de protection des consommateurs[363]. »

L'Union adopte une conception solidariste du SIEG. L'article 36 reconnaît un accès aux SIEG « *afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale* ». Cette double cohésion est la protection des citoyens démunis et de ceux résidant en zones difficiles d'accès où le marché n'irait pas spontanément ou bien à un coût disproportionné. La promotion des SIEG au lieu des SIG s'inscrit également dans une optique de développement économique car elle inclut dans les bénéficiaires de l'accès les industries européennes qui pourront avoir accès aux SIEG sur l'ensemble des territoires des États membres où elles sont établies.

B La consécration du droit d'accès aux SIEG par le Conseil européen

Dans le point 42 des conclusions du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2001, sous le sous-titre « *services publics de qualité* », les chefs d'États et de gouvernements estiment que « *l'intégration des réseaux européens et l'ouverture des marchés des services publics devra se faire en accordant toute l'importance voulue à la qualité de ces services. À cet égard, le Conseil européen souligne qu'il importe, tant pour les citoyens qu'aux fins de la cohésion territoriale et sociale, de garantir l'accès aux services d'intérêt économique général*. »

Ce souci du Conseil européen de garantir l'accès aux services d'intérêt économique général confère à ce principe le statut de priorité dans l'action de l'Union. En effet, les principes de la Charte n'ont jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne aucune valeur contraignante.

En revanche, le Conseil européen s'affirme de manière croissante comme le premier centre de décision des orientations importantes de l'Union, ce qui confirme le caractère fondamental de ce droit d'accès.

Par rapport à l'article 36 de la Charte, le Conseil européen souligne que le droit d'accès est lié à la citoyenneté européenne et ne constitue plus qu'un simple droit fondamental devant être mis en œuvre. La distinction tend vers une obligation de résultats.

Le Conseil européen de Barcelone demande également à la Commission de « *poursuivre son examen en vue de consolider et de préciser, dans une proposition de directive-cadre, les principes relatifs aux services d'intérêt économique général qui sous-tendent l'article 16 du*

[363] voir Fabienne PERALDI-LENEUF, « Le consommateur citoyen et la mutation des obligations de service public », in « Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché », tome II, Approche transversale et conclusions, actes du colloque de Strasbourg des 17, 18 et 19 octobre 1996, ss dir. Robert KOVAR et Denys SIMON, La documentation française, juin 1998, p. 373 à 396.

Traité[364] ».

Cette demande fut mise en œuvre dans les consultations menées lors du Livre vert ainsi qu'un rapport du Parlement européen rédigé par Philipe Herzog mais la Commission a estimé en 2004 dans le Livre blanc qu'une proposition de directive cadre n'était pas nécessaire.

L'octroi d'un droit accès aux SIEG à l'ensemble des entreprises et des citoyens de l'Union est un choix politique des rédacteurs de Traités. Cette volonté exprimée par les chefs d'États et de gouvernements à Barcelone impose aux États de couvrir l'ensemble de leur territoire. Ce droit est l'un des éléments de politique de cohésion sociale et d'aménagement du territoire des États membres.

Le Traité de Lisbonne dote cependant l'Union de nouveaux outils qui renforcent le rôle des SIG dans l'action de l'Union.

§ 3 Traité de Lisbonne : vers un renforcement des SIG

Le Traité de Lisbonne renforce très nettement la position des services d'intérêt général dans l'Union[365]. Le Traité en lui-même permet à l'Union d'adopter un règlement cadre qui constitutionnalise la possibilité d'uniformiser le fonctionnement des services d'intérêt économique général. En outre, un protocole[366] additionnel est consacré aux services d'intérêt général. Ce protocole contient trois apports majeurs : il consacre la notion de service d'intérêt général, crée une nouvelle catégorie de service : les services non économiques d'intérêt général, et fixe dans le Traité les lois, les principes de fonctionnement des services d'intérêt économique général.

A La perspective d'un règlement cadre des SIG

Le Traité de Lisbonne reprend l'intégralité des propositions du Traité établissant une constitution pour l'Europe relatives aux services d'intérêt général[367]. L'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union reprend l'article 16 du traité d'Amsterdam et ajoute un alinéa majeur : « *le Parlement européen et le Conseil statuant par voie de règlement conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans*

[364] Conclusion du Conseil européen de Barcelone des 14 et 15 décembre 2001, point 42 § 3. http://europa.eu/european-council/index_fr.htm.

[365] Pour une interprétation politique de l'apport du Traité de Lisbonne aux SIG, voir le rapport d'information du sénateur français Catherine Tasca. Rapport n° 376 du 4 juin 2008, « Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne ». http://www.senat.fr/noticerap/2007/r07-376-notice.html.

[366] Protocole « sur les services d'intérêt général » annexé au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. JOUE C 306, p. 158, 17 décembre 2007.

[367] Voir Stéphane RODRIGUES « Vers une loi européenne des services publics de brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, septembre 2003, p. 503.

préjudice de la compétence qu'ont les États membres ; dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ses services. »

Cet alinéa donne une base juridique supplémentaire pour réglementer, au niveau européen, le contenu des SIEG. Cette demande de réglementation n'est pas nouvelle. Le Conseil européen de Barcelone avait déjà demandé à la Commission[368] de « *poursuivre son examen en vue de consolider et de préciser, dans une proposition de directive-cadre, les principes relatifs aux services d'intérêt économique général qui sous-tendent l'article 16 du traité dans le respect des spécificités des différents secteurs concernés et compte tenu des dispositions de l'article 86 du Traité* ».

La Commission européenne a préféré organiser une vaste consultation dans le cadre des Livres vert et blanc sur les SIEG en 2003 et 2004 pour conclure dans le Livre blanc qu'elle ne voyait pas d'opportunité à proposer une directive cadre. La Commission estime au surplus qu'« *il est resté douteux qu'une directive-cadre constitue la meilleure voie à suivre à ce stade. En outre, la consultation n'a pas démontré la valeur ajoutée d'un cadre horizontal par comparaison avec l'approche sectorielle suivie jusqu'à présent*[369]. » La Commission s'était cependant engagée à reconsidérer cette opportunité une fois le Traité constitutionnel en vigueur.

Le Parlement européen est apparu très divisé sur l'opportunité d'une directive horizontale.

Dès 2003, le rapport du député Philippe Herzog est sceptique quant à l'utilité de ce type de directive-cadre qui risquerait selon lui d'apporter de la « *confusion*[370] » et de nuire aux directives sectorielles adoptées par le Parlement et le Conseil.

Dans son avis sur le Livre blanc, la Commission industrie, recherche et énergie, par son rapporteur, M. Werner Langen « *émet des réserves à l'égard des réglementations horizontales, qui tendent à un modèle social européen unique et empiètent sur les compétences des États membres*[371] ».

L'avis de la Commission des affaires juridiques du 11 septembre 2006 adopté à 12 voix contre 11 rejette avec force l'idée d'un accord-cadre au niveau européen. Elle estime qu'« *il existe des doutes considérables quant à l'existence d'une base juridique permettant à la*

[368] Voir Stéphane RODRIGUES, « Le thème de l'accès aux SIEG au cœur de l'agenda politique européen », *in L'accès aux SIEG*, ss dir. Jacques VANDAMME et Stéphane RODRIGUES, édition ASPE Europe, coll. ISUPE, avril 2003, p. 26.

[369] Communication de la Commission du 12 mai 2004, « Livre blanc sur les SIG », COM 2004 374, point 4.1 § 1 et 2, p. 12.

[370] Rapport du 17 décembre 2003 de la Commission économique et monétaire, « Sur le livre vert sur les SIG », A5-0484/2003, points 10 et 11, p. 11.

[371] Avis de la Commission industrie, recherche et énergie du 31 mai 2006 à l'intention de la Commission des affaires économiques et monétaires sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général, document 2005/2101(INI) *in* A6-0275/2006.

Communauté de s'employer à la création d'une directive-cadre dans le secteur des services d'intérêt général. […] *souligne que des réglementations horizontales, aspirant à un modèle social européen uniforme, empiètent de manière inacceptable sur la compétence des États membres*[372] ». De la même manière, la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs rejette cette idée à 19 voix contre 15. Seule la Commission des affaires sociales et les groupes PSE et Verts approuvent cette idée.
La difficulté juridique de réglementer de manière horizontale le fonctionnement des SIG est réelle dans le cadre du Traité de Nice puisqu'il ignore la notion de SIG. La proposition de directive cadre émise par le PSE était sur ce point plus judicieuse car elle visait à réglementer les SIEG et intégrait dans son contenu les distinctions avec les services non économiques.

D'autres bases juridiques seraient en théorie concevables dans le cadre du Traité de Nice. Tout d'abord, la Commission pourrait recourir à l'article 308 qui permet au Conseil avec un avis consultatif du Parlement de prendre toute décision à l'unanimité dans l'intérêt du marché commun. Cette option nous apparaît en pratique inopportune car il semble très délicat de légiférer sans le Parlement sur une question qui concerne directement un droit fondamental des citoyens européens.
L'autre base serait l'article 86 § 3 qui, cette fois-ci, permet à la Commission de réglementer seule le fonctionnement des SIEG. C'est la solution juridique la plus conforme au Traité. Une telle velléité d'uniformisation des SIEG par la seule Direction de la concurrence serait un véritable *casus belli* avec les autres institutions et les représentations nationales qui ne manqueraient pas de dénoncer un dirigisme bruxellois.
Le Traité de Lisbonne, s'il entre en vigueur, donne une base juridique claire et fixe même la procédure législative à suivre. Il s'agit de la procédure de codécision, c'est-à-dire une proposition de la Commission et un travail du texte législatif par le Conseil et le Parlement sur un pied d'égalité. Ce que le Traité de Lisbonne modifie est l'instrument juridique d'harmonisation : les rédacteurs du Traité ont choisi de recourir au règlement et non à la directive. Cela signifie que ce sont les institutions de l'Union qui vont réglementer les SIG sans laisser de délais de transposition aux États membres ni de marge de manœuvre pour adapter le contenu de la directive. Cependant, l'article 86 § 3 du TCE, devenu 106.3[373] du TFUE, demeure en l'état et permet toujours à la Commission de réglementer seule le

[372] Avis de la Commission juridique du Parlement sur le « Livre blanc sur les services d'intérêt général » du 11 septembre 2006, point 1, *in* A6-0275/2006, p. 42.
[373] « *La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.* »

fonctionnement des SIEG. La portée de cet article 106.3 se trouve considérablement limitée par le nouvel article 14 alinéa 3 du TFUE[374].
Il s'agit donc d'une fédéralisation nette de la définition des lois des SIG.

La Commission européenne, dans sa communication du 20 novembre 2007 relative au « *SIG, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen.* » La Commission n'est toujours pas favorable à une réglementation cadre pour l'ensemble des SIG. Elle préfère répondre à l'incertitude sur la distinction service économique et non économique par la publication d'un document des services sous forme de « *réponse à des questions fréquemment posées*[375] ».
La Commission estime, en outre, que le protocole constitue à lui seul un cadre et rend donc inutile toute réglementation de l'ensemble des SIG. La Commission écrit : « *le protocole annexé au traité de Lisbonne livre un cadre cohérent qui guidera l'action de l'UE et servira de référence pour tous les niveaux de gouvernance. En clarifiant les principes et en exposant les valeurs communes qui sous-tendent les politiques de l'UE, il confère visibilité, transparence et clarté à l'approche de l'UE en matière de services d'intérêt général*[376]. »
Même s'il est juste que le protocole précise et marque une nette avancée pour clarifier l'organisation des SIG, une clarification de nature législative sur la détermination de ce qui relève du champ économique nous apparaît nécessaire pour des raisons de sécurité juridique. La jurisprudence de la Cour est très dense, et parfois contradictoire. Il est du ressort du législateur communautaire de fixer les règles applicables pour les pouvoirs adjudicateurs nationaux. Le document des services de la Commission sous forme de questions-réponses, rédigé exclusivement en anglais et à la diffusion confidentielle, ne nous semble pas être le meilleur outil pour informer les pouvoirs adjudicateurs.

B Le protocole : la constitutionnalisation des SIG

Les protocoles sont des interprétations de certains articles ou principes du Traité qui possèdent la même force juridique que ceux-ci. Ce protocole, composé de deux articles,

---

[374] « *Le Parlement européen et le Conseil statuant par voie de règlement conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des Traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.* »
[375] Commission staff working document du 20 novembre 2007, SEC(2007) 1516.
« *Frequently asked questions in relation with Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, and of the Community Framework for State aid in the form of public service compensation* »
[376] Communication de la Commission européenne du 20 novembre 2007 accompagnant la communication intitulée : « un marché unique pour l'Europe au 21e siècle », « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen ». COM 2007/725, p. 9.

comprend deux grandes innovations : la première est située dans le titre lui-même qui fait entrer pour la première fois dans le droit primaire la notion de SIG ; la seconde est la création des services non économiques d'intérêt général. Enfin, ce protocole constitutionnalise les lois des services universels et les rend applicables à l'ensemble des SIEG.

1 La consécration des services d'intérêt général

Dans le droit communautaire tel qu'il existe depuis le Traité de Nice, les services d'intérêt général ne constituent qu'un concept doctrinal interne à la Commission européenne. Cette notion n'existe donc ni dans le Traité ni dans le droit dérivé. Le protocole est intitulé « protocole sur les services d'intérêt général » ; il consacre donc cette notion comme la catégorie englobant l'ensemble des activités d'intérêt général.

2 La création des services non économiques d'intérêt général (SNEIG)

L'article 2 du protocole énonce : « *les dispositions du Traité ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.* »

L'intégration de cette notion dans les Traités est un apport qui nous apparaît majeur. Jusqu'à présent, cette notion de service d'intérêt général non économique n'existait que dans quelques documents de la Commission européenne avant d'être intégrée dans le droit dérivé à l'article 2 a de la directive « services » de 2006 sous la dénomination « service d'intérêt général non économique[377] ». Cette directive ne fait que mentionner cette notion pour l'exclure de son champ d'application, elle ne donne pas de précision ou de définition de ces SIGNE.

Ce protocole crée formellement une *summa divisio* au sein des services d'intérêt général. Ces derniers forment l'ensemble des activités d'intérêt général, ils sont composés des services économiques, les SIEG, soumis au Traité et donc aux principes de concurrence, et des services non économiques, les SNEIG, que les États membres peuvent organiser librement.

Il semble ainsi que les services sociaux d'intérêt général connaissent le même sort que leurs homologues « services publics sociaux » du droit français[378]. Ces derniers n'ont jamais véritablement trouvé leur place dans le système interne entre leur reconnaissance le 22 janvier

[377] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 « relative aux services dans le marché intérieur », JOUE L 376 du 27 décembre 2006, p. 51.

[378] Pour une comparaison des services sociaux et des SSIG, voir DEGUERGUE Marise, « De quelques difficultés de la notion de service social », AJDA, 4 février 2008, p. 179.

1955 dans l'arrêt Naliato du Tribunal des conflits[379] à propos de l'organisation par l'État de colonies de vacances pour des enfants issus de quartiers populaires et leur disparition le 4 juillet 1983 dans l'arrêt Gambini[380] du Tribunal des conflits. En droit français, ces services sociaux ont été assimilés soit à des services administratifs soit à des services industriels et commerciaux.

Les institutions européennes se trouvent, à propos des SSIG, dans la même situation. Après avoir en 2006 exposé son point de vue sur les SSIG, la Commission a estimé en 2007 qu'ils ne constituaient pas une catégorie spécifique de SIG et qu'ils devaient être soumis à une analyse casuistique pour déterminer la nature marchande ou non marchande de l'activité. Ces SSIG ne présentent donc aucune plus-value, si ce n'est de reconnaître le caractère social d'une activité. Ces dernières seront tantôt incluses dans les SIEG, tantôt dans les SNEIG.

3 Le renforcement de la subsidiarité et la constitutionnalisation des lois des SIEG

L'article premier du protocole stipule : « *Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment :*

– le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;

– la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;

– un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

Le premier tiret encadre les objectifs des SIEG qui devront impérativement être conçus dans l'intérêt des utilisateurs, seule justification possible de la création des SIEG.

Le deuxième tiret a été ajouté à la demande du Royaume des Pays-Bas en représailles des crispations avec la Commission sur le logement social[381]. Cet alinéa tend à limiter le contrôle d'erreur manifeste d'appréciation dont dispose la Commission européenne pour apprécier la qualification d'une activité de SIEG. Dans cette affaire du logement social, la Commission

[379] TC, 22 janvier 1955, Naliato, Lebon p. 694, Dalloz, 1956, p. 58, note Eisenmann, RDP, 1955, p. 716, note Waline.

[380] TC, 4 juillet 1983, Gambini, Lebon, p. 540, RDP, 1983, p. 1481, note Jean-Marie Auby.

[381] « Les services sociaux d'intérêt général dans le marché intérieur du XXI^e siècle. La nouvelle donne du Traité réformateur », étude réalisée par le collectif SSIG sous la coordination de Marie-Laure ONNÉE-ABBRUCIATI et de Laurent GHEKIERE, p. 17, www.ssig-fr.org.

avait considéré de la même manière le logement néerlandais et le logement irlandais, indépendamment des traditions nationales.

Le troisième tiret intègre dans le droit primaire les principes du service universel énumérés dans les directives sectorielles. Les principes de qualité du service : sécurité, égalité de traitement, prix abordable et couverture de l'ensemble du territoire, constitueront les lois applicables à l'ensemble des SIEG. Il s'agit là d'une constitutionnalisation car ces principes font partie du Traité sur l'Union européenne au même titre que les objectifs du Traité. Ce Traité, même s'il a été vidé de tous les termes renvoyant à une constitution, n'en reste pas moins une constitution au sens matériel.

Conclusion du chapitre 1

L'Union européenne a donc, dans cette première étape de ses relations avec les services publics, uniformisé le fonctionnement et le contenu des services publics de ses États membres. Ces activités menées dans l'intérêt des États membres comme le SIEG de l'électricité qui contribue à la sécurité énergétique de l'Union et dans l'intérêt des citoyens constitue l'apport doctrinal de l'Union aux services publics internationaux. L'Union a recours à une approche matérielle, elle se consacre à l'activité elle-même et à ses destinataires. L'Union européenne consacre *de facto* la vision moniste du droit retenue par l'école objectiviste du droit international. L'union retient qu'il lui revient de définir le contenu des missions de service public, l'effet direct dessaisit les États de toute latitude en la matière. Le Traité de Lisbonne va renforcer ce caractère fédéral du droit des services publics car les chefs d'États ont choisi de légiférer par le biais de règlements, ce qui accentue la dépossession des États dans la définition des services publics.

Pour parfaire le fonctionnement de ces activités, l'Union européenne tend, dans une deuxième étape, à créer des autorités supranationales de régulation sectorielle des SIEG.

Chapitre 2 Vers des autorités européennes de régulation des services d'intérêt général en réseaux

La libéralisation des réseaux et la fin des monopoles nationaux ont marqué les prémices de l'existence effective d'un marché commun pour les entreprises et les citoyens de l'Union. Ainsi, les firmes des secteurs de l'énergie, des télécommunications, des postes ou des transports ferroviaires et aériens ont étendu leurs activités sur l'ensemble des territoires des États membres. Les directives sectorielles ont posé l'obligation de mettre en œuvre une régulation nationale. Cependant, elles « *n'emportent pas l'obligation de créer de nouvelles institutions spécialisées dans la régulation du secteur en cause, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales. La plupart des directives n'imposent en effet que la mise en place d'un instance indépendante des parties qui permettent notamment de mettre en œuvre l'accès des tiers au réseau, indépendamment de l'influence supposée ou réelle des parties prédominantes dans le secteur au moment de la transposition de la directive.*[382] » Ces régulateurs nationaux peuvent prendre des formes tout à fait différentes. À titre d'exemple, en France, dans le secteur du transport aérien, la fonction de régulation est gérée à l'intérieur même de la direction de l'aviation civile, c'est-à-dire du ministère des Transports. En revanche, pour les secteurs de l'électricité, du gaz, des télécommunications et des postes, l'État français a choisi de créer deux autorités administratives indépendantes[383] : la Commission de régulation de l'énergie et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Ces autorités indépendantes dénuées de personnalité morale[384] sont des services de l'État dont les membres, nommés pour une durée non renouvelable, échappent à l'influence du pouvoir exécutif. Il convient, avant de développer le présent chapitre, de préciser la notion de régulation. Les sources de la régulation sont anglo-saxonnes et issues de la pensée économique[385]. Cette notion fait cependant l'objet de bon nombre d'études de la part de la doctrine[386] juridique qui l'analyse selon différentes approches. Comme le montre Stéphane Rodrigues[387], l'une des difficultés de l'appréhension du concept de régulation est d'ordre linguistique. Dans cet article, l'auteur

[382] Conseil d'État, rapport public « Les autorités administratives indépendantes », 2001, EDCE, n° 52 p. 272.
[383] Voir Jacques CHEVALIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP, 1986, I, p. 3254.
[384] Il existe également des autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale. Voir Michel DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA, 31 mars 2008, p. 622.
[385] DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science Po - Dalloz, janvier 2004, p. 482.
[386] Voir notamment la thèse de Laurence CALANDRI, « Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français », LGDJ, janvier 2009, Bibliothèque de droit public, tome 259, 759 p.
[387] RODRIGUES Stéphane, « Apport(s) du droit communautaire au droit de la régulation des services publics », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'harmattan, coll. Logiques juridiques, 2006, tome 1 : « Comparaisons et commentaires », p. 115.

relate les débats parus dans une revue interne à la Commission européenne consacrée aux juristes linguistes[388] selon lesquels le terme « régulation » est issu « *des locutions latines* regere *(diriger, dominer) et* regula *(la règle)* ». Pour une partie de la doctrine, la régulation s'apparente à une mission de police. Ainsi, le professeur Delvolvé interprète la régulation comme une police spéciale de la concurrence[389]. Le professeur Yves Gaudemet[390] estime quant à lui qu'il s'agit d'une police économique dont la finalité est l'ouverture de la concurrence. Cette analyse se justifie car, dans les éléments de la mission de régulation, la fonction de contrôle de l'accès aux réseaux s'apparente aux pouvoirs de police : le contrôle, l'enquête et la sanction. Cependant, la régulation ne saurait selon nous se résumer à cette simple dimension. Pour Gérard Marcou, la régulation est « *une fonction de puissance publique qui s'applique à une activité économique exercée sur un marché et qui a pour objet la construction du marché par la mise en œuvre des règles juridiques appropriées en tenant compte des contraintes d'une industrie de réseau. Elle doit concilier la construction du marché avec la réalisation d'objectifs d'intérêt général de nature non économique tels que* […] *la fourniture de l'ensemble des composantes du service public*[391]. » Cette définition, synthétisée à partir des missions conférées au régulateur français pour les communications et les services postaux, permet de distinguer nettement la régulation de la mission de police. Les polices administratives, judiciaires, générales ou spéciales ont pour but le maintien de l'ordre public. Si la régulation est une fonction de puissance publique qui emprunte les procédés de la police, les deux notions divergent quant à leur finalité. La régulation n'a pas un but d'ordre public mais elle est instaurée afin d'unifier le marché sectoriel déterminé et d'assurer la fourniture d'un service public économique.

La régulation tend également à être confondue avec la réglementation. Là encore, le procédé de la réglementation est inclus dans la régulation : le régulateur dégage des règles pour le bon fonctionnement du secteur d'activité dont il a la charge.

La multiplication des échanges intracommunautaires, similaire à celle décrite par l'école du droit administratif international[392], nécessite une meilleure coordination des réglementations au niveau supranational. Les États ont transposé les directives sectorielles et ont donc créé des régulateurs nationaux mais des disparités d'interprétation subsistent entre les États et les

[388] Les juristes linguistes sont les traducteurs des différents textes législatifs et judiciaires des institutions de l'Union.

[389] DELVOLVÉ Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 562-563 : « *C'est seulement l'aménagement d'un système particulier de la police de la concurrence des télécommunications qui est examiné. Il se caractérise par la création d'une institution nouvelle , l'autorité de régulation des télécommunications.* »

[390] GAUDEMET Yves, « Droit administratif », LGDJ, 18e édition, septembre 2005, p. 355 : « *La régulation apparaît alors pour ce qu'elle est : une police économique justifiée par un objectif explicite, l'ouverture à la concurrence et le maintien de celle-ci.* »

[391] MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *op. cit.*, tome 2 : « Expériences européennes », p. 38.

[392] Voir Partie I, titre I, chapitre 1, p. 21

connexions interréseaux restent imparfaites. Dans le Livre vert sur les services d'intérêt général, la Commission pose ouvertement la question de l'opportunité de réguler les activités des SIEG au niveau communautaire : « *est-il nécessaire de créer des autorités réglementaires européennes ?*[393] »

La Commission évoque à demi-mot, dans ce même document, la création d'établissements publics communautaires indépendants chargés de l'évaluation des réseaux : « *en outre, l'évaluation effectuée par la Commission au niveau communautaire n'exclut pas que des évaluations supplémentaires soient effectuées à d'autres niveaux (conformément au principe de subsidiarité) ou par d'autres organismes. La question de savoir si un évaluateur travaillant au niveau communautaire devrait être indépendant par rapport à la Commission et/ou aux États membres doit encore être débattue.*[394] »

Dans le Livre blanc sur les SIG de 2004, la Commission n'évoque plus que modestement cette perspective : « *la Commission encouragera la coopération des autorités de régulation nationale au travers de réseaux de régulateurs*[395]. » On peut tout de même affirmer qu'il y a un besoin de régulation au niveau européen car certains secteurs présentent des dysfonctionnements lors des échanges transfrontaliers. L'exemple le plus patent est la panne d'électricité intervenue le 4 novembre 2006 qui a privé pendant deux heures dix millions de foyers répartis sur huit États membres[396].

L'Union européenne a donc expérimenté des modes de régulation formels et informels des secteur en réseaux. Ces expériences montrent qu'il y a un besoin d'achèvement du marché commun (section 1). Les institutions ont également créé des agences communautaires chargées de réguler certains réseaux. Cependant leurs prérogatives restent, en général, encore modestes (section 2).

Section 1 Un besoin d'achèvement du marché commun

La régulation d'un secteur économique comme les activités de service public en réseau est une mission dont l'exercice doit être nécessairement partagé entre les États membres qui sont les plus aptes à réguler leur réseau national et l'Union européenne qui est amenée à superviser l'action de ses États membres (§ 1).

L'Union européenne a expérimenté plusieurs modes de régulation institutionnelle. Les premiers essais ont été menés dans les groupements de type corporatif sous la forme d'associations d'entreprises ou d'association de régulateurs nationaux. La Commission est

[393] Communication de la Commission, « Livre vert sur les SIG », COM (2003) 270, p. 55.
[394] *Idem*, § 72, p. 63.
[395] Communication de la Commission du 12 mai 2004, « Livre blanc sur les SIG », COM (2004) 374, p. 20.
[396] http://www.euractiv.com/fr/energie/black-out-total-vit-europe/article-159419.

également assistée par des comités et a parallèlement établi des groupes informels de régulation. L'ensemble de ces tentatives, basées sur les principes du *soft law*, se sont avérées insuffisantes pour véritablement réguler les services en réseaux (§ 2).

§ 1 La régulation des réseaux : une activité nécessairement partagée

L'établissement effectif d'un marché commun a rendu nécessaire l'ouverture des réseaux à la concurrence. Les régulateurs nationaux sont chargés de veiller au bon fonctionnement des secteurs sous leur responsabilité. Cependant, un marché unique ne peut être uniquement régulé au niveau national. Une régulation effectuée par ou pour l'Union européenne se justifie dans certaines situations (A). La régulation des réseaux nous apparaît centralisée pour la définition de son contenu et déconcentrée pour son application (B).

A Critère de la régulation communautaire

Dans le rapport remis au ministre français des Transports en 2003, le groupe d'étude dirigé par Christian Stoffaës définit la régulation au niveau communautaire comme « *une forme d'intervention publique qui vise à ouvrir puis à préserver la concurrence dans des zones de l'économie où le risque de formation ou de retour à une situation de monopole est particulièrement prégnant, à contrôler les secteurs où la concurrence fonctionne imparfaitement, à attribuer dans des conditions efficaces des ressources rares (fréquences occupation des sols, sillons de transports)*[397]. »

Les rapporteurs estiment que trois critères non-cumulatifs permettent de justifier le recours à une régulation au niveau communautaire. Il s'agit tout d'abord d'un réseau dont la maille d'extension géographique est européenne, donnant lieu à d'importants échanges transfrontaliers (1). Ensuite, la régulation communautaire de ce réseau peut s'imposer en raison de négociations importantes avec des États tiers (2). Enfin, le dernier critère est l'importance des considérations d'intérêt général dans les objectifs déterminés par les autorités publiques et assignés à la régulation du secteur qui seraient incompatibles avec l'application sans nuances de règles de concurrence et requérant de ce fait des compromis et des arbitrages (3).

1 Un réseau aux nombreux échanges transfrontaliers

Le premier critère permettant de justifier une régulation au niveau communautaire est l'importance des échanges transfrontaliers. Certains types de réseaux n'ont aucune dimension

[397] Rapport du groupe présidé par Christian STOFFAËS, *Vers une régulation européenne des réseaux*, coll. ISUPE, novembre 2003, p. 13.
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000531/index.shtml#.

internationale et, dans ce cas, il est totalement inutile de réguler au niveau supranational. Il s'agit de tous les réseaux locaux. Par exemple, les réseaux d'eau potable sont gérés de manière locale en fonction des nappes phréatiques. Il existe de manière exceptionnelle des exemples de solidarité transfrontalière en période de sécheresse, comme ce fut le cas en mai 2008, lorsque la ville de Barcelone fut en partie approvisionnée par la ville de Marseille[398]. Mais ces situations restent exceptionnelles et ne nécessitent pas une action supranationale[399].

Les réseaux fortement utilisés au niveau transfrontalier sont les transports ferroviaires à grande vitesse, les transports aériens et la gestion d'une partie du domaine public : les fréquences.

Ce critère est en fait l'application simple du principe de subsidiarité. Les activités locales dépendent des régulateurs locaux et les activités transeuropéennes comme les transports ferroviaire, aérien et maritime sont davantage du ressort de l'Union.

2 Une régulation communautaire en raison des négociations internationales

C'est la politique énergétique de l'Union qui nous semble le mieux correspondre à cette hypothèse. La sécurisation en approvisionnement de l'énergie a toujours été un élément clef dans la constitution de l'Union. L'unification de la production et de la réglementation de l'énergie est à la base de la création des Communautés européennes. Dans le Traité de Paris portant création de la Communauté du charbon et de l'acier, l'approvisionnement régulier de la Communauté en charbon, en énergie représentait l'un des objectifs du Traité. En 1957, le Traité Euratom présentait déjà l'énergie atomique comme l'énergie du futur pour les États européens. En 2009, la sécurité énergétique de l'Union européenne dépend en grande partie de son approvisionnement en carburants fossiles. Dans le domaine de l'approvisionnement en gaz naturel, l'Union mène deux grandes négociations qui justifient le *leadership* communautaire. Il s'agit tout d'abord des négociations avec la Russie pour l'approvisionnement en gaz. L'enjeu de l'accès au gaz est crucial pour l'Union. La Commission européenne estime : « *en ce qui concerne l'UE, le gaz constitue la plus grande source d'inquiétude car un certain nombre d'États membres sont excessivement dépendants d'un fournisseur unique. Les aléas politiques dans des pays fournisseurs ou de transit, les accidents ou les catastrophes naturelles, les effets du changement climatique rappellent à l'UE la vulnérabilité de son approvisionnement direct en énergie*[400]. » Si l'Union européenne

[398] La Société des eaux de Marseille a conclu avec Aguas de Barcelona en janvier 2008 un contrat d'une durée de six mois prévoyant la livraison par bateau de 500 000 m^3 d'eau par mois.

[399] Dans le domaine de l'accès à l'eau potable sur le pourtour méditerranéen, il y a tout de même des actions dans le cadre de l'Union pour la Méditerranée pour développer et adapter les infrastructures (dépollution, canalisations, désalinisation) mais il s'agit d'une action régionale, en partie extérieure à l'Union européenne.

[400] Communication de la Commission du 13 novembre 2008, « Deuxième analyse stratégique de la politique

n'importe qu'environ un tiers du gaz naturel de Russie, dans les faits, six États[401] de l'Union dépendent exclusivement du gaz russe. Ces États sont fréquemment victimes de rupture de livraison au début du mois de janvier en raison des négociations annuelles sur le prix du gaz entre la Russie et l'Ukraine. Le manque de connexion des réseaux européens limite toute réelle capacité de solidarité à l'intérieur de l'Union.

Les autres négociations internationales dans le secteur du gaz sont également liées à la sécurité d'approvisionnement : il s'agit du projet de pipeline Nabucco qui permettrait à l'Union de se fournir en gaz auprès du Kazakhstan. Le tracé traverserait le territoire de la Géorgie, de la Turquie[402] et irait jusqu'en Autriche en passant par la Bulgarie et la Roumanie.

D'autres services en réseaux sont négociés par l'Union européenne. Il peut s'agir des accords sur le transport aérien et de l'attribution des fréquences. L'Union européenne participe, au sein de l'UIT et de l'OACI, aux négociations internationales. Dans le domaine du transport aérien, c'est la Communauté (et ses États membres) qui négocie et signe des accords mixtes[403] bilatéraux en matière d'échange d'informations sur les passagers et les visas[404].

3 L'importance des objectifs d'intérêt général et le nombre important d'arbitrages potentiels pour le régulateur

Ce troisième critère dégagé par les rédacteurs du rapport Stoffaës nous semble moins pertinent que les deux premiers. Si les négociations internationales et la multiplication des échanges entre États justifient une régulation au niveau communautaire, l'importance des missions d'intérêt général ne nous apparaît pas comme permettant de faire fonctionner la subsidiarité. Les pouvoirs nationaux et locaux sont tout autant à même que les autorités communautaires d'effectuer des arbitrages en tenant compte des missions d'intérêt général. Les autorités administratives indépendantes, les systèmes judiciaires nationaux garantissent une impartialité dans l'appréciation des situations. Le mécanisme de la question préjudicielle

---

énergétique. Plan d'action européen en matière de sécurité et de solidarité énergétiques », COM (2008) 781, p. 4.

[401] Sources rapportées dans l'article de Didier BOURGUIGNON, « Quel rapport entre libéralisation du marché gazier et sécurité énergétique ? », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, mars 2008, p. 181. Lettonie, Lituanie, Estonie, Bulgarie, Slovaquie dépendent à 100 % du gaz russe, la Finlande à 95 %, la Hongrie, l'Autriche, la République tchèque et Grèce à plus de 70 %.

[402] Ce projet est très favorablement accueilli par la Turquie car le contrôle de l'infrastructure énergétique de l'Union lui donnerait des moyens de négociations supplémentaires pour l'ouverture de nouveaux chapitres en vue de la préparation de son adhésion à l'Union.

[403] Voir notamment l'arrêt de la Cour du 31 mars 1971 : Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes, accord européen sur les transports routiers (AETR), affaire 22-70, recueil de jurisprudence, 1971, p. 263.

[404] Décision du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, 2007/339/CE du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part. JOUE n° L 134 du 25 mai 2007, p. 1-3.

permet, en outre, si des doutes sérieux d'interprétation de la directive se posent, de solliciter l'interprétation de la juridiction communautaire.

B La Commission européenne, régulateur naturel des réseaux transeuropéens

L'article 211 du Traité de la Communauté confère à la Commission le pouvoir de veiller à la bonne application du Traité. La réalisation effective du marché commun est l'un des principaux objectifs de la Communauté. En outre, les directives sectorielles imposent à la Commission européenne de réaliser des évaluations de la bonne application des directives par les États membres.

La Commission européenne nous apparaît comme le régulateur de droit commun des SIEG. En effet, le Traité de la Communauté lui confère le rôle de gardienne des Traités. Cette mission lui donne d'importants pouvoirs, notamment dans le domaine de la concurrence. Elle peut utiliser les procédés d'enquête, de vérification sur pièce, d'amende et de contrôle préalable des concentrations d'emprises de dimension communautaire. Les articles 16 et 73 du Traité de la Communauté, qui visent à garantir l'accès au service public dans les Transports et aux SIEG, peuvent également légitimer un contrôle accru de la Commission.

La Commission dispose également de l'indépendance nécessaire pour être un régulateur. L'article 213.2 du Traité de la Communauté énonce que « *les membres de la Commission exercent leurs fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général de la Communauté. Dans l'accomplissement de leur devoir, ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme.* […] *Chaque État membre s'engage à ne pas chercher à influencer les membres de la Commission dans l'exécution de leur tâche.* »

La Commission nous apparaît d'autant plus apte à réguler le marché des services en réseaux que, contrairement aux États membres, elle ne se trouve pas dans des situations de conflits d'intérêt. Dans les secteurs de l'énergie ou des transports, les États membres possèdent encore tout ou partie du capital des opérateurs historiques[405] et ont le réflexe de défendre les entreprises nationales.

Les directives sectorielles confèrent également à la Commission un pouvoir d'évaluation de la bonne application du contenu des directives. La Commission doit ainsi soumettre des rapports réguliers au Parlement européen. Si la régulation des services en réseaux est exercée selon le principe de subsidiarité, les États ont naturellement une compétence étendue sur leurs réseaux. La Commission ne procède qu'à un contrôle pour superviser la bonne application des directives. On peut ainsi estimer que les réseaux sont corégulés au sens de l'accord

[405] À titre d'exemple, l'État français possède toujours en 2009 l'intégralité du capital de la poste, de la SNCF, 85 % d'EdF, 40 % de GdF-Suez, 23,2 % de France Télécom et 15,7 % d'Air France-KLM.

interinstitutionnel de 2003 intitulé « mieux légiférer[406] ». Pour réguler les activités transnationales, la Communauté a initialement essayé d'utiliser des procédés de *soft law* mais ces derniers se sont avérés insuffisants pour réguler efficacement le marché commun.

§ 2 L'insuffisance d'une régulation communautaire basée sur le *soft law*

Au niveau européen, diverses expérimentations ont été entreprises pour trouver des règles communes de fonctionnement des réseaux et réguler les échanges transfrontaliers. Les associations d'opérateurs (A), les forums entre régulateurs nationaux, entreprises et Commission européenne (B) et les groupes formels de régulateurs créés par la Commission (C) ont certes tous été facteurs de progrès dans la régulation mais n'ont pas permis la réalisation pleine et entière du marché commun des services en réseaux[407].

A La coopération au sein d'associations : l'échec de l'autorégulation

Les différents régulateurs nationaux se sont spontanément réunis indépendamment des demandes ou besoins de la Commission européenne. Ces entités sont le plus souvent strictement informelles, parfois même dénuées de personnalité morale. Les échanges de points de vue n'engagent aucunement leurs membres mais permettent d'aborder librement les difficultés liées à la constitution effective d'un marché commun dans les différents secteurs en réseaux. Les régulateurs nationaux des secteurs des télécommunications, de l'énergie et des postes furent les premiers à se réunir de manière non officielle.

Créé en octobre 1992 sous les auspices[408] de la Conférence européenne des administrations des postes et télécommunications pour coordonner les régulateurs du secteur postal, le Comité européen de régulation postale est composé des représentants de cinquante États situés sur le continent européen au sens large[409]. Ce groupe essaie de trouver des positions communes sur une meilleure définition de la notion de service universel, des droits des consommateurs, éclaircir certaines règles de concurrence et améliorer les services postaux transfrontaliers.

Dans le secteur de l'énergie, les régulateurs ont signé en mars 2000 un mémorandum dans lequel ils s'engagent à créer volontairement le Conseil de régulation européen afin de faciliter la coopération dans leur intérêt commun pour la promotion de l'intérieur de l'électricité et du gaz. Pour faire face à un nombre croissant de problèmes et améliorer la coopération au niveau opérationnel, les régulateurs ont décidé en 2003 de s'établir formellement sous la forme d'une

[406] Accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer », JO C 321 du 31 décembre 2003, p. 1.
[407] Voir notamment Laurence IDOT, « La mise en réseau des autorités de régulation », RDP n° 3, 2008, p. 787.
[408] L'acte fondateur mentionne l'expression « *under the umbrella* », http://www.cept-cerp.org/.
[409] Union européenne, Russie, Turquie, Azerbaïdjan, États des Balkans et micro-États européens.

association à but non lucratif de droit belge établie à Bruxelles. Ce comité comprend aujourd'hui vingt-neuf régulateurs (Union européenne, Norvège et Islande).
Ces associations agissent comme des groupes de relations institutionnelles, des lobbies, avec les institutions européennes et les autorités nationales de concurrence. Ils échangent des points de vue, présentent des amendements aux différents projets de l'Union européenne. Ce Comité entretient également des relations avec ses homologues situés en Amérique du Nord.

B Les forums de l'énergie de Madrid et de Florence

Les forums de Madrid et de Florence ont été créés à l'initiative de la Commission européenne en 1998 et en 1999. Ces fora se réunissent une à deux fois par an et sont composés de la Commission européenne, des régulateurs nationaux, des États membres de l'Union, de la Norvège,de la Suisse et des parties intéressées (industries productrices et consommatrices d'énergie). Il s'agit, à la suite des directives électricité[410] de 1996 et gaz de 1998[411], de lever les obstacles aux échanges transfrontaliers.
Le forum de Florence sur l'électricité doit proposer des règles nouvelles sur les deux principales difficultés liées à la création d'un véritable marché unique de l'énergie : la tarification des échanges transfrontaliers et la gestion des congestions des réseaux. Certains États, au centre du réseau, sont fortement sollicités par les autres États pour faire circuler de l'énergie. Cette mise à disposition du réseau engendre des coûts qui doivent être récupérés par le gestionnaire national. La tarification ne se fait pas en fonction de la distance parcourue par le flux d'énergie mais en fonction de la quantité d'énergie transportée. Ce choix est issu du forum de Florence.
L'origine des congestions peut être structurelle, liée au déficit d'infrastructures et aux difficultés d'accéder à certains États comme Malte ou l'Irlande ou encore les États baltes. Il existe également des congestions conjoncturelles liées à des conditions climatiques défavorables ou à des difficultés momentanées de production.
Les décisions prises dans ces deux fora n'ont qu'une valeur indicative. Cependant, la Commission européenne peut retenir le consensus dégagé et l'intégrer dans certaines directives où les régulateurs nationaux peuvent également les intégrer s'ils le souhaitent.
Cette dimension informelle a apporté des améliorations au fonctionnement du marché commun mais s'est avérée insuffisante pour lever l'ensemble des obstacles.

[410] Directive 96/92/CE du Parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOCE n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 20-29.
[411] Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JOCE L 204 du 21 juillet 1998, p. 1.

En 2003, à la suite du deuxième paquet énergie, la Commission a décidé, de créer un groupe de travail plus officiel réservé aux régulateurs nationaux dans le domaine de l'énergie. Ce groupe ne se substitue pas au forum qui continue ses consultations avec de larges acteurs.

C Les premières initiatives formelles de la Commission : les groupes de régulateurs

La Commission européenne a créé en 2002 et 2003, à la suite des directives sur l'énergie et les communications électroniques, des groupes de régulation davantage institutionnalisés. Ces groupes sont composés de l'ensemble des dirigeants des régulateurs nationaux de l'Espace économique européen. Les trois groupes principaux furent créés pour les réseaux des télécommunications, de l'énergie et de l'aviation civile.

1 Le groupe de régulateurs des télécommunications

Le rôle principal de ce groupe de travail est d'assurer une connexion entre la Commission européenne et les régulateurs des États membres. Ces liens institutionnalisés sont indispensables pour la Commission : cela lui permet de s'assurer de l'application effective et uniforme des directives adoptées pour le secteur des communications. La commission lui attribue également des missions de conseil et d'assistance pour assurer la consolidation du marché intérieur des télécommunications.

Dans deux révisions de la décision de 2002 intervenues en 2004[412] et 2007[413], la Commission européenne a rationalisé la composition du groupe en la limitant à un membre par État et a arrêté elle-même la liste des régulateurs nationaux. La révision de 2004 a également étendu la composition du groupe aux États membres de l'Espace économique européen et aux États candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Ces nouveaux participants ont le statut d'observateurs. Ce groupe émet des propositions à la Commission sur le contenu du service universel, les tarifications transfrontalières avec la téléphonie fixe et mobile, le déploiement des réseaux de fibre optique.

2 Le groupe de régulateurs de l'énergie

La Commission a créé un groupe consultatif indépendant pour les secteurs de l'électricité et

[412] Décision de la Commission du 14 septembre 2004 modifiant la décision 2002/627/CE instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, JOUE L 293 du 16 septembre 2004, p. 30-31.

[413] Décision de la Commission du 6 décembre 2007 modifiant la décision 2002/627/CE instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, JOUE L 323 du08 décembre 2007, p. 43-44.

du gaz[414], appelé Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG). Ce groupe a pour mission d'assister la Commission européenne et de la conseiller dans sa mission de consolider le marché de l'énergie. « *Le groupe aura pour tâche de faciliter la consultation des autorités nationales de régulation et la coordination et la coopération entre ces autorités en contribuant l'application uniforme, dans tous les États membres, des dispositions des directives 2003/54/CE et 2003/55/CE et du règlement (CE) n° 1228/2003, ainsi que des éventuelles futures dispositions législatives communautaires dans le domaine de l'électricité et du gaz*[415]. » Les régulateurs nationaux doivent être représentés par leurs directeurs respectifs. Les membres sont les États de l'Espace économique européen ; les États non membres de l'Union (Suisse, Norvège et Islande) ont un statut d'observateur.
Les travaux de ce groupe ont conduit à la création de marchés intermédiaires entre le marché national et un grand marché unique. Ce groupe a créé sept marchés régionaux d'électricité et trois pour le gaz.

3 Les autorités conjointes de l'aviation[416] (JAA)

Ces autorités ont été instaurées par la Conférence européenne de l'aviation civile (dont elles sont une instance associée) et ont commencé leur activité en 1970. Elles comptent actuellement quarante États membres. Les objectifs principaux des JAA sont les suivants : assurer de hauts niveaux communs de sécurité au sein des États membres ; contribuer à une concurrence saine et loyale entre les secteurs industriels du domaine aéronautique des différents États membres par le biais de l'application de normes de sécurité uniformes ; garantir des coûts de sécurité supportables et des entraves réglementaires minimales, de manière à contribuer à la compétitivité internationale des entreprises européennes. Les JAA seront remplacées au 30 juin 2009 par l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA).

Le considérant 31 du règlement portant création de l'Agence dispose en effet : « *transférer efficacement vers l'Agence les fonctions et tâches assumées jusqu'ici par les États membres ainsi que celles résultant de la coopération entre eux, par l'intermédiaire des Autorités conjointes de l'aviation (JAA)*[417] ».

Pour la Commission, les JAA n'ont pas eu l'efficacité suffisante pour unifier le marché

[414] Décision de la Commission européenne du 11 novembre 2003, n° 2003/796, JOUE L296 du 14 novembre 2003, p. 34-36.
[415] *Idem*, p. 35, article 1.2.
[416] Joint Aviation Authorities.
[417] Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE, JOUE L 79 du 13 mars 2008, p. 4.

commun. La communication de 2005 relative à l'Agence européenne pour la sécurité aérienne énonce : « *Les Autorités conjointes de l'aviation (JAA) élaborent depuis longtemps des règles relatives aux opérations des aéronefs effectuant du transport aérien commercial ou aux licences et à la formation des équipages, mais l'application de ces règles est laissée à l'appréciation des États parties prenantes et elles se retrouvent donc mises en œuvre, lorsqu'elles le sont, de manières très différentes à travers la Communauté. Par suite, le niveau de sécurité n'y est pas uniforme. En outre, la persistance de divergences nationales perturbe également le bon fonctionnement du marché intérieur*. »

Les premières expérimentations de régulation au niveau de l'Union furent imparfaites. Le caractère facultatif des préconisations retenues, les modes de décision par consensus ont empêché la levée des barrières entre États pour l'accès et la circulation des services en réseaux.
La Commission a donc progressivement créé des organismes communautarisés sous la forme d'agences qui ont pour but de remplacer les forums et autres associations informelles.

Section 2 Vers une régulation communautaire institutionnalisée

La Commission européenne a constaté les carences de la régulation par le *soft law*, elle a donc mis en œuvre des agences déconcentrées chargées de missions de régulation. Ces organismes des communautés sont soit chargés de réguler par eux-mêmes de larges pans d'un secteur d'activité - ils disposent pour ce faire de pouvoir de décisions individuelles étendu - soit de coordonner l'action des régulateurs nationaux. Cependant, les agences restent soumises aux règles de la jurisprudence Meroni qui encadrent strictement les délégations de pouvoir de la Commission. Les agences ont donc des moyens d'action encore mesurés (§ 1) mais il existe cependant des bases juridiques dans les Traités actuels et dans le Traité de Lisbonne pour densifier leurs prérogatives (§ 2).

§ 1 Des régulateurs communautaires aux pouvoirs mesurés

Les Communautés ont créé des agences pour réguler certains secteurs économiques en réseaux. Ces agences ne constituent pas, en droit, de réelles autorités dotées d'un pouvoir normatif général. Cependant, elles ont acquis, au fil des révisions de leurs prérogatives, un rôle de plus en plus conséquent, notamment dans le secteur de la sécurité des transports (A). Dans le domaine de l'énergie et des télécommunications, la Commission a proposé, en 2007, la création d'agences coordinateurs des régulateurs nationaux. Au cours du processus

législatif, l'Autorité des télécommunications semble s'orienter vers un rôle assez réservé, au contraire de l'Agence de coordination des régulateurs de l'énergie (B).

A Les agences pour la sécurité des transports

L'Union européenne a créé, dans le secteur des transports, trois agences chargées de la sécurité. Une Agence pour la sécurité maritime[418], une chargée de la sécurité aérienne[419] et une Agence ferroviaire[420]. Les agences des secteurs ferroviaire et aérien ont pour même fonction de développer une approche commune pour la sécurité de leur secteur respectif et de conseiller la Commission (1). Cependant, l'Agence pour la sécurité aérienne dispose de bon nombre de prérogatives qui nous permettent de la qualifier d'autorité et non d'agence (2).

1 Des missions consultatives communes

L'Agence ferroviaire (ERA) et l'Agence de la sécurité aérienne (EASA) ont toutes deux les deux mêmes objectifs principaux : il s'agit de finaliser la réalisation d'un marché commun pour les activités en réseaux et de déterminer des règles pour la sécurité dans leur secteur d'activité.

Ainsi, l'article premier du règlement instituant l'Agence ferroviaire énonce : « *l'Agence a pour objectifs de contribuer, sur le plan technique, à la mise en œuvre de la législation communautaire visant à améliorer la position concurrentielle du secteur ferroviaire en renforçant le niveau d'interopérabilité des systèmes ferroviaires et à développer une approche commune en matière de sécurité du système européen, afin de contribuer à la réalisation d'un espace ferroviaire européen sans frontières et garantissant un niveau de sécurité élevé*[421]. »

Le règlement de 2008 attribue à l'AESA la mission autrefois conférée aux Autorités communes de l'aviation et donne de larges compétences à l'Agence en matière de sécurité. L'AESA est notamment chargée en matière de sécurité d'assister « *la Commission en préparant les mesures à prendre pour la mise en œuvre du présent règlement* […]*, la Commission ne peut pas modifier leur contenu sans coordination préalable avec l'Agence. L'Agence apporte également à la Commission le soutien technique, scientifique et*

[418] Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOUE L 208 du 5 août 2002, p. 1-9.
[419] Règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne. JO L 240 du 7 septembre 2002, aujourd'hui abrogé et remplacé par le règlement 216/2008 du 20 février 2008.
[420] Règlement (CE) n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne, JOUE L 164 du 30 avril 2004.
[421] *Idem*, article 1 § 2, p. 5.

administratif nécessaire à l'accomplissement de ses missions[422]. »

Ces deux agences partagent deux types de mesures pour accomplir leurs missions : les avis et les recommandations[423].

Le secteur ferroviaire fait au moment de la constitution de l'agence l'objet de restrictions aux échanges en raison de non-reconnaissance par les États des certifications techniques issues des autres États membres. Comme dans les autres secteurs en réseaux, les rencontres informelles ne sont pas parvenues à unifier les procédures entre les différents acteurs du secteur ferroviaire. La Commission européenne fait du comblement de ces lacunes l'une des raisons de la création de l'ERA[424]. Les recommandations de l'ERA à la Commission concernent toutes des domaines d'harmonisation technique ou administrative. À titre d'exemple, le service d'entretien d'une locomotive doit être effectué dans un centre agréé par le régulateur national. Une locomotive d'un État A ne pouvait être réparée ou entretenue dans un État B car l'État A ne reconnaissait pas la capacité technique aux entreprises de l'État B. Dans ce domaine, l'article 16 du règlement constitutif de l'ERA dispose que « *l'agence établit un système européen de certification des ateliers d'entretien du matériel roulant et formule des recommandations en vue de la mise en œuvre de ce système*[425]. » Les autres domaines dans lesquels l'ERA fait des recommandations sont l'évaluation des compétences professionnelles selon des critères uniformes, l'immatriculation des matériels roulants, des méthodes de sécurité communes pour le soutien technique, les conditions de travail des personnels qui effectuent des tâches à risques et l'élaboration d'un formulaire commun pour les certificats de sécurité.

Les avis se distinguent des recommandations en ce qu'ils sont produits sur saisine de la Commission et non spontanément comme les recommandations. La Commission peut demander à l'ERA des avis dans trois domaines : la vérification de la compatibilité de nouvelles règles de sécurité nationale, l'interopérabilité avec les réseaux de nouvelles infrastructures et la surveillance des organismes nationaux notifiés.

---

[422]Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile, instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n° 1592/2002 et la directive 2004/36/CE, JOUE L 79 du 13 mars 2008, article 17 b, p. 14.

[423] *Idem*, p. 14, article 18 : « *Le cas échant, l'agence peut : a) émettre des avis adressés à la Commission, b) émettre des recommandation adressées à la Commission.* »

[424] COM 2002/23 final du 23 janvier 2002, proposition de règlement du Parlement et du Conseil instituant une agence ferroviaire, p. 2 § 2 : « *Celles-ci ont institué une coopération entre entreprises dans le cadre de l'UIC, coopération qui a certes permis d'établir un socle minimal, mais qui s'est révélée incapable de faire converger réellement les différents systèmes nationaux.* »

[425] Règlement de l'ERA, article 16 § 1, p. 8.

Ces fonctions de recommandation ou d'avis sont consultatives et correspondent au champ d'action traditionnel des agences, lié à un besoin d'expertise technique[426] de la Commission européenne. Il n'y a pas pour ces missions de délégation de pouvoirs « arbitraire ». Il est encore aujourd'hui difficile de réaliser un bilan de l'action de l'ERA : le règlement de 2004 prévoyait dans son article 42 une entrée en application vingt-quatre mois après la publication du règlement et une première évaluation par la Commission dans les cinq ans qui suivent le commencement des activités (article 43). L'activité a donc commencé en avril 2006 et l'évaluation sera effectuée par la Commission en 2011.

L'Agence européenne pour la sécurité maritime est également chargée d'une mission d'assistance technique de la Commission européenne. Le troisième considérant du règlement constitutif de l'Agence dispose qu'« *il importe que l'Agence assiste la Commission dans le processus continu de mise à jour et de développement de la législation communautaire dans le domaine de la sécurité maritime et de la prévention de la pollution causée par les navires et lui fournisse le soutien nécessaire pour garantir une mise en œuvre convergente et efficace de cette législation dans toute la Communauté*[427] ».

Certes les trois agences ont un rôle classique de conseil mais, comme le remarque à juste titre le professeur Loïc Grard, « *elles ne s'y cantonnent pas,* […] *elles vont bien au-delà*.[428] » Ces fonctions de conseil sont en réalité des préparations de mesures législatives. Les recommandations ou avis liés aux affaires techniques sont reprises par la Commission et intégrées dans des projets de directives ou de règlements. C'est ce que Loïc Grard nomme « *la sous-traitance technique des choix politiques*[429] ».

L'Agence pour la sécurité maritime et l'Agence ferroviaire présentent une spécificité par rapport à l'Agence aérienne : elles conseillent et forment également les États. Cette particularité est formulée au quatrième considérant du règlement constitutif de l'Agence maritime qui énonce : « *il y a lieu que l'Agence coopère avec les États membres pour organiser des actions appropriées de formation sur des questions relatives au contrôle par l'État du port et sur celles qui relève de la compétence de l'État du pavillon et apporter une aide technique à la mise en œuvre de la législation communautaire*[430]**.** » Ces coopérations se

[426] Voir Partie II titre I chapitre 1, p. 200

[427] Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOUE L 208 du 5 août 2002, p. 1

[428] GRARD Loïc, « Sécurité et transports dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation », annexe III h du rapport Stoffaës, « Vers une régulation européenne des réseaux », coll. ISUPE, novembre 2003, p. 224. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000531/index.shtml#.

[429] GRARD Loïc, « sécurité et transports dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation », annexe III h du rapport Stoffaës, « Vers une régulation européenne des réseaux », coll. ISUPE, novembre 2003, p. 225.

[430] Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOUE L 208 du 5 août 2002, p. 1.

concrétisent sous la forme d'organisation de formation des autorités nationales (2c I), de mise au point technique pour mettre en œuvre la législation communautaire (2c II). En outre, l'AESM a également un rôle de conseil pour les États candidats à l'adhésion de l'Union (2G).

L'article 10 du règlement instituant l'Agence ferroviaire lui confère un rôle consultatif spécifique : « *les organismes de contrôle nationaux visés à l'article 30 de la directive 2001/14/CE*[431] *peuvent demander un avais technique à l'Agence pour ce qui concerne les aspects liés à la sécurité dans des affaires dont ils ont à connaître.* »

Ces agences, conseillers de la Commission et formateurs des États, nous apparaissent avoir une possession d'état d'agence fédérale. Elles possèdent, en droit, des compétences consultatives qui par définition n'ont pas de valeur exécutoires. Cependant, la Commission reprend ces avis pour les transformer en règles. Au surplus, la valeur des avis de l'Agence aérienne est plus que consultative mais pas encore réglementaire. L'article 17 b du règlement de 2008[432] énonce à propos de la fonction d'assistant de l'AESA auprès de la Commission que « *s'il s'agit de prescriptions techniques, et notamment de règles liées à la construction, à la conception ou à des aspects opérationnels la Commission ne peut pas modifier leur contenu sans coordination préalable avec l'Agence.* »

Cet alinéa, absent de la proposition initiale de la Commission[433], est le fruit d'un compromis politique entre le Parlement et le Conseil.

Le Parlement avait proposé dans son rapport de juillet 2001, en première lecture, la formulation suivante : « *s'il s'agit de prescriptions techniques et, notamment des règlements de construction, la Commission leur donne effet sans vérification matérielle supplémentaire*[434]. » Le Parlement justifiait doublement cette formulation : « *la volonté politique veut que l'Agence joue un rôle aussi poussé et indépendant que possible. C'est en considération de l'état du traité que ces modifications sont apportées*[435]. »

---

[431] Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, article 30 de la directive : « *Les États membres instituent un organisme de contrôle. Cet organisme, qui peut être le ministère chargé des questions de transports ou tout autre organisme, est indépendant des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, des organismes de répartition et des candidats, sur le plan organisationnel, juridique, décisionnel et pour ce qui est décisions en matière financière* », JOCE L 75 du 15 mars 2001, p. 41.

[432] Cet article est identique à l'article 12 du premier règlement de 2002, règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, JOUE L 240 du 7 septembre 2002.

[433] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes dans le domaine de l'aviation et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne COM 200/595, JO C 154E du 29 mai 2001, p. 1.

[434] Rapport du Parlement du 13 juillet 2001 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes dans le domaine de l'aviation et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, rapporteur M. Ingo Schmitt, A5-0279/2001, amendement n° 21, p. 17.

[435] *Idem*.

Le Conseil n'a pas repris cet amendement dans la position commune du 18 décembre 2001[436]. Une première formule de compromis favorable au Parlement a été dégagée au cours d'un trilogue informel tenu entre la première et la deuxième lecture[437] : « *la Commission ne modifie pas leur contenu sans l'accord de l'Agence.* » La version définitive a été adoptée en deuxième lecture. L'expression « *coordination préalable* » signifie, selon nous, que la Commission doit s'entretenir avec l'Agence mais qu'elle reste tout de même libre de modifier les spécifications techniques retenues par l'organisme déconcentré. Cette formulation a été retenue pour maintenir le pouvoir d'initiative de la Commission tout en vérifiant préalablement les conséquences de ces modifications en termes de sécurité et de protection de l'environnement[438].

Les trois agences des transports préparent le travail législatif de la Commission. L'Agence ferroviaire et de sécurité maritime assiste la Commission dans son rôle de régulateur communautaire. Cependant, l'Agence pour la sécurité aérienne dispose d'autres prérogatives, de pouvoirs de décisions étendus qui permettent de la considérer comme une autorité de régulation.

2 L'Agence pour la sécurité aérienne : une agence fédérale

Les règlements de 2002 et 2008 confèrent à l'agence les plus importantes prérogatives parmi les agences du premier piler. L'Agence dispose de vastes pouvoirs de décision (a), d'enquête et d'inspection (b). Le règlement crée également un organe interne à l'agence, de nature quasi juridictionnelle, chargé du contentieux des actes de celle-ci (c).

a Le pouvoir de décision de l'agence

L'article 18 d du règlement relatif aux mesures adoptées par l'Agence dispose qu'elle « *peut prendre des décisions concernant l'application des articles* » relatifs à la navigabilité, la certification des pilotes, la certification de l'exploitation, les exploitants des pays tiers, les inspections des États et des entreprises. Le pouvoir de décision est très conséquent.

---

[436] Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, document Conseil 13382/01, p. 5.

[437] Recommandation du Parlement européen pour la deuxième lecture, A5-0093/2002, 21 mars 2002, la justification de l'amendement est : « *Amendement de compromis, conclu en accord avec le Conseil et la Commission* », p. 10-11.

[438] Avis de la Commission conformément à l'article 251, paragraphe 2, troisième alinéa, point c, du Traité CE sur les amendements du Parlement européen à la position commune du Conseil concernant la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes dans le domaine de l'aviation et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne portant modification de la proposition de la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2, du traité CE COM/2002/0241 final, COD 2000/0246.

Le législateur de l'Union a communautarisé la délivrance des certificats et les agréments pour l'ensemble de la chaîne du secteur aérien (autorisation de mise en circulation, agrément des ateliers, renouvellement ou suppression des licences des pilotes, etc.). Les décisions sont prises de manière indépendante à la Commission. Il s'agit d'un pouvoir de décision individuelle lié à un type d'appareil ou à la certification d'un atelier spécifique.

L'article 18 d du règlement constitutif de l'Agence énonce que l'Agence peut « *émettre des spécifications de certification, y compris des codes de navigabilité et des moyens acceptables de mise en conformité, ainsi que tout document d'orientation concernant l'application du présent règlement et de ses règles de mise en œuvre* ». Ces spécifications et les codes de navigabilité constituent des recommandations de l'Agence à destination des États membres indiquant les procédures pour être en conformité avec le droit communautaire. Là encore, il ne s'agit pas de normes contraignantes mais de *soft law*. Cependant, les États membres les appliquent scrupuleusement. Pour le professeur Grard, cette situation correspond à « *un pouvoir réglementaire indirect et insidieux* » et soulève une nouvelle fois la jurisprudence Meroni « *au sens où formellement il n'y a pas de consécration d'un pouvoir réglementaire mais insidieusement il est là… Découvre-t-on ici un pouvoir d'exécution mou qui serait déléguable à une agence par opposition à un pouvoir d'exécution dur qui ne l'est pas ?* [439] »

Sur le plan international, l'article 27 du règlement permet à l'Agence de coopérer avec les autorités nationales des États tiers et de conclure avec elles des arrangements de travail, sous le contrôle de la Commission. Pour le professeur Grard, ces arrangements sont des accords bilatéraux de reconnaissance mutuelle des homologations. Cette situation correspond véritablement à une possession d'état d'agence fédérale européenne.

b Un pouvoir d'enquête et d'inspections

L'article 17.2 d du règlement de l'AESE dispose : « *afin de garantir le bon fonctionnement et le bon développement de la sécurité de l'aviation civile, l'Agence effectue des inspections et les enquêtes nécessaires à l'accomplissement de ses missions*[440]. » Ce pouvoir est très

[439] GRARD, Loïc, « Sécurité et transports dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation », annexe III h du rapport Stoffaës, « Vers une régulation européenne des réseaux », coll. ISUPE, novembre 2003, p. 228.

[440] Règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, JOUE L 79 du 13 mars 2008, p. 14.

important et se distingue très nettement du simple « pouvoir de visite[441] » conféré à l'Agence pour la sécurité maritime.

L'inspection et l'enquête concernent à la fois les États membres et les entreprises. Dans le règlement, le législateur a veillé au respect des règles de la jurisprudence Meroni : l'Agence est toujours instituée comme assistante de la Commission. L'article 54 du règlement relatif à l'inspection dans les États est sans équivoque : « *sans préjudice des pouvoirs d'exécution conférés à la Commission par le Traité, l'agence assiste la Commission* […] *en menant des inspections de normalisation* [442]. »

L'agence est dans les faits l'autorité qui mène les inspections de manière exclusive. C'est elle qui utilise les procédés de police pour assurer sa mission de régulation. Le règlement lui permet d'« *examiner les dossiers de procédure et tout autre document, de faire des copies ou prélever des parties des dossiers, de demander une explication orale sur place, de pénétrer dans tout local, terrain ou moyen de transport concerné* ». Le règlement ajoute que « *l'État se soumet aux inspections et veille à ce que les organismes ou personnes concernés s'y soumettent également.* » En ce qui concerne les inspections dans les entreprises, les procédés sont identiques. Le règlement prévoit deux spécificités : la première stipule que, lorsque l'entreprise s'oppose à l'inspection, l'État doit apporter « *l'assistance nécessaire* » pour permettre à l'agence de mener sa mission. La seconde signifie que l'agence peut déléguer l'inspection aux autorités aéronautiques nationales. Ces inspections menées par l'agence donnent lieu à la production de rapports dans lesquels l'AESA peut proposer à la Commission européenne d'adopter des sanctions sous forme d'amendes et astreintes « *dissuasives*[443] ».

Ce pouvoir d'enquête de l'agence dans les entreprises est très comparable à celui de la Commission dans le cadre de la politique de concurrence. En revanche, l'inspection des installations étatiques par un organisme communautaire est unique. Cela constitue l'un des éléments constitutifs d'une autorité fédérale de régulation.

c Le contentieux des décisions de l'agence

Le règlement constitutif de l'Agence pour la sécurité aérienne prévoit un système de recours interne. Ce système existe également dans l'Agence européenne des produits chimiques[444],

[441] Règlement 1406/2002 du 27 juin 2002 instituant l'Agence européenne de sécurité maritime, article 2 b I « *L'Agence contrôle le fonctionnement global du régime communautaire de contrôle par l'État du port, y compris, éventuellement, par des visites dans les États membres, et suggère à la Commission d'éventuelles améliorations dans ce domaine.* », JOUE L 208 du 5 août 2002, p. 3.

[442] *Idem*, article 54, p. 23.

[443] L'amende ne peut dépasser 4 % du chiffre d'affaires annuel, l'astreinte 2,5 % du chiffre d'affaires quotidien.

[444] Agence européenne pour les produits chimiques, règlement CE n° 1907/2006 du 18 décembre 2006, JO n° L 396 du 30 décembre 2006.

dans l'Office des variétés végétales[445] et dans le projet d'agence coordinateur des régulateurs de l'énergie[446]. Depuis 2002, le règlement prévoit qu'une ou plusieurs « *chambres de recours* » soient instituées au sein de l'agence. Chacune est composée d'un président et de deux autres membres, désignés pour un mandat de cinq ans par le conseil d'administration de l'agence sur une liste de candidats adoptée par la Commission.

Ces chambres de recours ne sont pas des juridictions communautaires spécialisées. Les mots « juridiction », « tribunal », « juge », « arbitre » ou « magistrat » sont ainsi soigneusement évités. Cependant, l'organisation, l'indépendance de personnels chargés de se prononcer sur les litiges et la formulation des voies de recours sont largement inspirés du contentieux communautaire.

Les membres des chambres n'ont aucune autre fonction au sein de l'agence et ne peuvent être démis de leurs fonctions. Le règlement prévoit également des règles relatives à l'exclusion et à la récusation des membres des chambres.

La chambre est compétente pour connaître de tout contentieux relatif au pouvoir décisionnel de l'agence ainsi que de la perception des redevances et honoraires prévus à l'article 65 du règlement.

La saisine de ces chambres est obligatoire, l'article 50 § 2 du règlement relatif au recours devant la Cour de justice dispose : « *un recours en annulation des décisions de l'agence* […] *ne peut être formé devant la CJCE qu'après épuisement des voies de recours internes de l'Agence.* » Cependant, comme dans le droit commun du contentieux communautaire, les États membres sont des requérants privilégiés même si le règlement n'utilise pas cette expression. L'article 51 leur permet de contester les décisions directement devant la Cour de justice.

La saisine des chambres de recours est identique au recours en annulation de l'article 230 § 4 du TCE dans un délai de deux mois par une personne destinataire de la décision ou par un tiers « *directement et individuellement concerné* »[447].

Au cours de la procédure là encore, on retrouve une grande similitude avec le principe du contradictoire des juridictions. Chaque partie émet des observations sur les communications de la chambre et les mémoires des autres parties au litige. Le point spécifique de cette procédure au sein de l'EASA est que si le directeur exécutif de l'Agence estime qu'un recours est fondé, il peut réformer la décision litigieuse.

---

[445] Office communautaire des variétés végétales, règlement CE n° 2100/94 du 27 juillet 1994, JO n° L 227 du 1er septembre 1994, p. 1-30.

[446] Voir ci-dessous p. 160

[447] Voir l'interprétation de cet article 230 § 4 par la Cour. CJCE Unión de Pequeños Agricultores, 25 juillet 2002, affaire C-50/00P, recueil I, p. 6667.

La Cour de justice est compétente en appel des décisions de la chambre des recours. Elle peut également être saisie de recours en carence contre l'Agence ou d'action en responsabilité délictuelle contre l'Agence.

Le règlement instaure ici une juridiction administrative spécialisée qui ne dit pas son nom. L'ensemble des règles de procédure, de délais, d'indépendance de ses membres font de ces « chambres de recours » des chambres juridictionnelles.

L'Agence européenne pour la sécurité aérienne nous apparaît comme une réelle autorité administrative. Nathalie de Grove-Valdeyron estime à propos des agences de transports qu'« *elles peuvent être qualifiées d'autorité mais* a minima […] *mais ne peuvent être assimilées aux agences de régulation "à l'américaine", lesquelles disposent d'un pouvoir "quasi législatif", "quasi exécutif" et "quasi juridictionnel"*[448]. » Si cette interprétation est tout à fait juste pour les agences ferroviaire et maritime, en revanche l'agence aérienne nous apparaît être pleinement « à l'américaine[449] ».

Cette agence dispose d'un pouvoir de décision individuelle autonome, elle met également en place des codes de conduite qui sont certes du *soft law* mais qui sont scrupuleusement suivies par les administration nationales. L'agence a donc ce pouvoir quasi législatif.

Le pouvoir d'inspection et d'enquête est un procédé de police exécuté au nom de la Commission mais auquel cette dernière n'est pas associée. L'agence ne dispose cependant pas du pouvoir direct de sanction ou d'astreinte qui appartient à la Commission sur proposition de l'agence. Cependant, l'importance du pouvoir d'inspection nous semble de nature quasi exécutive.

Quant à la fonction quasi juridictionnelle, les chambres de recours remplissent pleinement ce critère.

Ainsi, aux pouvoirs quasi exécutif, quasi législatif et quasi judiciaire, cette agence est une véritable autorité administrative. Si, en droit, les prescriptions de la jurisprudence Meroni sont respectées, dans les faits il nous semble que cette agence franchit le Rubicon des règles strictes de la délégation de pouvoirs et pose les bases d'un nouveau type d'autorité fédérale européenne.

---

[448] DE GROVE-VALDEYRON Nathalie, « Les Agences de la Communauté sont-elles des autorités de régulation ? », *La Semaine juridique*, entreprises et affaires, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 2/2004, 6 mai 2004, p. 27 *in* JCP 2004, tome II.

[449] Pour une étude sur les agences américaines, voir Christian *Stoffaës*, « Bruxelles et Washington. La régulation des réseaux à l'échelle fédérale : enseignement pour l'Europe de l'expérience américaine », *in Vers une régulation européenne des réseaux*, annexe III b, p. 170.

B Les agences coordinateurs des régulateurs nationaux

En 2007, la Commission européenne a proposé à quelques semaines d'intervalle deux propositions de règlement visant à créer des agences pour superviser les activités des régulateurs nationaux. Ces deux propositions, incluses dans les paquets télécommunications et énergie n'ont pas encore fait l'objet d'un vote définitif du législateur de l'Union .Cependant, le projet d'autorité des télécommunications semble échouer tandis que l'agence coordinateur des régulateurs de l'énergie a été accueillie favorablement.

1 Le projet « autorité européenne du marché des communications électroniques »

L'idée d'instaurer une autorité supranationale des télécommunications est assez ancienne. Le rapport de Martin Bangemann, Commissaire européen chargé du marché intérieur et des affaires industrielles, présenté le 26 mai 1994 pour préparer le Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994, proposait déjà des mesures en ce sens.

La première : « *identifier et mettre en place le minimum nécessaire de la réglementation, au niveau européen, afin d'assurer l'émergence rapide de l'information européenne efficace des infrastructures et des services. Le mandat de l'autorité qui sera responsable de l'application de ce règlement est une question qui nécessitera une attention.*[450] » Ce rapport proposait également de discuter au niveau européen la détermination des fréquences, la régulation des opérations transeuropéennes[451] et la réglementation du marché des télécommunications.

Ce rapport a été accueilli favorablement par le Conseil européen de Corfou[452] mais la Commission européenne s'est abstenue de reprendre à son compte les proposition de rapports. Ce n'est qu'en 2007 qu'elle s'est résolue à proposer une autorité des télécommunications.

a Les propositions de la Commissions européenne

Dans sa communication du 13 novembre 2007, la Commission propose l'établissement d'une autorité européenne du marché des communications électroniques[453]. L'objectif de la Commission est de développer un véritable marché unique des télécommunications. Elle s'appuie pour cela sur une évaluation menée en 2006 dans laquelle elle établit trois lacunes principales : l'absence de cohérence dans l'application des règles du marché intérieur, ce qui

[450] Texte originel : « *Identify and establish the minimum of regulation needed, at the European level, to ensure the rapid emergence of efficient European information infrastructures and services. The terms of reference of the authority which will be responsible for the enforcement of this regulation is a question that will require a prompt attention.* », Rapport p. 11. http://vecam.org/IMG/pdf/bangemann.pdf/.

[451] « *Community wide nature* ».

[452] Voir conclusions du Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994, point 4 : « La société de l'information ». http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00150.F4.htm.

[453] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2007) 699 final du 13 novembre 2007.

conduit à un morcellement des règles applicables. La Commission regrette également les disparités entre les régulateurs nationaux qui sont très différents quant à leur financement, leur degré d'indépendance et de leurs compétences.

Pour palier ces difficultés dans l'établissement d'un marché commun, la Commission propose un règlement basé sur l'article 95 du TCE relatif au rapprochement des législations. Le terme d'« autorité » laisse supposer de vastes pouvoirs de décisions. Or la proposition de la Commission lui confère essentiellement un rôle de conseil et de recommandation.

Il s'agit de mettre en place un conseil des régulateurs nationaux qui se substituera au groupe de régulateurs créé en 2002. L'autorité aurait un rôle d'assistant de la Commission pour préparer le travail législatif. Elle a également pour tâche de veiller à l'application uniforme de la réglementation communautaire. L'autorité devrait harmoniser les notions de qualité de services, l'utilisation du spectre des fréquences, les marchés transnationaux et définir la notion de marché. Le seul pouvoir de décision conféré à cette agence est en matière d'harmonisation de la numérotation et de la portabilité des numéros. L'article 8 § 1 de la proposition de règlement énonce : « *l'autorité peut arrêter des décisions concernant la délivrance des droits d'utilisation des numéros de l'Espace de numérotation téléphonique européen (ETNS), conformément à l'article 10 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre).*[454] »

b Un projet rejeté par le législateur communautaire

Il se dégage de la première lecture que le Parlement s'est fortement opposé à la proposition initiale de la Commission. Celle-ci a dû soumettre une nouvelle proposition le 5 novembre 2008[455], dans laquelle elle accepte notamment de supprimer l'expression « *autorité* ». Dans la deuxième lecture, au mot « *autorité* » a été substitué « *organe des régulateurs européens des communications électroniques* » (ORECE). Le Parlement réduit considérablement la proposition de la Commission. Il estime : « *l'ORECE ne devrait pas être une agence communautaire, ni être dotée de la personnalité juridique. Il devra remplacer le groupe des régulateurs européens et jouer le rôle de forum exclusif pour la coopération entre les autorités de régulation nationale, et entre les autorités de régulation nationale et la*

[454] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une autorité européenne du marché des communications électroniques du 13 novembre 2007, COM (2007) 699 final, p. 28.

[455] Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil du 5.novembre 2008 instituant une autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2008) 720 final.

Commission, dans l'exercice de l'ensemble de leurs responsabilités au titre du cadre réglementaire de l'Union[456]*.* »

Le Parlement a également supprimé le seul pouvoir de décision proposé par la Commission. Il propose également la constitution d'un office, organisme des communautés au sens de l'article 185 du règlement financier[457], chargé de l'intendance et des tâches administratives de l'organe des régulateurs européens. La version définitive du texte sera connue à l'issue de la phase de conciliation entre le Conseil et le Parlement qui ne débutera qu'après les élections de juin 2009 si le nouveau Parlement accepte de reprendre la procédure à ce niveau d'avancement. Il est déjà acquis que le projet de la Commission a échoué et n'aboutira qu'à un renforcement du groupe de travail existant.

Cette situation est assez paradoxale car, en 1994, c'est la Commission qui avait refusé de proposer une régulation au niveau communautaire, malgré l'avis favorable du rapport Bangemann et du Conseil européen. En 2007, la Commission reprend à son compte cette idée, mais cette fois c'est le législateur communautaire qui ne souhaite pas la voir aboutir.

Concomitamment à la proposition de créer une autorité des télécommunications, la Commission a proposé une agence coordinateur des régulateurs nationaux de l'énergie. Cette proposition de règlement incluse dans le troisième paquet énergie répond, là aussi, à un besoin d'unification du marché commun.

2 Agences de coopération des régulateurs de l'énergie

La proposition de la Commission est issue d'une demande du Conseil européen du printemps 2007. Dans l'annexe I des conclusions de la réunion des Chefs d'États et de gouvernements, ceux-ci estiment qu'« *il faut organiser la mise au point d'un mécanisme indépendant permettant aux régulateurs nationaux de coopérer et de prendre des décisions sur des questions transfrontières importantes ;* […] *un système plus intégré et plus performant pour le commerce transfrontière de l'électricité et le fonctionnement du réseau, y compris l'élaboration de normes techniques*[458]. » La Commission a proposé en novembre 2007 un projet conforme aux orientations des chefs d'États et de gouvernements (a). Contrairement au projet d'autorité des télécommunications, le législateur communautaire est favorable au projet de la Commission et renforce même les pouvoirs de cette future agence (b).

---

[456] « Proposition du Parlement arrêtée en deuxième lecture le 6 mai 2009 en vue de l'adoption du règlement CE du Parlement et du Conseil instituant l'organe des régulateurs européens des communications électroniques ainsi que l'office », A6-0271/2009, P6_TA-PROV(2009)0362, considérant 5, p. 2.

[457] Voir partie II titre I chapitre 1, p. 197

[458] Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 8 et 9 mars 2007, p. 16-17, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/93141.pdf.

a La proposition de la Commission

Dans sa proposition de règlement soumis en novembre 2007 au Parlement européen et au Conseil, la Commission reprend les suggestions du Conseil européen.

Le raisonnement de la Commission se fonde sur le principe que les États n'appliquent pas de manière uniforme les directives électricité et gaz et que certains régulateurs sont dans une position de « faiblesse[459] ». L'objectif de la Commission est de conforter la coopération entre les régulateurs nationaux et de les doter de nouvelles prérogatives (évaluation des plans d'investissement des gestionnaires de réseaux, contrôler le respect des règles par les gestionnaires de réseaux en matière d'accès aux tiers, de gestion des interconnexions et des congestions). L'article premier de la proposition instaure une agence de coopération des régulateurs de l'énergie « *afin de compléter, au niveau communautaire, les tâches réglementaires effectuées, au niveau national, par les autorités de régulation* […] *et si nécessaire de coordonner leur action*.[460] »

Comme chacune des agences, le rôle principal proposé pour l'Agence de l'énergie est de conseiller la Commission et les autorités nationales par des avis et des recommandations.

L'agence est également chargée de surveiller et évaluer les activités des réseaux européens d'électricité et du gaz. Elle peut leur demander de modifier certains projets. L'agence pourra également recommander à la Commission de rendre contraignants les codes techniques et commerciaux élaborés par les gestionnaires de réseaux. Il s'agit bien ici du rôle classique des agences de conseiller sur le plan technique la Commission, organisme politique.

L'agence disposerait enfin d'un pouvoir décisionnel individuel pour les questions techniques liées à l'accès aux réseaux d'électricité et de gaz lors d'échanges transfrontaliers. Ce pouvoir décisionnel donne lieu, de la même manière qu'au sein de l'Agence du transport aérien, à la création d'une « commission de recours ». Les différences dans ce domaine avec l'AESA sont d'une part l'appel des décisions devant le TPI et non plus devant la Cour et d'autre part qu'il n'y pas de réformation préjudicielle de la décision litigieuse par le directeur de l'agence.

b Vers une extension des prérogatives de l'agence des coordinateurs de l'énergie

Le Parlement européen et le Conseil semblent s'accorder pour étendre le champ de compétence de la future agence de l'énergie. La Commission ITRE du Parlement européen a auditionné, le 25 janvier 2009, certains dirigeants des régulateurs nationaux. Leurs recommandations aux parlementaires européens étaient orientées vers une autonomie et un

[459] COM 2007 530 du 19 septembre 2007, p. 8 : « *Les examens détaillés par pays auxquels la Commission a procédé ont mis en lumière ce manque d'uniformité et, dans bien des cas, la faiblesse de l'autorité de régulation*. »

[460]COM 2007 530 du 19 septembre 2007, p. 26.

pouvoir décisionnel de la future agence. Ainsi, M. Philippe de Ladoucette, président du régulateur français de l'énergie, a déclaré : « *je m'associe donc pleinement aux propositions présentées dans ce domaine par Sir John Mogg. Je souhaite en outre insister sur le fait que le processus d'élaboration des décisions doit permettre à l'ACER de ne pas être qu'un simple organe consultatif mais un organe décisionnel ayant le pouvoir de prendre rapidement des décisions qui s'imposent directement aux acteurs du marche*[461]. »

Le Parlement européen a en première et deuxième lecture renforcé la dimension de régulateur européen de l'agence. Dans le sixième considérant préalable au règlement, le Parlement précise le degré d'indépendance de l'agence : « *il est nécessaire de garantir l'indépendance de l'agence* ***vis-à-vis des producteurs d'électricité et de gaz, des gestionnaires de réseau de transport et de distribution, qu'ils soient publics ou privés, et des consommateurs et de garantir la conformité de ses actions avec la législation communautaire ainsi que*** *ses compétences techniques et réglementaires, sa transparence,* ***sa bonne volonté à se soumettre au contrôle démocratique*** *et son efficacité*[462]. »

Le Parlement crée également, de manière nette, un pouvoir de décision : les modalités et conditions d'accès et de sécurité d'exploitation applicables aux infrastructures transfrontalières. Il permet à l'agence de « *statuer sur les questions de réglementation relevant de la compétence des autorités de régulation nationales, y inclus le cas échéant les modalités et les conditions d'accès et de sécurité d'exploitation*[463] » lorsque que, après un délai de six mois, les régulateurs nationaux ne sont pas parvenus à trouver un accord ou lorsque ces régulateurs nationaux lui demandent de le faire. Le Parlement crée également une mission de surveillance des marchés nationaux en termes de prix de vente au détail et d'accès en réseaux. L'agence devrait produire un rapport annuel et, si besoin est, soumettre des avis sur les mesures nécessaires pour éviter les entraves dans les marchés du gaz et de l'électricité.

Ces futures agences coordinateurs de régulateurs nationaux sont des avancées vers la régulation effective du marché commun et la suppression des barrières transfrontalières. Les pouvoirs octroyés à ces organismes des Communautés restent mesurés et dépendent du degré

[461] Audition de M. Philippe de Ladoucette, président de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) auprès de la Commission ITRE du Parlement européen sur le thème « L'agence de coopération des régulateurs de l'énergie », 24 janvier 2009.
http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/lettre/2008/lettre26/energie_acer.pdf.

[462] Position du Parlement européen arrêtée en deuxième lecture le 22 avril 2009 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° .../2009 du Parlement européen et du Conseil instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, P6_TA-PROV(2009)0242. Les caractères gras correspondent aux modifications introduites par le Parlement à la position commune du Conseil.

[463] Position du Parlement européen arrêtée en deuxième lecture le 22 avril 2009 en vue de l'adoption du règlement (CE) n° .../2009 du Parlement européen et du Conseil instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, P6_TA-PROV(2009)0242.

de communautarisation du secteur dont ils ont la charge. La Commission européenne estime donc ne pas proposer d'autres prérogatives sans contrevenir aux Traités[464]. Le Traité de Lisbonne et le droit de Nice permettent cependant de développer les délégations de compétences aux organismes de l'Union.

§ 2 Des possibilités juridiques d'extension des prérogatives des agences de l'Union

La modération des institutions communautaires dans l'instauration de régulateurs communautaires est selon nous due à deux facteurs : le premier, de nature politique, est la chute de la Commission Santer du fait du recours à l'externalisation incontrôlée dans la gestion du programme ECHO[465]. Le second, juridique, lié à une interprétation restrictive de la jurisprudence Meroni de la Cour de Justice des Communautés. Le Traité de la Communauté actuel et le Traité de Lisbonne permettent à l'Union et à la Communauté de développer les prérogatives des agences chargées de réguler les services publics en réseaux.

A Une autolimitation de la Commission : une interprétation extensive de la jurisprudence Meroni

Il est tout de même assez rare de constater qu'une institution, quelle qu'elle soit, interprète sa compétence de manière restrictive. Dans la constitution des agences chargées de mission de régulation, la Commission se réfère scrupuleusement à la jurisprudence Meroni[466] qui a déterminé le droit communautaire de la délégation de pouvoir. La Cour estime que « *la délégation ne se présume pas et que même habilitée à déléguer ses pouvoirs l'autorité délégante doit prendre une décision explicite les transférant*. […] *de pareilles délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis et entièrement contrôlés, dans l'usage qui en est fait par la Commission.* »

Le titre XV du Traité relatif aux réseaux transeuropéens nous apparaît comme une base juridique au potentiel insuffisamment exploité pour renforcer le rôle des agences dans la régulation des SIEG en réseaux. La lecture combinée des articles 154 et 155 permet à la

[464] Voir l'étude d'impact préalable à la proposition d'agence de coordinateur des régulateurs de l'énergie, SEC 2007/1179 du 19 septembre 2007, p. 49-50.
[465] Voir le premier rapport du comité des sages du 13 mars 1999, « Sur les allégations de fraude, de mauvaise gestion et de népotisme à la Commission européenne », p. 56 à 73.
http://www.europarl.europa.eu/experts/default_fr.htm.
[466] CJCE 13 juin 1958 Meroni & Co contre Haute autorité, affaires 9-56 et 10-56. Note H. Askenazy, *Écho des mines*, 1958, p. 429 à 432, voir notre étude détaillée de cette jurisprudence, partie II titre I chapitre I, p. 201

Commission européenne de se soustraire à la délégation de compétence telle que définie dans les arrêts Meroni et Romano[467].

L'article 154 énonce : « *en vue de* […] *permettre aux citoyens de l'Union, aux opérateurs économiques, ainsi qu'aux collectivités régionales et locales, de bénéficier pleinement des avantages découlant de la mise en place d'un espace sans frontières intérieures, la Communauté contribue à l'établissement et au développement de réseaux transeuropéens dans les secteurs des infrastructures du transport, des télécommunications et de l'énergie.* *2.* […] *l'action de la Communauté vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux.* »

L'article 155 énonce *:* « *Afin de réaliser les objectifs visés à l'article 154* […]*, la Communauté met en œuvre toute action qui peut s'avérer nécessaire pour assurer l'interopérabilité des réseaux, en particulier dans le domaine de l'harmonisation des normes techniques.* »

Dans ces deux articles consacrés à la meilleure connexion des réseaux de transports (aérien, ferroviaire et maritime), d'énergie (gaz et électricité) et de télécommunications, c'est la facilitation des connexions interréseaux qui est l'objectif de la Communauté. L'article 155 ajoute que cette dernière peut mettre en œuvre toute action nécessaire pour y parvenir. Ainsi, la Commission pourrait, nous semble-t-il, baser une proposition de règlement sectoriel sur ces deux articles et non pas sur l'article 95. La proposition de règlement confirait à un des organismes de la Communauté, une agence, la gestion directe de la régulation d'un ou de plusieurs réseaux spécifiques. Ce projet ne poserait aucune difficulté pour justifier de la subsidiarité ou de la proportionnalité car les tentatives menées dans ce domaine depuis la libéralisation des réseaux n'ont pas gommé toutes les imperfections des échanges transfrontaliers.

Outre le titre XV du Traité de la Communauté, le Traité de Lisbonne apportera, s'il entre en vigueur après le second referendum irlandais, une base juridique solide pour asseoir la régulation communautaire.

B Le renforcement du rôle des SIEG dans le Traité de Lisbonne : point de départ du renforcement des agences

La lecture combinée de l'article 36 de la charte des droits fondamentaux qui consacre le droit d'accès au SIEG pour les citoyens et les entreprises et du nouvel aliéna inséré à l'article 14 du

[467] CJCE 14 mai 1981, Romano/Institut national d'assurance maladie invalidité, affaire C-98/80, recueil 1981, p. 124.

Traité sur le fonctionnement de l'Union dote l'Union de la possibilité de renforcer les prérogatives des agences déconcentrées chargées de réguler un secteur d'activité.

Le futur alinéa dispose : « *le Parlement européen et le Conseil statuant par voie de règlement conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres ; dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ses services.* »

Cet alinéa constitue une base juridique qui permet d'adopter des règlements pour que les SIEG fonctionnent dans des conditions et selon les principes qui permettent d'assurer leurs missions. Il peut s'interpréter de deux manières : soit il permet d'introduire la régulation dans un cadre général des SIEG défini au niveau communautaire, et c'est là l'interprétation de Stéphane Rodrigues[468], soit il constitue une base juridique dans un règlement sectoriel spécifique pour conférer davantage de prérogatives à chaque nouvelle agence chargée de réguler un secteur d'activité chargé de SIEG.

[468] Stéphane RODRIGUES « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », AJDA, 14 juin 2004, p. 1182 : « *Il resterait dès lors à fixer dans cette loi européenne des SIEG les éléments essentiels du régime juridique de ces autorités.* »

Conclusion du chapitre 2

La régulation des réseaux au niveau de l'Union européenne s'intensifie. La réalisation effective d'un marché commun s'accomplit en plusieurs étapes. Tout d'abord, les directives sectorielles ont imposé aux États de créer des régulateurs nationaux mais avec les inconvénients des lois-cadres européennes : des divergences entre États membres dans l'interprétation et la transposition. L'Union a donc essayé de réguler les différents réseaux par des procédés informels et non contraignants. Cependant, les règles de l'unanimité et la lenteur des décisions ont montré l'échec de l'autorégulation d'un secteur d'activité et ont conduit l'Union à créer des agences dont les prérogatives restent le plus souvent mesurées. L'Union européenne prend des décisions politiques pour fédérer le fonctionnement des services publics en réseaux et dote certaines de ses agences de prérogatives de puissance publique. L'important pouvoir d'inspection qui est délégué à l'Agence européenne pour la sécurité aérienne en est l'exemple le plus remarquable. L'unification du fonctionnement et de la réglementation des services en réseaux est encore partielle et calquée sur le partage des compétences entre l'Union et les États. Plus un domaine spécifique est communautarisé, comme c'est le cas pour le transport aérien, plus les pouvoirs conférés aux agences sont denses. En revanche, dans les domaines où les États souhaitent maintenir leur souveraineté pour des raisons impérieuses de sécurité comme dans la gestion de l'énergie, l'agence sectorielle ne reste qu'un facilitateur des relations entre les régulateurs nationaux.

Conclusion du titre 2

L'apport de l'Union européenne à la théorie du service public international est double. D'une part, l'Union européenne ne se consacre pas uniquement à des activités dans l'intérêt de ses États membres. La citoyenneté européenne, introduite dans le Traité de Maastricht, fait des citoyens européens les destinataires à part entière des activités de l'Union. Elle a donc consacré dans ses directives sectorielles et dans la Charte des droits fondamentaux un droit d'accès de tous les Européens à un panel de services d'intérêt général dont elle définit elle-même le contenu, laissant le soin aux États, conformément au principe de subsidiarité, de mettre en œuvre ses décisions. D'autre part, les citoyens, par le truchement de l'effet direct, peuvent imposer aux États membres de fournir les services ou demander réparation en cas de non-respect des obligations issues du droit communautaire.

La création d'agences communautaires constitue la deuxième étape des interactions entre l'Union européenne et les services d'intérêt économique général. L'Union, après avoir défini le contenu des missions de SIEG, tend à superviser l'action des régulateurs nationaux comme c'est le cas dans le secteur de l'énergie ou à se substituer aux administrations nationales comme dans le secteur de la sécurité aérienne. Ces agences sont donc l'une des marques du processus d'intégration fédérale du fonctionnement des SIEG. Ces agences ne disposent pas d'un pouvoir exécutif autonome, monopole de la Commission européenne. Cependant, les codes interprétatifs qu'elle émettent en leur sein leur confèrent une influence quasi similaire dans les services administratifs des États.

Conclusion de la première partie

L'examen de la nature de l'Union européenne et de l'enrichissement par celle-ci de la notion de service public international permet d'affirmer que le service public international est l'élément fédérateur de l'Union. La notion de service public international bénéficie du délaissement par les États des notions comme le patrimoine commun de l'humanité, pour être utilisée par l'Union comme un concept pertinent dans la gestion d'activités d'intérêt général.

L'Union européenne, dans son objectif d'unification effective du marché commun, a entamé un processus de centralisation législative dans l'élaboration du service public. En effet, comme nous l'avons montré, la latitude des États membres dans l'organisation des services publics de nature économique est réduite à la portion congrue. La volonté du législateur communautaire de préciser d'une manière toujours plus détaillée le contenu des obligations de service public dans les services en réseaux transforme les États en maîtres d'œuvre chargés de superviser le bon fonctionnement des services publics définis par l'Union dans l'intérêt de ses États membres et de ses citoyens. Le second élément fédérateur lié au service public international est la multiplication des agences de l'Union chargées de réguler ou de coordonner les activités des régulateurs nationaux. L'Union est ainsi entrée dans un processus de création de services spécialisés personnalisés chargés de réguler et d'élaborer des secteurs d'activités techniques. Ces organismes ne disposent pas d'un pouvoir général de décision mais parviennent, au moyen de codes de conduite, de recommandations à la Commission ou encore d'inspections, à acquérir une influence déterminante sur le fonctionnement des marchés dont ils ont la charge.

Le service public international, s'il fédère le fonctionnement de l'Union, nous apparaît également comme l'élément moteur des nouvelles politiques de l'Union européenne.

Partie II La mise en œuvre des services publics internationaux, élément moteur de l'Union

L'Union a unifié le fonctionnement des services publics nationaux et a posé les bases du développement d'autorité européenne de régulation de ces services publics en réseaux. Si la Commission européenne a développé les concepts de service d'intérêt général, les institutions de l'Union reprennent néanmoins à leur compte la notion de service public.

La Cour de justice, dans l'arrêt Conseil contre Parlement européen, a estimé que l'annulation d'une décision du président du Parlement européen en matière budgétaire en cours d'exécution du budget ne peut avoir d'effet rétroactif car « *dans ces circonstances, la nécessité de garantir la continuité du service public européen ainsi que d'importants motifs de sécurité juridique*[469] » nécessite la modulation de la nullité dans le temps. La Cour de justice considère donc que le fonctionnement des Communautés est un service public européen. Elle estime également que l'une des règles fondamentales du fonctionnement de ce service public est la continuité des activités.

Le Tribunal de première instance utilise également l'expression « service public » pour qualifier le fonctionnement de l'Union : « *il convient, par ailleurs, de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'autorité administrative dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour organiser, dans l'intérêt du service public communautaire, les modalités d'exercice de leurs fonctions par les fonctionnaires et agents*[470]. » Si les juridictions de l'Union qualifient le fonctionnement de l'Union de « service public européen », il s'agit surtout en l'espèce du « *fonctionnement de l'administration européenne*[471] ». Nous nous attachons davantage aux activités exercées dans l'intérêt général des États et des citoyens. Sur le plan organique, l'Union européenne et la Communauté se dotent de « *services publics personnalisés*[472] » chargés de la gestion totale ou partielle de certaines politiques de l'Union. La Banque centrale européenne est l'exemple le plus abouti de régulateur de l'Union, chargé, dans une entière indépendance, de la gestion d'une activité communautaire. Nous allons cependant nous attacher, sur le plan organique, à deux grandes catégories d'organismes des Communautés qui émergent progressivement aux côtés des institutions traditionnelles : les agences et les entreprises communes. Les États membres et les institutions considèrent que les agences sont

[469] CJCE, 3 juillet 1986, Conseil/Parlement, affaire 34/86, point 48. Recueil de jurisprudence 1986, p. 2155. Vlad CONSTANTINESCO et Denys SIMON, *Journal du droit international*, 1987, p. 409.

[470] TPI, 24 juin 1993, Seghers/Conseil, affaire T69/92, point 29. Recueil, p. II•651. Le tribunal de la fonction publique a également suivi la position du TPI dans l'arrêt du 14 juin 2006, Lebedef e.a. F 34/05 dont le point 32 renvoie à l'arrêt Seghers/Conseil du TPI.

[471] Jacques VANDAMME, « considérations finales », *in Vers un service public européen*, ss dir. Loïc GRARD, Jacques VANDAMME et François VAN DER MENSBRUGGHE, p. 617.

[472] Maurice HAURIOU, *Traité de droit administratif*, 1927, p. 63

chargées de missions de service public. Les entreprises communes sont quant à elles affectées à la gestion de programmes de recherche communautaires (titre 1).

Sur le plan international, l'Union et la communauté participent à des initiatives internationales et se dotent d'infrastructures propres. C'est la politique spatiale de l'Union qui constitue selon nous la source principale des services publics internationaux créés par l'Union. Les services prestés à partir de ces infrastructures spatiales sont multiples et encore partiellement connus. Ils concernent la santé publique, la surveillance du climat, la géolocalisation ou contribuent aux activités régaliennes des États. L'Union contribue également à la sécurité internationale et organise à la demande des Nations unies des opérations militaires et des missions de police. Elle participe donc à des services publics internationaux (titre 2).

Titre I La mise en œuvre organique des services publics communautaires

Le service public de l'Union se conçoit comme une activité et non pas en tant qu'organisme public créé à l'échelon communautaire. Ainsi, la présente étude privilégie une approche fonctionnelle à une approche organique. La mise en œuvre des services publics communautaires se fait par le biais de structures externes aux principales institutions de l'Union : les agences et les entreprises communes. Le programme européen de radionavigation par satellite Galileo est le lien le plus remarquable entre une mission de service public conçue et réalisée au niveau supranational et son support par une entreprise commune et une agence.

Ce programme constitue la première initiative de l'Union en matière de démarche capacitaire. C'est la première fois que l'Union décide de se doter d'infrastructures propres (autres que son patrimoine immobilier) pour gérer une activité à la fois économique et gouvernementale dans l'intérêt de ses États membre et de ses citoyens.

L'ancien commissaire européen aux Transports, Jacques Barrot, a qualifié à plusieurs reprises le programme Galileo de « *véritable premier service public mondial*[473] » en raison des différentes applications d'intérêt général de cette technologie[474].

Pour porter à bien ce programme, la Commission et l'Agence spatiale européenne ont tout d'abord créé une entreprise commune au sens de l'article 171 du Traité de la Communauté puis une agence communautaire chargée notamment de « *veiller au respect par le consortium des obligations - notamment de services publics - résultant du contrat de concession*[475] ».

Aujourd'hui, agences (chapitre 1) et entreprises communes (chapitre 2) forment une constellation d'environ cinquante[476] entités créées par autant de règlements de l'Union pour assurer des missions qualifiées de service publics par le droit positif, l'*opinio juris* des États, certains travaux parlementaires et une partie de la doctrine[477]. Ces structures support de services publics doivent être analysées sur un plan juridique. En effet, leurs bases juridiques et

---

[473] BARROT Jacques, « Galileo, l'Europe montre la voie », conférence internationale sur la coopération dans l'espace, Bruxelles, 17 février 2005, et « Quel avenir pour l'Europe spatiale ? », fondation Robert Schuman, Paris, 17 juin 2005.

[474] Voir DESINGLY Aurélien, « Le programme Galileo : un service public mondial ? » in *Galileo, la radionavigation par satellite européenne, questions juridiques et politiques au temps de la concession*, Paris, IFRI, coll. Travaux et recherches, ss dir. Aurélien DESINGLY, octobre 2006, p. 135.

[475] Règlement du Conseil 1321/2004 du 12 juillet 2004, créant l'autorité de surveillance du programme Galileo, considérant n° 7.

[476] Pour s'en tenir au droit positif : 29 agences dans le premier pilier + 2 propositions, 6 agences exécutives, 2 agences JAI, 2 agences PESC, 1 agence Euratom, 6 entreprises communes CEE, 1 entreprise commune Euratom.

[477] Voir par exemple l'étude d'Evanna FRUITHOF qui qualifie les agences d'« *agences de service public administratif européen* » *dans* « Le service public et les nouvelles agences de l'Union européenne » *in Vers un service public européen*, ss dir. Loïc Grard, Jacques Vandamme et François van der Mensbrugghe, éd. ASPE, juillet 1996, p. 573 à 614.

les possibilités de création sont incertaines et parfois modulables, ce qui n'est pas sans poser d'interrogations en termes de droit applicable et de bonne gouvernance.

Chapitre 1 Les agences de l'Union européenne

Depuis le milieu des années 1990, l'Union européenne se dote d'organismes chargés d'assister la Commission dans divers domaines : les agences communautaires. Depuis 2002, la création de ces agences s'est considérablement accélérée puisque l'on recense aujourd'hui trente agences de régulation et sept agences exécutives dans les domaines les plus vastes. Les agences sont parfois nommées « organismes communautaires décentralisés[478] ». Il apparaît cependant que le terme « organisme décentralisé » peut prêter à confusion. En effet, le mot « décentralisé » sous-entend un transfert de compétences à une entité externe, implantée loin de Bruxelles, pour gérer de manière autonome des affaires d'intérêt local.

Dans les faits, les agences sont certes de plus en plus implantées dans les nouveaux États membres n'ayant aucun organisme communautaire sur leurs territoires[479]. Cependant, elles exercent certaines compétences d'exécution de la Commission sous son contrôle étroit. Les affaires traitées n'ont aucune dimension locale si ce n'est rapprocher physiquement l'Union européenne des citoyens. Ces organismes, dotés de la personnalité morale, sous tutelle de la Commission européenne, sont en fait le pendant européen des démembrements de l'administration et du recours à des établissements publics.

Ils ont, dans un premier temps, été chargés de formuler des avis scientifiques et techniques à la Commission européenne pour l'assister préalablement à ses prises de décisions individuelles ou réglementaires. De nos jours, les tâches occupées sont de plus en plus variées et nécessitent de déterminer un cadre pour réguler la création et le fonctionnement des agences de régulation[480].

Le droit communautaire connaît trois catégories d'agences différentes que nous étudierons successivement. La première agence est celle introduite dans le droit communautaire primaire (section 1), les deux autres types d'agences sont issus du droit dérivé : il s'agit des agences exécutives (section 2) et des agences de déconcentrées (section 3).

Section 1 L'agence dans le droit communautaire primaire positif

Une agence européenne est mentionnée dans le chapitre VI du Traité Euratom consacré à l'« approvisionnement ». L'article 52 § 2b du Traité dispose : « *est constituée une agence disposant d'un droit d'option sur les minerais, matières brutes et fissiles spéciales produits*

[478] Par exemple, Isabelle Müller, « Les organismes communautaires décentralisés », Les petites affiches, 22 janvier 1997, n° 10, p. 23 à 30.

[479] Règles fixées par le Conseil recherche du 29 mai 2008 pour départager les candidats à l'accueil de l'Institut européen d'innovation et de technologie (Pologne et Hongrie). La Pologne possédant déjà l'agence Frontex, la Hongrie a donc obtenu le 18 juin 2008 l'IEIT.

[480] Voir notamment Com 2008 135 final du 11 mars 2008. Agences européennes, orientations pour l'avenir.

sur le territoire des États membres, ainsi que du droit exclusif de conclure des contrats portant sur la fourniture de minerais[481]*, matières brutes*[482] *et fissiles spéciales*[483] *en provenance de l'intérieur ou de l'extérieur de la Communauté.* »

L'article 54 du Traité et les statuts de l'agence, adoptés en 1958[484] et refondus en 2008[485], sont très informatifs sur le rôle et certaines prérogatives de l'agence. Pour la Cour de justice des Communautés, « *la mission de l'Agence consiste à garantir l'un des objectifs essentiels que ce Traité assigne à la Communauté, en son article 2, sous d), à savoir l'approvisionnement régulier et équitable de la Communauté en minerais et combustibles nucléaires.*[486]*» Nous allons présenter les caractéristiques (§1) puis le rôle de régulateur (§2) de cette agence. Ensuite, nous analyserons la réforme des statuts de 2008 qui oriente l'agence vers un rôle d'observateur(§3). Enfin, nous étudierons le financement (§4) et la gouvernance de L'agence d'approvisionnement (§5).*

§ 1 Les caractéristiques de l'agence d'approvisionnement

Dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, l'agence d'approvisionnement fonctionne selon les règles commerciales. Cette expression est à entendre au sens de l'application des règles du droit commercial et de la comptabilité privée. Il ne s'agit pas de la recherche du profit puisque l'article 2.3 des statuts de 1958 stipule : « *elle poursuit un but non lucratif.* » Cette interprétation se confirme dans l'article consacré aux opérations de changes. En effet, l'article 7.2.b des statuts indique que « *l'agence n'effectue, dans la gestion de ses placements, aucun arbitrage de devises qui ne soit directement nécessité par la réalisation de sa mission*. »

Cet article vise bien à éviter une gestion spéculative des réserves de devises de l'agence.

Outre l'objet directement défini dans le Traité, le but de l'action de l'agence est déterminé aux articles 2.3 et 2.4 des statuts : « *l'agence exerce son activité exclusivement en vue de l'intérêt général. Elle a un but non lucratif.* […] *L'agence a le caractère d'utilité publique*. »

---

[481] Article 197 TCEEA. Le terme « minerais » désigne tout minerai contenant, à des taux de concentration moyenne définis par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, des substances permettant d'obtenir par les traitements chimiques et physiques appropriés les matières brutes telles qu'elles sont définies ci-dessus.

[482] Article 197 TCEEA. Le terme « matières brutes » désigne l'uranium contenant le mélange d'isotopes qui se trouve dans la nature, l'uranium dont la teneur en uranium 235 est inférieure à la normale, le thorium.

[483] Article 197 TCEEA al 1. Le terme « matières fissiles spéciales » désigne le plutonium 239, l'uranium 233, l'uranium enrichi en uranium 235 ou 233, ainsi que tout produit contenant un ou plusieurs des isotopes ci-dessus. Le terme « matières fissiles spéciales » ne s'applique pas aux matières brutes.

[484] CEEA Conseil, Statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, JO n° 27 du 6 décembre 1958, p. 534 à 540.

[485] Décision du Conseil du 12 février 2008 (2008/114 CE, Euratom) établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, JO du 15 février 2008 L 41/15.

[486] CJCE 11 mars 1997, ENU/Commission aff c 357/95P, recueil 97 I p.1329, point n° 45.

Les expressions « utilité publique » et « intérêt général » sont assez familières en droit administratif français mais utilisée avec plus de parcimonie en droit de l'Union européenne.

Le premier élément qui puisse expliquer l'utilisation de ce vocabulaire est l'influence prépondérante des publicistes français dans la rédaction des traités et des règlements au cours des premières années d'existence des Communautés.

Il n'est pas étonnant de trouver l'expression « intérêt général » dans les statuts de l'agence. En effet, la volonté d'œuvrer à travers les Communautés européennes à un intérêt général européen était très forte dans les années 1950. Cet esprit fédérateur et la méthode communautaire se sont peu à peu modifiés à partir du compromis de Luxembourg en 1966[487].

En droit français, l'intérêt général est la raison d'être, le but de l'action publique et des activités de service public. Il est interprété sous un angle volontariste. Cela signifie qu'il transcende les intérêts particuliers et permet à la puissance publique étatique d'agir dans un dessein qui s'impose à l'ensemble des individus au-delà de leurs intérêts particuliers. C'est également l'intérêt général qui permet aux personnes publiques de bénéficier, sous contrôle du juge[488], de prérogatives exorbitantes du droit commun.

En l'espèce, la répartition équitable entre les membres de la Communauté de la production de minerai et de combustible nucléaire est apparue comme une politique commune relevant de l'intérêt général des États membres.

Aujourd'hui, cette caractéristique de l'agence Euratom serait formulée différemment. La commission a publié en 2007[489] une proposition de règlement pour modifier les statuts de l'agence Euratom. La proposition reprend l'expression « utilité publique » mais évince la référence à un « intérêt général ». L'article premier des nouveaux statuts dispose que « *l'Agence exerce son activité exclusivement en vue de l'intérêt général.*[490] » Cette réintroduction de l'intérêt général est, par déduction, due au Conseil puisque les travaux de la commission ITRE et budget du Parlement n'évoquent jamais cette question[491].

L'agence possède l'ensemble des caractéristiques d'un établissement public. Elle est dotée de la personnalité morale, elle agit dans un but d'intérêt général, sous la tutelle d'une personne publique et sans recherche de profit. Son capital est exclusivement possédé par les États

---

[487] Ce compromis imposait aux représentants des États membres de trouver un consensus à l'unanimité. Il marquait alors le retour des États-nations et des égoïsmes nationaux.

[488] TRUCHET Didier, « Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État », Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1977.

[489] Com 2007 119 final/2 du 28 mars 2007.

[490] Décision du Conseil du 12 février 2008 (2008/114 CE, Euratom) établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom. JO du 15 février 2008 L 41/15.

491 Commission ITRE, rapport provisoire du 15 juin 2007, 2007/0043 (CNS), ITRE, rapport du 12 novembre 2007 P6_A(2007)0376 ; avis commission du budget 14 septembre 2007 2007/0043

membres et son financement est issu du budget communautaire mais peut également être issu d'une redevance sur les transactions.

L'agence dispose également de prérogatives que l'on pourrait qualifier d'exorbitantes du droit commun. Le Traité lui confère un droit d'option sur la production de minerais en Europe et un droit exclusif de conclure des contrats d'approvisionnement. Cette agence a été conçue pour être un régulateur du marché spécifique des matières nucléaires.

§ 2 L'agence, régulateur supranational du marché commun nucléaire

Les pouvoirs de l'agence sont le fruit d'un compromis entre les positions belge, française et allemande. Paul Henri Spaak souhaitait créer un monopole des achats et des ventes de minerais qui aurait pu déterminer les programmes d'investissement minier. Pour les Allemands, une intégration trop poussée eût favorisé l'approvisionnement auprès des mines françaises. Les Français ne souhaitaient pas, quant à eux, que les autres États membres profitent sans contrepartie des investissements nationaux dans le secteur nucléaire[492].

Malgré le compromis, le Traité fait de l'agence Euratom une véritable autorité. Le Traité et ses statuts lui confèrent des pouvoirs très importants qui centralisent au niveau communautaire l'accès aux ressources nécessaires à la production d'énergie nucléaire. Avec l'agence, est instaurée une économie semi-administrée où l'offre et la demande de matières premières lui sont notifiées. L'agence est ainsi une sorte de « bourse des contrats[493] ».

L'agence a trois prérogatives principales : le droit d'option sur la production de minerai, le droit exclusif de conclure des contrats d'approvisionnement. Elle peut en outre créer une redevance sur les transactions liées à son droit d'option et à son droit exclusif.

A Un monopole sur les minerais : le droit d'option (article 52.2.B CEEA)

« *L'agence dispose d'un droit d'option sur les minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales produits sur les territoires des États membres.* »

Quelques États européens[494] possèdent encore de l'uranium ou relancent sa production sur leurs territoires[495]. D'autres possèdent de l'uranium sur leurs territoires mais refusent de l'exploiter à cause des risques pour l'environnement[496].

[492] VEDEL Georges, « Euratom », *Revue économique*, 1958, n° 2, p. 220.
[493] VEDEL Georges, « Euratom », *Revue économique*, 1958, n° 2, p. 221, 228.
[494] République tchèque et Bulgarie.
[495] La Hongrie prévoit une ouverture de mine pour 2010.
[496] Italie, Irlande, Finlande et Danemark.

Le droit d'option concerne également les activités de retraitement nucléaire comme celles de la Hague et Marcoule. Le combustible produit, le mox[497], est considéré comme une matière fissile spéciale produite dans les États membres.

Le droit d'option signifie que l'agence peut, lorsque les intérêts de la Communauté de l'énergie atomique l'exigent, devenir propriétaire du minerai produit et le répartir équitablement entre les États membres.

Ce droit est clairement un acte de puissance publique. Mais, dans les faits, il n'a jamais été exercé. L'exercice de ce droit est de nature politique. Aujourd'hui, même si l'agence dispose juridiquement du droit d'option sur les matières premières produites sur le territoire des États membres, sa mise en œuvre nécessiterait une prise de décision au niveau des ministres. L'exercice de ce droit au seul niveau de l'agence et sans concertation avec les institutions et les États membres créerait à coup sûr une crise politique avec l'État concerné.

B Un monopole dans la conclusion des contrats

Le Traité confère un droit exclusif à l'agence pour la conclusion des contrats liés à l'achat de matières premières. Ce système strict fut assoupli par un règlement en 1975 conformément à la procédure de l'article 60 du Traité Euratom.

1 Dans le Traité, article 52.2.b TCEEA

« *L'Agence dispose du droit exclusif de conclure des contrats portant sur la fourniture de minerais, matières brutes ou matières fissiles spéciales en provenance de l'intérieur ou de l'extérieur de la Communauté.* »

Cet article confère à l'agence un monopole sur les transactions et un rôle de régulateur dans l'approvisionnement des producteurs européens d'électricité nucléaire.

Chaque fois qu'un opérateur souhaite conclure un contrat d'approvisionnement avec un État tiers, c'est l'agence qui, juridiquement, conclut le contrat. L'opérateur économique reste cependant libre de choisir le fournisseur, le prix et les conditions du contrat.

À titre d'exemple, lorsque la société française Areva négocie et conclut un accord avec le Niger pour importer de l'uranium, c'est en fait l'agence qui est partie au contrat en lieu et place d'Areva. En revanche, si une entreprise européenne conclut un contrat de concession pour l'exploitation d'une mine située sur le territoire d'un État tiers, le contrat n'aura pas à être notifié.

[497] Le mox (abréviation de « mélange d'oxydes ») est un combustible nucléaire fabriqué à partir du plutonium et de l'uranium appauvri.

L'entreprise négocie le contrat d'importation de minerai ou matière avec l'État tiers mais le soumet ensuite pour approbation à l'agence. Celle-ci peut refuser de valider l'accord lorsqu'il remet en cause la sécurité énergétique de l'Union. Les opérateurs doivent, par exemple, veiller à respecter le principe de diversification des sources d'approvisionnement.

2 L'assouplissement du monopole public : la création d'une procédure simplifiée

Le règlement de 1975 a simplifié la procédure d'approvisionnement et permet aux opérateurs économiques d'acquérir les matières premières directement auprès du producteur. Cette nouvelle procédure a été précisée par la Cour de justice.

a La lettre des règlements de 1960 et 1975

Le règlement adopté en 1975 par l'agence insère un article 5 bis dans le règlement originel adopté en 1960.

Cet article instaure une procédure simplifiée qui autorise pour la première fois les opérateurs économiques à négocier sans passer par l'intermédiaire de l'agence : « *Les utilisateurs sont autorisés à s'adresser directement aux producteurs, et à négocier librement avec celui qu'ils auront choisi le contrat de fourniture.* » L'agence doit tout de même être principalement informée de la quantité, de l'usage et de l'origine des produits ainsi que de leur prix.

Le contrat reste soumis à la signature exclusive de l'agence. Le règlement prévoit un délai de 10 jours ouvrables dans lequel l'agence doit accepter ou refuser de signer le contrat.

Cette incorporation de flexibilité est essentiellement dû aux conditions du marché à l'abondance de l'offre de minerais que ne justifiait plus un tel verrouillage par l'agence des offres et demande d'approvisionnement en minerais.

b L'interprétation des juridictions communautaires

Dans l'affaire ENU/Commission, le TPI puis la Cour eurent à se prononcer sur la légalité de la procédure simplifiée.

La société minière portugaise, ENU, estimait que la procédure simplifiée était irrégulière dans la mesure où elle dérogeait au processus de confrontation des offres et des demandes prévu à l'article 60 du Traité CEEA.

L'entreprise soutenait que dans la mesure où il prévoit que « *les utilisateurs sont autorisés à s'adresser directement aux producteurs, et à négocier librement avec celui qu'ils auront choisi le contrat de fourniture* », l'article 5 bis est contraire à l'article 60 du Traité, lequel habiliterait uniquement l'agence à déterminer, dans son règlement, les modalités de confrontation des offres et des demandes que les producteurs et les utilisateurs sont tenus

de lui adresser pour qu'elle puisse exercer son droit d'option et son droit exclusif de conclure des contrats de fourniture. L'article 5 bis enfreindrait de la sorte les articles 57, paragraphe 2, deuxième alinéa, 58 et 60, deuxième alinéa, du Traité CEEA, qui obligent, sans aucune réserve, les producteurs à offrir leurs produits à l'agence.

Le Tribunal et la Cour ne répondent pas d'une manière étroite à la question de savoir si un règlement peut créer une procédure dérogatoire contraire aux dispositions strictes du Traité.
Les juridictions de l'Union analysent et répondent à ce moyen en se fondant sur l'esprit du Traité et les intentions de ses rédacteurs lorsqu'ils ont conféré des compétences à l'agence.
Le point 73 de l'arrêt du TPI rejette l'argumentation de l'entreprise.
« *En tout état de cause, à supposer même que l'argumentation de la requérante relative à l'article 5 et, plus spécialement, à l'article 5 bis du Règlement ait été pertinente,* […] *ces procédures simplifiées répondent à la finalité*[498] *poursuivie par les dispositions de l'article 60 du Traité et, plus généralement, par le système d'approvisionnement mis en place par son chapitre VI, qui visent à assurer l'approvisionnement des utilisateurs de la Communauté en produits nucléaires à des prix résultant du jeu du marché. En particulier, l'instauration d'une procédure simplifiée distincte de la procédure centralisée de confrontation des offres et des demandes prévue par l'article 60, en ses cinq premiers aliénas, s'explique par l'évolution de la conjoncture, caractérisée par un excès de l'offre sur la demande, rendant une telle centralisation inutile. Elle prend en compte cette évolution du marché, conformément aux finalités du régime d'approvisionnement dont le Traité confie la mise en œuvre à l'Agence (voir, dans ce sens, les conclusions présentées par l'avocat général M. Roemer sous l'arrêt Commission/France, précité, Rec. p. 1023, 1032).*

En outre, s'agissant plus particulièrement de la procédure simplifiée mise en place par l'article 5 bis, le Tribunal relève que cette procédure, qui autorise les utilisateurs à négocier les contrats de fourniture directement avec les producteurs de leur choix, ne prive cependant pas pour autant l'Agence de ses droits exclusifs qui, dans le système du Traité, doivent, en toute hypothèse, être exercés suivant les règles d'une économie de marché. En effet, cet article prévoit que le contrat librement négocié entre les opérateurs économiques « doit être soumis dans un délai de dix jours ouvrables à l'Agence pour signature aux fins de sa conclusion, [et que cette dernière] doit se prononcer, soit en concluant le contrat, soit en refusant sa conclusion, dans un délai de dix jours ouvrables à compter de sa réception ». Afin de permettre à l'Agence d'exercer effectivement ses prérogatives, ce même article précise les indications minimales que doit nécessairement comporter tout contrat de fourniture soumis à

[498] Nous soulignons.

l'Agence. Il s'ensuit que la procédure simplifiée, instituée par l'article 5 bis du Règlement, est conforme au régime d'approvisionnement institué par le Traité. »
Cette interprétation du TPI est entièrement validée par la Cour au point 23.

Ces deux prérogatives que sont le droit d'option et le droit exclusif ont été conçues dans les années 1950 car les scientifiques estimaient alors qu'il y aurait un important risque de pénurie de minerai à court terme lié à un manque d'investissement dans la production.
Ainsi, les États les plus importants sur les plans économique et politique auraient trusté les ressources au détriment des « petits États ». C'est ce risque qui a favorisé la communautarisation de l'approvisionnement en matières premières au profit d'un régulateur supranational qui gère ces ressources dans l'intérêt de la Communauté. Si le contexte a changé avec la fin de la guerre froide et l'augmentation considérable du nombre d'États membres, l'Agence continue d'analyser la structure de la couverture contractuelle des opérations du cycle du combustible européen pour les utilisateurs, et d'assurer un bon fonctionnement du marché. En évitant les risques de pénurie ou de rupture de production à tout stade du cycle du combustible nucléaire (exploitation, production, fabrication, transport, enrichissement), l'agence contribue aussi à donner la vision à long terme nécessaire pour les investissements dans les centrales et dans l'exploitation.
C'est à ce titre que l'agence a refusé de signer plusieurs contrats dans les années 1990. Les producteurs européens souhaitaient tous acheter, à bas prix, les importantes réserves d'uranium des anciennes républiques soviétiques[499].
L'exercice de ce droit et les conditions dans lesquelles il doit être exercé ont été interprétées par le Tribunal de première instance[500].

C L'Agence titulaire d'un pouvoir législatif spécial

Sur la forme, les règlements de 1960 et 1975 constituent deux cas très particuliers, uniques en droit communautaire primaire. Dans les Communautés, le pouvoir législatif appartenait en 1960 et 1975 exclusivement au Conseil. Les Assemblées parlementaires européennes, devenues Parlement européen en 1962[501], de la Communauté économique et de l'Euratom étaient alors composées de délégués des parlements nationaux. Ces derniers ne disposaient que d'un avis consultatif.
L'article 161 du traité Euratom confère donc le pouvoir législatif au Conseil et à la

[499] Rapports annuels de l'agence d'approvisionnement, 1999 et 2005.
[500] infra, p. 183
[501] Résolution de l'Assemblée parlementaire européenne du 30 mars 1962 relative à la dénomination de l'Assemblée, dans *Journal officiel des Communautés européennes (JOCE)*. 26 avril 1962, p. 1045.

Commission : « *Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent Traité, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis.*

Le règlement a une portée générale. II est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. »

Le dernier alinéa de l'article 60 du Traité Euratom semble créer une exception unique :
« *Un règlement de l'Agence soumis à l'approbation de la Commission détermine les modalités de confrontation des offres et des demandes*. »
Nous allons étudier les règlements adoptés par l'agence (1) sous le contrôle de la Commission(2)

1 Un règlement de l'agence

L'agence a donc adopté un premier règlement en 1960 et l'a révisé en 1975.
À la lecture des règlements, il s'agit véritablement d'actes législatifs et non de simples règlements intérieurs ni de prises de décisions individuelles.
Le règlement de 1960 s'intitule « *Règlement de l'Agence d'approvisionnement de la Communauté européenne de l'énergie atomique déterminant les modalités relatives à la confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales*[502] », il est publié au Journal officiel des Communautés.
Dans les premiers paragraphes, le pouvoir législatif ordinaire, « le Conseil », pouvoir législatif de droit commun, est remplacé par « l'Agence[503] ». L'agence vise l'article 60.6 qui lui confère donc la possibilité d'adopter un règlement et certaines décisions du comité consultatif, puis « arrête des dispositions ». Le règlement fixe également une date d'entrée en vigueur des différentes dispositions.
Les deux actes adoptés par l'agence en 1960 et 1975 possèdent les attributs d'un acte législatif. Ils ont pour destinataires l'ensemble des agents économiques publics et privés du marché des matières premières nécessaires à la production d'énergie nucléaire. Ils sont publiés au Journal officiel des Communautés et se nomment « règlement », ce qui, conformément à l'article 161 al 2 du traité CEEA, leur confère une valeur législative.

[502] JO n° 032 du 11 mai 1960, p. 0777–0779.
[503] Agence d'approvisionnement de la Communauté européenne de l'énergie atomique, vu les dispositions du Traité, notamment son article 60 alinéa 6.

2 Un règlement soumis à l'approbation de la Commission

La procédure d'adoption de ce règlement est la suivante : dans un premier temps, l'agence propose un règlement qui a pour vocation exclusive d'organiser la confrontation de l'offre et de la demande du minerais.

La Commission peut approuver ou refuser le texte soumis par l'agence. Si le texte est approuvé, l'agence adopte officiellement le projet de règlement.

Si on étudie la chronologie de l'adoption du règlement de 1960, on remarque que le règlement de l'agence et la décision d'approbation de la Commission[504] sont publiés au Journal officiel de la même date.

Cette possibilité conférée à la Commission de refuser un règlement est à nouveau une procédure d'exception.

Le rôle de la Commission est en effet de proposer, de veiller à la bonne application du Traité et de nouer les relations internationales de la Communauté. À aucun autre moment les Traités ne lui confèrent la possibilité d'autoriser l'adoption d'un règlement.

D L'interprétation de ces prérogatives par la Cour de justice des Communautés

Le premier contentieux était lié à la remise en cause par la France d'une partie du Traité lui-même (1). Par la suite, le TPI et la Cour ont estimé que l'agence disposait d'un pouvoir discrétionnaire (2). Dans ces arrtêt la Cour et le TPI consacrent l'Agence comme maitre du la politique d'approvisionnement (3)

1 L'applicabilité du chapitre VI du CEEA

Le premier élément important est que la Cour considère que ces droits prévus au chapitre VI du Traité CEEA existent bien. Cette remarque peut, certes, paraître étonnante, mais la Cour de justice a eu besoin de se prononcer sur cette question. En mars 1971, la Commission européenne a déposé un recours en manquement contre la France[505]. Elle reprochait à l'État français de ne pas notifier à l'agence ses contrats d'approvisionnement d'uranium en provenance d'États membres de la Communauté et d'États tiers comme le Canada et l'Afrique du Sud.

La France a produit une analyse basée tant sur la pratique du droit international et le comportement des États que sur l'interprétation de l'article 76 pour déduire que le chapitre VI

[504] CEEA : Commission : Décision fixant la date à laquelle l'Agence d'approvisionnement d'Euratom assumera ses fonctions et portant approbation du règlement de confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales établi par l'Agence en date du 5 mai 1960. JO n° 032 du 11 mai 1960 p. 0776–0776.

[505] Arrêt de la Cour du 14 décembre 1971. Commission des Communautés européennes contre République française. Agence d'approvisionnement. Affaire 7/71. R. 1971, p. 1003.

du Traité Euratom était devenu caduque. Le premier élément relevé par la France est le fait « *qu'elle n'aurait eu de cesse, depuis 1965, d'exprimer l'opinion que les dispositions du chapitre VI du Traité dont la violation lui est reprochée, seraient frappées de caducité et n'aurait fait, par la suite que confirmer son comportement à cette opinion*[506] ».

Le second, lié à l'interprétation de l'article 76, est que « *en vertu de l'alinéa 2 de l'article 76 du Traité ainsi qu'il apparaît notamment de l'emploi dans ce texte des mots « à l'issue de » à défaut par le Conseil d'avoir au 31 décembre 1964 ou sinon, dans un délai raisonnable à partir de cette date, confirmé les disposition du chapitre VI ou d'en avoir arrêté de nouvelles, lesdites dispositions seraient frappées de caducité et que leur non-application ne saurait, dès lors, être constitutive d'un manquement au sens de l'article 14 ?* [507] »

La Cour a rejeté assez vivement cette interprétation entre les points 18 et 29.

Après avoir rappelé que la caducité des dispositions du Traité ne se présume pas, la Cour estime que seule une disposition expresse du Traité pourrait rétrocéder aux États une compétence. Que, en l'espèce, l'article 76 ne prévoit pas que la Communauté serait dessaisie d'une mission que lui confère l'article 2 ni le retour de cette mission dans les compétences des États membres.

Et donc « *qu'en effet jusqu'au moment où interviendra la décision, soit de rendre permanentes les règles existantes, soit de les remplacer par des règles nouvelles, les dispositions du chapitre VI ne sont maintenues qu'à titre temporaire, de sorte qu'il pourra leur être substitué, à tout moment, un ensemble de dispositions nouvelles constitutives d'un régime d'approvisionnement différent*[508] ».

2 L'usage des droits de l'agence est un pouvoir discrétionnaire

L'utilisation de ces deux prérogatives de l'agence a donné lieu à deux contentieux.

Le premier arrêt de la Cour rendu le 11 mars 1997[509] confirme en appel les interprétations du TPI[510].

Une société minière portugaise, l'Empresa nacional de Urânio (ENU), était obligée d'exporter l'intégralité de sa production car le Portugal ne possédait pas de réacteur nucléaire. En 1988, son contrat de vente à long terme avec Électricité de France (achat de 75 % de sa production)

[506] Arrêt *op. cit.* point n° 3.
[507] *Idem*, points 16 et 17.
[508] *Idem* point 29.
[509] CJCE, 11 mars 1997, ENU/Commission affaire C-357/95P, recueil 1997 I - p. 1329.
[510] TPI (deuxième chambre élargie), 15 septembre 1995. Empresa Nacional de Urânio SA (ENU) contre Commission affaires jointes T-458/93 et T-523/93, recueil 1995 II - p. 2459.

n'a pas été renouvelé. L'entreprise ENU ne trouva plus de débouchés à sa production à cause de l'augmentation exponentielle de l'offre d'uranium en provenance de l'Europe centrale et de la CEI. Elle demanda à l'agence d'exercer son droit d'option sur sa production. L'agence a élaboré à la demande du commissaire à l'énergie un plan de vente aux consommateurs communautaires, sans succès. L'ENU a estimé que le droit d'option était une compétence liée de l'agence qui se devait donc de l'exercer.

Pour la Cour et le TPI, le Traité ne garantit que l'approvisionnement des utilisateurs ; la sauvegarde des intérêts des producteurs européens ne peut être mise en œuvre que dans des situations où il y aurait une exigence de sécurité d'approvisionnement.

Ainsi, pour les deux juridictions de l'Union, il n'y a pas de préférence communautaire dans le Traité Euratom[511].

La position du TPI est très claire sur l'étendue de son contrôle des décisions de l'agence lorsqu'elle utilise l'un de ses droits prévus au Traité. Le contrôle est *a minima*, limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Ainsi, l'arrêt du TPI énonce au point n° 67 : « *L'Agence ne peut, en particulier, exercer ses droits exclusifs de manière à écouler l'uranium naturel offert par un producteur communautaire et assurer ainsi le maintien en activité de son exploitation, sur le territoire de la Communauté qu'en relation avec la poursuite des objectifs définis par le Traité. S'agissant de décisions en matière de politique économique et commerciale ainsi que de politique nucléaire, l'Agence dispose d'une large marge d'appréciation dans le cadre de l'exercice de ses compétences. Dans ces conditions, le contrôle du Tribunal doit, en toute hypothèse, se limiter à celui de l'erreur manifeste d'appréciation ou du détournement de pouvoir (voir, notamment, l'arrêt de la Cour du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, Rec. p. I-4973, points 51 et 89 à 91).* »

Le TPI confirme l'étendue *a minima* de son contrôle sur les décisions de l'agence dans l'arrêt KLE/Commission de 1997[512] au point n° 90 : « *À cet égard, il convient de rappeler liminairement que, s'agissant de décisions en matière de politique économique et commerciale ainsi que de politique nucléaire, l'Agence dispose de toute façon d'une large marge d'appréciation dans le cadre de l'exercice de ses compétences. Dans ces conditions, le contrôle du Tribunal doit, en toute hypothèse, se limiter à celui de l'erreur manifeste d'appréciation ou du détournement de pouvoir.* »

[511] Arrêt du TPI points 59 et 60, arrêt de la Cour points 46 à 48.
[512] TPI, 25 février 1997, affaires jointes 149/94 et 181/94, recueil de jurisprudence 1997 p. II -00161.

3 L'agence maître de la politique d'approvisionnement

Dans l'affaire KLE contre Commission[513], une entreprise allemande publie un appel d'offres pour acheter de l'uranium. Elle accepte la meilleure offre d'une entreprise britannique qui s'engage à lui procurer les 400 tonnes demandées au prix de 22 $ par kilogramme. Ce contrat est donc soumis à approbation à l'agence qui demande, conformément à l'article 5 bis, un complément d'information concernant la provenance du minerai. L'agence a fait connaître aux parties que sa politique tend à ce que « *les utilisateurs de la Communauté européenne de l'énergie atomique ne deviennent pas dépendants d'une quelconque source particulière d'approvisionnement au-delà des limites raisonnables et à ce que l'acquisition de matières nucléaires en provenance des républiques de la CEI se fasse à des prix conformes à ceux du marché (c'est-à-dire qui reflètent les coûts de production et sont comparables aux prix pratiqués dans les pays d'économie de marché)* ». Sa politique de diversification vise à limiter à 20 à 25 % des besoins des utilisateurs particuliers de la Communauté la part de fournitures en provenance de la CEI. D'après elle, le contrat par KLE dépassait cette tolérance de 25 %, celle-ci correspondait pour KLE à 45 tonnes par an d'uranium naturel originaire de la CEI. Or, observait l'agence, KLE avait déjà acquis des quantités excédant sensiblement et pour plusieurs années le niveau de dépendance raisonnable. De plus, les prix proposés n'auraient pas reflété les coûts normaux de production et n'auraient pas été comparables aux prix pratiqués dans les pays d'économie de marché.

Cette décision de l'agence fut contestée par l'entreprise dont l'un des moyens mentionnés au point 64 était que « *les règles du Traité ne permettent pas à l'Agence d'établir et d'appliquer une politique de diversification des sources d'approvisionnement, de fixer les quotas et ainsi de limiter la liberté de choisir la provenance de l'uranium.* » KLE estimait également que l'article 61 conférait à l'agence l'obligation de satisfaire la rencontre de l'offre et de la demande sauf obstacles juridiques ou matériels s'opposant à leur exécution.

Le Tribunal a rappelé la mission de l'agence et l'étendue réduite de son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation. Il justifie au moyen de l'intérêt communautaire le refus de l'agence de valider le contrat en KLE et l'entreprise anglaise.

« *L'Agence cherche à assurer la sécurité de l'approvisionnement et à garantir les fournitures continues aux utilisateurs communautaires. Il est notamment de l'intérêt de l'industrie nucléaire communautaire qu'une source particulière de fournitures ne devienne pas trop importante par rapport à des sources alternatives. Il est également de l'intérêt de la*

[513] TPI, 25 février 1997, Kernkraftwerke Lippe Ems/Commission européenne, Affaires jointes T-149/94 et T-181/94, Recueil de jurisprudence 1997 page II-00161.

Communauté dans son ensemble et conforme à l'objectif de développement des échanges avec les autres pays que les importations s'effectuent à des prix liés à ceux du marché, comme le démontre notamment l'article 14 de l'accord commercial. Ainsi, comme le Tribunal l'a déjà constaté ci-dessus, la décision 94/285 répond aux exigences de la politique d'approvisionnement. Elle ne va donc pas à l'encontre de la mission de la Communauté.[514] »

Cette mission effectuée dans l'intérêt des États membres et des entreprises de la Communauté constitue donc effectivement un service public communautaire régalien, une mission de régulation d'un marché.

Comme l'analyse justement M. Blanchard[515], la Cour et le TPI opèrent un rapprochement entre les principes régulant le marché commun et le fonctionnement spécifique du marché Euratom.
Elle choisit d'atténuer le dirigisme du Traité pour favoriser la rencontre de l'offre et de la demande. Dans ce sens, aucune discrimination n'est effectuée entre l'origine des produits. Cela signifie que le consommateur peut librement s'approvisionner avec des fournisseurs établis au sein d'États tiers sous réserve de ne pas porter atteinte à l'indépendance énergétique de la Communauté.
En 2008, le conseil de l'Union a décidé de refondre les statuts de l'agence pour les adapter à l'élargissmenet de l'Union et aux nouvelles règles financières adoptées en 2002 pour le budget de l'Union.

§ 3 Réforme des statuts de février 2008, l'agence observateur et régulateur

La décision du Conseil adopté een février 2008[516] modifie substanciellement les statuts de l'Agence. Le nouvel article premier des statuts de l'agence lui confère trois missions en plus de celles du Traité :
« *1. L'Agence d'approvisionnement d'Euratom (ci-après dénommée "l'Agence") a pour objet l'accomplissement des missions qui lui sont confiées par le titre II, chapitre VI du Traité, dans le respect des objectifs du Traité :*
- fournit une expertise, des informations et des conseils à la Communauté sur tout sujet lié au

[514] *Idem* point 113.
[515] BLANCHARD Patrick (conseiller juridique au service juridique national d'Électricité de France), commentaire de l'arrêt de la Cour de justice « ENU/Commission », Cahier juridique de l'électricité et du gaz, octobre1997, p. 359.
[516] Décision du Conseil du 12 février 2008 établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom (2008/114/CE, Euratom), JO L41 du 15 février 2008, p.15.

fonctionnement du marché des matières et services nucléaires,

- joue un rôle d'observatoire du marché en surveillant et en identifiant les tendances du marché susceptibles d'affecter la sécurité d'approvisionnement de l'Union européenne en matières et services nucléaires,

- prend l'avis du comité consultatif institué conformément à l'article 11 des présents statuts (ci-après dénommé "le comité"), qui lui apporte son appui et agit en étroite collaboration avec lui.

2. L'Agence peut également constituer un stock de matières nucléaires, en vertu des articles 62 et 72 du Traité.

Ce résultat est l'issue d'un compromis avec le Parlement puisque la Commission avait proposé que l'agence

a) exécute les tâches relevant des compétences qui lui sont conférées par le Traité ;

b) exécute les autres tâches que lui confie la Commission. »

Le Parlement avait quant à lui et surtout dans des amendements de Nicole Fontaine et Anne Laperrouze[517] décrit toute une liste de missions telles la surveillance du marché, préserver une concurrence loyale, surveiller et analyser le marché.

Les missions ajoutées à la proposition de la Commission sont issues de la volonté des parlementaires de conférer à l'agence un rôle supplémentaire en matière de conseil scientifique et de production d'étude qui sont des missions classiques des agences dans le marché commun. La possibilité de constituer un stock de matières premières n'est pas envisagée dans l'immédiat.

L'agence préserve tout de même son rôle de surveillance de l'approvisionnement de la Communauté. Elle continue de veiller à la diversité des sources d'approvisionnement et conserve le monopole de signature des contrats même si elle n'en négocie pas elle-même les dispositions.

La Cour synthétise ces missions dans sa jurisprudence de 1997. Pour elle, le rôle de l'agence est d'assurer l'approvisionnement régulier et équitable de la Communauté en minerais et combustibles nucléaires.

Ces missions et la manière dont elles sont accomplies correspondent à la définition du service public international.

L'agence est un organisme supranational qui exécute une mission dans l'intérêt de vingt-sept États dans le domaine crucial de l'approvisionnement énergétique. Cette mission et son organisation ont été conçues sur le modèle de l'établissement public notamment sous

[517] Amendement n° 31 déposé le 13 juillet 2007, PE 392, 115v01-00.

l'influence de Georges Vedel, jurisconsulte de la délégation française au cours de la négociation des Traités de Rome.

§ 4 L'embryon d'une taxation européenne : la redevance

L'article 54 du Traité de l'énergie atomique dispose dans son cinquième alinéa que « *les statuts fixent les modalités de la gestion commerciale de l'agence. Ils peuvent donc prévoir une redevance sur les transactions destinées à couvrir les dépenses de fonctionnement de l'Agence.* »

Les statuts adoptés un an après le Traité ont en effet saisi cette opportunité dans l'article VI intitulé « redevance » :

« *L'Agence perçoit une redevance dont le produit est exclusivement destiné à couvrir ses dépenses de fonctionnement.*

La redevance est prélevée sur les transactions dans lesquelles intervient l'Agence dans l'exercice de son droit d'option ou de son droit exclusif de conclure de contrats de fourniture.

[…] *Le taux et les modalités d'assiette et de perception de la redevance sont fixés après consultation du conseil par la Commission statuant sur proposition du directeur général qui recueille l'avis préalable du comité exécutif.* »

Les expressions « l'agence perçoit » et « la redevance est prélevée » laissent supposer que cette fiscalité communautaire sur les transactions relatives aux minerais et matières fissiles existe véritablement. Or, il n'en est rien.

La décision du Conseil n'a jamais été mise en œuvre. La Commission et les États membres ont estimé que la création d'une redevance était trop complexe et risquait de pénaliser les opérateurs européens par rapport à leurs concurrents des États tiers.

Dans sa proposition de révision du règlement adoptant les statuts de 1958, la Commission rédige l'article relatif aux recettes : « *Les recettes de l'Agence se composent d'une contribution de la Communauté, des intérêts bancaires et des revenus de son capital et de ses placements en banque, et, s'il y a lieu, d'une redevance prévue à l'article 54 du Traité et d'emprunts.*[518] »

Cet ajout aux statuts n'est dû qu'à la nécessité de respecter le Traité Euratom. Il n'y a aucune intention des institutions d'instaurer cette redevance. Le seul amendement déposé par le Parlement était issu du groupe Vert/ALE, farouchement opposé aux activités nucléaires. Ce groupe estimait : « *L'Agence devrait être totalement financée à partir des revenus de son*

[518] Proposition de décision du Conseil établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, Bruxelles, le 28 mars 2007, COM(2007) 119 final/2.

capital et d'une redevance sur les transactions, prévue à l'article 54 du Traité Euratom. [519] »
Le seul texte qui aurait pu créer cette redevance était le règlement sur la confrontation des offres et demandes de minerai adopté en 1960. Cela n'a pas été fait car les changements politiques intervenus en France en 1958 et la politique étrangère du général de Gaulle n'ont pas été favorables à cette communautarisation effective du marché Euratom.

§ 5 Gouvernance de l'agence

Les statuts de 1958 prévoyaient un organe de type « agence » placé sous le contrôle de la Commission. Cette dernière lui donne ses directives et dispose d'un droit de veto sur ses décisions. L'agence reste indépendante à certains égards et possède des droits spécifiques en matière de personnel. Elle est gérée par un directeur général détenant des pouvoirs clairement définis et une certaine marge de manœuvre.

L'agence d'approvisionnement d'Euratom a fonctionné pendant un demi-siècle comme une unité administrative de la Commission. Son directeur général était systématiquement le directeur de la direction du service énergie nucléaire de la Commission[520]. L'organigramme de l'agence était publié avec celui de la Commission (dans une colonne distincte), ce qui ne tenait pas compte de sa personnalité morale distincte. La politique de l'Agence ne se distinguait donc pas de celle de la Commission.

Dans sa proposition de modification des statuts de 1958, la Commission européenne avait proposé que le directeur de l'agence et le personnel soient membres de la fonction publique communautaire. « *Le directeur général de l'Agence et le personnel sont des fonctionnaires des Communautés européennes*. » Le sens de cette dernière proposition était ambiguë puisqu'on ignorait si la nomination au poste de directeur de l'agence conférait le statut de fonctionnaire ou si le choix du directeur ne pouvait être fait que parmi des fonctionnaires communautaires. Le Conseil a retenu la première interprétation puisque les nouveaux statuts disposent : « *Le directeur général et le personnel de l'Agence sont ou deviennent des fonctionnaires des communautés européennes*.[521] »

Le directeur peut donc théoriquement être nommé au tour extérieur et n'est plus le directeur énergie nucléaire de la Commission. L'agence d'approvisionnement redevient une agence extérieure à la Commission. En pratique, le directeur nommé en 2008 est issu de la

[519] Justification de l'amendement n° 40 déposé par Rebecca Harms et Carl Schlyter, au nom du groupe Verts/ALE le 7 novembre 2007, A6-0376/2007.
[520] DG TREN directeur H.
[521] Décision du Conseil du 12 février 2008 établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom (2008/114/CE, Euratom), JO L41 du 15 février 2008, p.15. article 4.1.

Commission mais ne dirige pas en effet le secteur H de la direction de l'énergie de la Commission.

Parmi toutes les agences créées dans les communautés, l'agence d'approvisionnement Euratom fut dotée des plus larges pouvoirs. Elle constitue en effet la première agence de régulation d'un marché sensible dotée, sur le papier, de prérogatives qui aujourd'hui ne pourraient être octroyées à ses descendantes. Le droit exclusif de signature des contrats et le droit d'option sont autant de prérogatives exorbitantes du droit commun. L'application des Traités et statuts a quelque peu dévoyé et réduit l'utilité de cette agence à la part congrue. La France a refusé jusqu'en 1971 d'appliquer le chapitre VI du Traité, et l'abondance des matières premières venues d'Europe centrale a rendu la centralisation obsolète.

Les pères fondateurs avaient toutefois créé une entité agissant dans un but d'utilité publique pour gérer dans l'intérêt commun des États l'approvisionnement du marché. Cette première agence communautaire chargée d'une mission de service public fut une ébauche des futures agences déconcentrées dans le marché commun.

Absente tant du Traité de la Communauté européenne que du Traité de Lisbonne, les agences font partie, depuis 1975 avec la création de l'Agence pour la formation professionnelle, du paysage institutionnel communautaire. La création des agences s'est accélérée puisque, depuis 2002, pas moins de seize agences de régulation sur vingt-neuf ont été mises sur les fonts baptismaux, tous piliers confondus.

Le droit communautaire dérivé comprend deux grands types d'agences : les agences exécutives et les agences de régulation.

Contrairement aux agences de régulation dont le statut et le mode de création restent encore incertains, la création et le fonctionnement des agences exécutives ont été stabilisés dans le règlement cadre adopté, sur la base de l'article 308, le 19 décembre 2002[522].

Ces deux types d'organismes gèrent des programmes et des missions dans l'intérêt de la Communauté. Leurs rôles sont explicitement qualifiés de services publics par le droit positif et l'*opinio juris* des États membres.

Section 2 Les agences exécutives, supports du service public communautaire

Les agences exécutives constituent la seule catégorie d'agence dont le fonctionnement et les objectifs ont été arrêté dans un règlement cadre adoptée en 2002. Ces agences ont été conçues par la Commission à la suite de la Chute de la Commission Santer (§1). Le règlement de 2002 qualifie expressément la mission des agences exécutive de « service public » (§ 2). En fin,

[522] Règlement (CE) N°58/2003 du conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JO L 11 du 16 janvier 2003, p.1-8.

nous présenterons la mission de ces agences : la gestion de certains programmes communautaires (§3)

§ 1 La chute de la Commission Santer, genèse des agences exécutives

Absentes des Traités, les agences exécutives ont été créées par un règlement le 19 décembre 2002, basé sur l'article 308 du Traité de la Communauté.

Le rapport[523] de l'Assemblée nationale présenté en 2006 par le député Christian Philip identifie la chute de la commission Santer en 1999 comme étant à l'origine de la création des agences exécutives : « *Le recours à ce type d'agence répond à la volonté de la Commission européenne de mettre un terme à la pratique contestée de la sous-traitance de certaines missions vers des entreprises privées, les* "*bureaux d'assistance technique*".[…] *Ce mode de sous-traitance a engendré de nombreuses difficultés pour définir les limites de la sous-traitance, conduisant à un déficit de visibilité pour la Commission et à une perte de maîtrise dans les fonctions d'exécution.* […] *En décembre 1999, sous la présidence de M. Prodi, la nouvelle Commission s'était engagée à développer une politique d'externalisation cohérente et maîtrisée, afin de corriger les dérives dues à l'utilisation mal contrôlée de certains bureaux d'assistance technique.*[524] » Le visa du règlement de 2002 adopté sur la base de l'article 308 insiste dans l'explicatif préalable aux premiers articles sur la nécessité de la Commission européenne d'externaliser certaines activités pour mieux se concentrer sur ses missions premières.

§ 2 Notion : des organismes des Communautés chargés de services publics

L'article premier du règlement de 2002 définit les notions clef d' « agence » et de « programme communautaire »:

« *Aux fins du présent règlement, on entend par:*

a) "agence exécutive", une entité juridique instituée conformément au présent règlement ;

b) "programme communautaire", toute action, ensemble d'actions ou autre initiative qui, selon l'acte de base ou l'autorisation budgétaire concernés, doit être mise en œuvre par la Commission, en faveur d'une ou de plusieurs catégories de bénéficiaires déterminés, en engageant des dépenses. »

De manière plus intéressante quant à la définition de l'agence exécutive, l'article 4 du règlement du 19 décembre 2002 dispose que « *l'agence exécutive est un organisme communautaire investi d'une mission de service public.* » L'idée de service public était

[523] Assemblée nationale, rapport d'information sur les agences européennes, 3 mai 2006, n° 3069, http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i3069.asp.

[524] Rapport Assemblée nationale, opus citatum, p. 20-21.

mentionnée dès la proposition initiale de la commission[525].

L'expression « service public » ne relève pas de l'erreur de traduction puisque la version anglaise du règlement est tout aussi évocatrice quant à la nature des missions conférées aux agences puisqu'elle dispose : « *An executive agency is a Community body with a public service role.* » Il y a lieu de s'interroger sur la place qui est ici aménagée à la notion de service public dans un tout autre domaine que celui des transports ou de l'audiovisuel qui sont les seuls politiques dans le droit primaire relevant du service public. Cette formulation est assez proche de celle retenue par la Cour de justice dans l'arrêt Conseil contre Parlement européen du 3 juillet 1986 qui qualifie le fonctionnement global de l'Union de « service public européen [526]». Cependant le règlement se détache de la globalité retenue par la Cour pour qualifier les missions exécutées par un organisme. Le législateur consacre donc les missions des agences exécutives de service public. C'est donc une approche matérielle du service public appliqué aux organismes de l'Union. Les Agences exécutives sont dotées de la personnalité morale. Elles peuvent ainsi être qualifiées de « service public personnalisé de l'Union européenne ». Après avoir déterminé la nature de ces agences, il faut étudier quels sont les types de programmes dont elles ont la charge.

§ 3 Missions : organismes chargés de la gestion de programmes communautaires

Les agences exécutives sont chargées, sous le contrôle étroit de la Commission, de la gestion de programmes communautaires[527]. Cette activité constitue donc une mission de service public. Si on s'attache aux décisions créant les agences exécutives, l'expression « service public » n'y est cependant jamais mentionnée.

Depuis la publication du règlement, les Communautés ont créé six agences exécutives.

Il s'agit des agences exécutives « éducation, audiovisuel et culture[528] », de l'Agence exécutive du Conseil européen de la recherche, l'Agence exécutive pour la recherche, l'Agence exécutive pour la santé publique[529], l'Agence pour la mise en œuvre d'une énergie intelligente[530], devenue l'Agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation, et de

[525] Proposition de règlement du Conseil portant « le statut des agences d'exécution chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires », COM (2000) 788 final, JOCE C120 E, p. 140, 21 avril 2000.

[526] CJCE 3 juillet 1986, Conseil / Parlement, aff 34/86, point 48. Recueil de jurisprudence 1986, p. 2155.

[527] Cette gestion ne comprend pas les actes qui comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[528] Décision 2005/56/CE de la Commission du 14 janvier 2005 instituant l'agence exécutive « éducation, audiovisuel et culture », JO n° L 024 du 27 janvier 2005, p. 0035 - 0038.

[529] Décision 2004/858/CE : « Agence exécutive pour le programme de santé publique » pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de la santé publique, JOCE L 369 du 16 décembre 2004.

[530] Décision 2004/20/CE de la Commission du 23 décembre 2003 instituant une agence exécutive, dénommée « Agence exécutive pour l'énergie intelligente », pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de l'énergie en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil [JO L 5 du 9 janvier 2004].

l'Agence exécutive pour les réseaux transeuropéens de transports[531].

Ces agences sont créées pour permettre à la Commission de rester concentrée sur les tâches essentielles[532] qui lui sont imparties par les Traités. Il s'agit donc d'externaliser les activités de gestion de programme à des entités publiques, dotées de la personnalité juridique mais contrôlées par la Commission européenne. Cette décision est la conséquence du Livre blanc sur la réforme administrative[533] présenté le 5 avril 2000.

Le considérant n° 2 du règlement de 2002 dispose en ce sens : « *La création d'une agence exécutive est destinée à permettre à la Commission de se concentrer sur ses activités et fonctions prioritaires, qui ne sont pas externalisables, sans pour autant perdre la maîtrise, le contrôle, et la responsabilité ultime des actions gérées par les agences exécutives.* »

Ces agences sont délégataires des pouvoirs d'exécution de la Commission issus des articles 202 al 3[534] et 274[535] du Traité de la Communauté. Ces décisions nécessitent un degré important de maîtrise technique que ne possède pas la Commission. Cette dernière reste cependant totalement maîtresse des orientations et décisions politiques à mener dans la gestion des programmes.

Les agences exécutives sont toutes chargées de la gestion d'un ou plusieurs programmes. Par exemple, l'agence « éducation, audiovisuel et culture » est placée sous le contrôle de deux directions générales de la Commission (éducation et culture, information et média et de l'office de coopération europe aid.) Elle est chargée d'environ vingt programmes différents[536] parmi lesquels Socrates, Citoyenneté européenne active, l'Europe pour les citoyens et Action d'éducation et de formation tout au long de la vie.

Les agences exécutives créées bien après la chute de la commission Santer ne font pas l'objet des mêmes interrogations que les agences de régulation. Leur création et leurs modes de fonctionnement sont uniformisés par le règlement de 2002 ; la mise en œuvre de leurs activités font ainsi l'objet d'un consensus. Il en va autrement des agences de régulation, au centre d'un débat interinstitutionnel sur l'organisation et l'avenir des agences européennes.

---

[531] Décision 2007/60/CE de la Commission du 26 octobre 2006 instituant l'Agence exécutive du réseau transeuropéen de transport , en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil [JO L 32 du 6 février 2007].

[532] Le pouvoir d'initiative, le rôle de gardien des Traités, pouvoir d'exécution des décisions du Conseil et la négociation des accords internationaux.

[533] COM (2000) 200 final/2, du 5 avril 2000

[534] Exécution des actes du Conseil.

[535] Exécution du budget.

[536] Liste énumérée à l'article 4 de la décision *op. cit.*

Section 3 Les agences déconcentrées : des « micro-institutions dotées d'une macro-incidence[537] »

Tout comme les agences exécutives, les agences déconcentrées n'existent pas dans les différents Traités communautaires. Le Traité de la Communauté ne fait référence qu'à des « institutions ou organes[538] », en anglais « *institutions or bodies* ». Cela n'a pas empêché la Communauté économique européenne de se doter, dès 1975, de deux agences : le Centre européen de formation professionnelle[539] et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail[540]. Le besoin de nouvelles agences renaît dans les années 1990 avec la création de huit nouvelles entités. À partir de 2002, l'Union s'est dotée avec frénésie de douze agences supplémentaires dans le premier pilier, deux dans le deuxième et une dans le troisième. Dans une communication de mars 2008[541], la Commission européenne estime qu'il y a vingt-neuf agences de régulation et deux autres en préparation consacrées à l'énergie et aux télécommunications. Ces agences emploient environ 3 800 personnes et sont dotées d'un budget global de 1,1 milliard d'euros[542]. La plus importante, avec quelque 600 salariés, est l'Office européen des marques situé à Alicante.

Les secteurs d'activité des agences peuvent concerner l'ensemble des politiques de l'Union. Citons par exemple l'Agence communautaire du contrôle des pêches, l'Agence européenne de produits chimiques, l'Agence pour la sécurité des aliments et l'Agence chargée de mettre en œuvre le programme Galileo.

Les difficultés apparaissent avec le foisonnement des agences qui pose une double interrogation, d'une part relative à la bonne gouvernance de l'Union[543] et d'autre part au respect de la jurisprudence Meroni de la Cour de justice des Communautés[544].

En effet, les tâches et missions conférées aux agences sont très éparses : conseils scientifiques, prise de décisions individuelles, régulation de secteurs d'activité. Il faut définir ce que sont les agences, évaluer la nature de leurs missions et les motivations de leur création (§ 1).

Cette diversité dans le nombre et les missions conférées aux agences crée un sentiment

---

[537] Rapport de la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement « sur une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation », A6-0354/2008, rapporteur : Georgios Papastamkos, p. 4.

[538] Pour l'expression « organe » au sens d'organe des Communautés, voir les articles 21, 44, 101, 102 105 107, 108 123, 193, 195, 286 du Traité de la Communauté.

[539] Règlement du Conseil du 10 février 1975, n° 337/75 JO L 39/1 du 13 février 1975, p. 1.

[540] Règlement (CEE) n° 1365/75 du Conseil du 26 mai 1975, JO L 139 du 30 mai 1975.

[541] Communication du 11 mars 2008, « les agences européennes - orientation pour l'avenir », COM 2008 135 final.

[542] *Idem* p. 5.

[543] Livre blanc « Gouvernance européenne », COM (2001) 428 final du 25 juillet 2001.

[544] CJCE 13 juin 1958 Meroni & CO contre Haute Autorité, affaires 9-56 et 10-56. Recueil 1958, p.11. Note H Askenazy, écho des mines, 1958, p. 429 à 432.

d'opacité chez les citoyens et les administrations nationales. Les règles de fonctionnement, l'attribution des sièges au conseil d'administration, le partage de responsabilités entre agences et Commission européenne, sont autant de difficulté à résoudre. La politique de création des agences doit être impérativement perfectionnée (§ 2).

Consciente de ces difficultés, la Commission européenne a publié en 2005 un projet d'accord interinstitutionnel[545] qui avait pour but, sur le modèle du règlement de 2002 des agences exécutives, de réguler la création et le mode de fonctionnement des agences. Ce projet a échoué pour des raisons juridiques et politiques. En 2008, la Commission européenne a publié cette fois une communication au Parlement et au Conseil pour, à nouveau, essayer de donner un cadre, un code de conduite commun aux institutions qui souhaiteraient créer de nouvelles agences (§ 3).

§ 1 La création des agences déconcentrées

Il est nécessaire de définir préalablement ce que sont les agences déconcentrées (A), sur quelle base juridique elles sont créées (B) et enfin les missions que leur attribue la Communauté (C).

A La notion d'agence déconcentrée

Ces agences sont plus connues sous la dénomination « agence de régulation ». Nous préférons les nommer « agences déconcentrées » car leur seule caractéristique commune est d'être éparpillées au sein des États membres de l'Union. La fonction de régulation n'est qu'un type de mission parmi d'autres susceptible d'être conféré aux agences.

Ni le droit primaire ni le droit dérivé n'ont donné de définition de ce qu'était une agence.

Le rapport de l'Assemblée nationale française propose de partir des caractéristiques communes aux agences pour établir une définition : « *Une agence est un organisme de droit public européen, distinct des institutions communautaires et qui possède une personnalité juridique propre. Elle est créée par un acte de droit dérivé en vue de remplir une tâche de nature technique, scientifique et précisée dans l'acte constitutif correspondant.*[546] »

Cette définition, si elle décrit ce que sont et font les agences, ne nous apparaît pas pleinement satisfaisante. Certes, les agences sont des organismes de droit public européen, placés sous tutelle de la Commission et chargés de différentes missions. Cependant, la description des différentes tâches qui peuvent leur être confiées ne qualifie pas suffisamment la nature de ces missions.

[545] COM (2005) 59 final du 25 février 2005.

[546] Rapport Assemblée nationale, rapport n° 3069 sur les agences européennes présenté par Christian PHILIP le 3 mai 2006, p. 11.

3Au cours de la présidence allemande du Conseil au premier semestre 2007, celle-ci a envoyé courant avril un questionnaire sur les agences[547] aux différents membres du Comité des représentants permanents (Coreper) 1. De nombreux États membres ont donné leur avis au sujet de ce que devait contenir un cadre horizontal pour les agences de régulation. Ces avis, nommés « non-papier », sont donnés de manière informelle et n'engagent pas les États membres quant à leurs positions lors de négociations futures. Ils reflètent cependant l'*opinio juris* individuel des membres du Conseil.

L'une des réponses fut rédigée conjointement par les délégations belge, italienne, luxembourgeoise et néerlandaise[548]. Elle est particulièrement intéressante car c'est la seule à proposer une définition générique des agences de régulation.

Les délégations donnent une définition qui s'applique aux agences créées en application de la codécision[549], les agences exécutives en sont expressément exclues car clairement encadrées par le règlement de 2002 : « *Aux fins des orientations communes présentes, une agence européenne est une entité juridique autonome, établie par l'autorité législative, qui est investie d'une mission de service public relative à la mise en œuvre d'une politique de l'Union européenne. À cette fin, l'agence peut notamment être chargée de fournir une assistance scientifique ou technique, de collecter et échanger des informations et des bonnes pratiques et/ou d'appliquer le droit de l'Union à des cas individuels (règlements de base de création de diverses agences et autorités).* »

Cette définition comprend une différence majeure avec celle de l'Assemblée nationale française ; elle introduit un terme générique pour qualifier les missions des agences : le service public.

Il ne peut être reproché à ces délégations de s'inspirer du droit national français. Cette définition montre que l'*opinio juris* de quatre États membres se réfère à l'expression « service public » pour qualifier l'action des agences de régulation. Une nouvelle fois, l'action de mise en œuvre d'une politique communautaire est qualifiée de service public. Il est également possible que cette définition se soit en partie inspirée de celle du règlement de 2002 pour les agences exécutives. L'action de l'Union européenne, organisme supranational, est qualifiée de service public.

Pour le Parlement européen, la définition des agences communautaires dépend de

[547] « Agences européennes de régulation. Document officieux de la présidence : questionnaire sur la possibilité d'établir un cadre pour les agences européennes de régulation », le 3 avril 2007, référence documentaire du Conseil : n° 8261/07. ANNEXE II p.376

[548] « Document officieux de la présidence [allemande] : questionnaire sur la possibilité d'établir un cadre pour les agences européennes de régulation. Contribution conjointe des délégations belge, italienne luxembourgeoise et néerlandaise », document n° 10041/07 du 25 mai 2007.

[549] *A contrario*, cela signifie une exclusion des deuxième et troisième piliers.

l'application d'une partie du règlement financier de 2002.

Les points 25 et 26 du rapport du Parlement européen[550] énoncent : *rappelle à cet égard la définition formulée lors du trilogue du 7 mars 2007, date à laquelle il a été convenu, aux fins de l'application du point 47 de l'AII du 17 mai 2006, que la définition serait déterminée par la question de savoir si l'organisme est créé en vertu de l'article 185 du règlement du Conseil n° 1605/2002 du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.* [Il] *tient à souligner l'importance qu'il attache à une terminologie claire et cohérente en ce qui concerne les agences, terminologie à mettre en place en vue d'un usage commun ; rappelle que les agences de régulation ne constituent qu'un sous-groupe des organismes décentralisés* »

La lecture combinée de ces deux points est complexe ; le règlement financier dispose dans son article 185 :

« *1. La Commission arrête un règlement financier cadre des organismes créés par les Communautés, dotés de la personnalité juridique et qui reçoivent effectivement des subventions à la charge du budget. La réglementation financière de ces organismes ne peut s'écarter du règlement cadre que si les exigences spécifiques de leur fonctionnement le nécessitent et avec l'accord préalable de la Commission.*

2. La décharge sur l'exécution des budgets des organismes visés au paragraphe 1 est donnée par le Parlement européen, sur recommandation du Conseil.

3. L'auditeur interne de la Commission exerce, à l'égard des organismes visés au paragraphe1, les mêmes compétences que celles qui lui sont attribuées à l'égard des services de la Commission.

4. Les organismes visés au paragraphe 1 appliquent les règles comptables mentionnées à l'article 133 afin de permettre la consolidation de leurs comptes avec ceux de la Commission. »

L'accord insterinstitutionnel de 2006 prévoit au point 47 intitulé « *D. Agences et Écoles européennes* » :

« *Lors de l'élaboration de sa proposition visant à créer une nouvelle agence, la Commission évaluera les implications budgétaires sur la rubrique de dépenses correspondante. Sur la base de ces informations et sans préjudice des procédures législatives régissant la création de cette agence, les deux branches de l'autorité budgétaire s'engagent, dans le cadre de la coopération budgétaire, à dégager en temps opportun un accord sur le financement de*

[550] Rapport sur une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation (2008/2102/INI) A6-0354/2008, 17 septembre 2008, p. 8.

l'agence. »

L'introduction de ces références dans le rapport de la commission AFCO est due au rapport pour avis de la commission du budget[551] présenté par la député Jutta Haug[552]. La combinaison entre l'article 185 du règlement financier et l'article 47 de l'accord interinstitutionnel est en fait le fruit d'un compromis intervenu à l'issue de plusieurs trilogues[553] menés en 2006.

Lors des négociations sur les perspectives financières 2007-2013, le Parlement européen a tenté d'obtenir l'instauration d'un plafond pour les dépenses globales des agences. Face au refus du Conseil et de la Commission, il obtint l'ajout de cet article 47 à l'AII qui prévoit que, préalablement à l'instauration d'une nouvelle agence, c'est-à-dire dans les travaux préparatoires à une communication, la Commission doit évaluer les conséquences budgétaires. Le Parlement et le Conseil codétenteur de l'autorité budgétaire doivent avaliser cette proposition de budget sous peine de voir le projet annulé.

Les trois institutions n'ayant pu donner une définition aux agences dans le droit positif, ont convenu d'une sorte de définition à partir du droit financier. L'idée est que tout organisme créé par les Communautés, doté de la personnalité morale et percevant un financement issu du budget communautaire est considéré comme une agence au sens de l'article 47 de l'AII. Cette définition est très vaste puisqu'elle englobe les agences déconcentrées et les entreprises communes[554] au sens de l'article 171 du TCE et du chapitre V Euratom. Le service juridique du Conseil a confirmé cette interprétation dans un avis du 27 février 2007 relatif à la création d'entreprise commune ITER (Euratom) : « doit être considérée comme une agence communautaire aux fins d'application du point 47 de l'AII. »

Les agences exécutives en sont exclues car leur budget est intégré à celui des directions de la Commission auxquelles elles sont rattachées.

La commission du budget du Parlement européen décrit le rôle des agences d'une manière fort intéressante : « *Les agences participent aux politiques communes et s'acquittent de tâches de puissance publique sous la responsabilité de la Commission mais sur une base*

---

[551] Avis de la commission du budget à l'intention de la commission AFCO du 16 juillet 2008. sur une stratégie en faveur de a mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation. Rapporteur pour avis : Jutta Haug, PE 405.903v03.

[552] Député allemand du PSE, Jutta Haug est notamment spécialiste des agences sur lesquelles elle travaille depuis de nombreuses années.

[553] Rencontres informelles entre les trois institutions permettant de dégager un consensus sur des questions épineuses. Le trilogue peut avoir lieu parallèlement à la procédure de codécision pour adopter un texte en première lecture et éviter les procédures contraignantes en termes de vote de la deuxième lecture et une éventuelle conciliation. Le texte adopté en trilogue est considéré comme informel, sans valeur contraignante. La formulation retenue est alors relatée au Coreper 1 par la présidence du Conseil et soumise à l'adoption des délégations. Il en va de même en commission parlementaire : le rapporteur explique qu'un consensus a été trouvé et propose de l'adopter officiellement en Commission.
Cette méthode législative permet de réaliser de nombreuses navettes parlementaires tout en conservant le délai et les modalités formels de l'adoption en première lecture.

[554] Voir section 2 p. 225

décentralisée comme définie au règlement financier articles 53, 54 et 185.[555] »

L'idée d'incorporer le concept de puissance publique est une constante dans la pensée de la commission budget du Parlement. En effet, la rencontre annuelle pour le budget de 2006 prévoyait l'expression fort semblable d'« autorité publique[556] ».

À partir de ces multiples tentatives menées en commun ou isolément par les institutions ou les États membres, la définition suivante peut être formulée : les agences sont des organismes communautaires déconcentrés chargés, sous contrôle de la Commission, de missions de service public.

B La base juridique : des fondements évolutifs

Absentes du Traité de la Communauté économique, du Traité de l'Union européenne et du Traité de Lisbonne, les agences n'en sont pas moins toutes créées sur la base d'un règlement par agences nouvelles. Ces règlements furent initialement adoptés sur la base de l'article 308.

Cet article dispose que « *si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.* »

Dans son rapport du 17 septembre 2008[557], le Parlement européen a recensé douze agences dont la base juridique est l'article 308.

Depuis 2002 et la création de l'agence sur la sécurité alimentaire[558], la Commission européenne a de plus en plus fréquemment recours aux politiques sectorielles pour justifier la création des agences.

Ce glissement dans les bases juridiques s'explique par deux raisons politiques :

La première est simple : il s'agit d'associer le Parlement européen à la prise de décision. La création et l'extension progressive de la codécision font que le Parlement possède, à quelques nuances près, le même poids que le Conseil dans l'élaboration des textes du premier pilier. Si le Conseil persistait avec la Commission à utiliser l'article 308, il exclurait de fait le

[555] Document de travail du Parlement du 29 juin 2006, concernant une réunion avec les agences décentralisées sur l'avant-projet de budget pour 2007, Commission des budgets. Rapporteurs : Jutta D. Haug (DE, PSE) et James Elles (UK, PPE), PE 376.332v02-00.

[556] Document de travail daté du 13 juin 2005 sur la rencontre avec les agences décentralisées relative à l'Avant projet de Budget 2006, Commission des budgets. Rapporteurs : Giovanni Pittella (I, PSE), Jutta D. Haug (DE, PSE), PE 360.015v02-00 point 12. Version anglaise. La traduction en français a été externalisée (voir p. 1 du document) et l'expression « *tasks of public authority* » a été mal traduite puisqu'elle est devenue « missions de service public » dans la version française. DT\570838EN.doc

[557] Rapport sur une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation (2008/2102/INI) A6-0354/2008, 17 septembre 2008.

[558] Règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002, JO L 031, 1er février 2002, p. 1.

Parlement qui, dans le cadre de cet article, ne peut donner qu'un avis consultatif. Puisque les agences concernent de plus en plus la mise en œuvre des politiques sectorielles, il apparaissait difficile de contourner de la sorte le Parlement.

La seconde explication au changement de base juridique est que les institutions européennes ont souhaité sortir d'une démarche où l'agence est considérée comme une entité spécifique située en dehors du Traité. L'incorporation des agences dans la procédure législative normale les transforme en instruments ordinaires des politiques sectorielles. Ainsi, il devient acceptable, pour mettre en œuvre une politique donnée, que le législateur communautaire crée une agence. L'exemple des transports est le plus net : la politique européenne des transports est la mission de service public des Communautés puisque l'article 73 du Traité CE la qualifie expressément ainsi. Sur la base de cette politique des transports, les Communautés ont créé une agence par moyen de transport collectif : l'Agence pour la sécurité aérienne[559], l'Agence pour la sécurité maritime[560] et une agence ferroviaire[561].

Les agences sont donc, en ce qui concerne le premier pilier, créées en codécision et assimilées à un moyen ordinaire de mise en œuvre des politiques communautaires.

C Missions des agences déconcentrées : des attributions hétéroclites

Au fur et à mesure de leurs créations, les agences furent dotées de compétences de plus en plus hétérogènes : conseils scientifiques (1), production de rapports d'inspection (2), régulation d'une partie du marché commun (3), prise de décision individuelle (4).

1 L'agence, un conseiller scientifique et technique

Les motivations de la création des agences sont multiples. Pour la Commission européenne, les agences permettent d'améliorer la gouvernance de l'Union. En externalisant certaines missions de sa politique, la Commission se recentre sur ses missions prioritaires que sont l'initiative, la négociation des accords internationaux et la surveillance de la bonne application des Traités par les États et les entreprises. On peut aisément établir un parallèle entre la hausse des compétences des États au début du XX^{e} siècle et celles de l'Union dans les traités successifs. Dans les deux cas, sur le plan de l'organisation administrative, l'augmentation exponentielle des compétences et des domaines d'action crée un besoin d'expertises

[559] Règlement (CE) N° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, et abrogeant la directive 91/670/CEE du Conseil, le règlement (CE) n°1592/2002 et la directive 2004/36/CE, JOUE L 79 du 13 mars 2008, article 17 b, p.14.

[560] Agence européenne pour la sécurité maritime, règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002, JO L 208, 5 août 2002, p. 1.

[561] Règlement (CE) n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne, JOUE L 164 du 30.4.2004.

techniques. De la même manière, au niveau international, les Nations unies se sont dotées de toute une panoplie d'organes subsidiaires chargés de gérer des missions spécifiques. La Commission est un organe politique à son sommet mais les services, même s'ils sont composés de quelques experts nationaux détachés, n'ont pas suffisamment de compétences scientifiques. Le rôle premier des agences est de donner un conseil scientifique pour faciliter la prise de décision.

Par exemple, l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments a un rôle de conseil sur la toxicité des nouveaux médicaments proposés par les industries et conseille également l'Union dans sa représentation internationale comme à l'OMS.

Ses avis sont consultatifs mais, dans les faits, la Commission avalise la plupart du temps les recommandations de cette agence.

Il en va de même pour l'autorité européenne de sécurité alimentaire, créée juste après la crise sanitaires des années 1990, ou encore l'office communautaires des variétés végétales.

Le deuxième rôle important qui a été alloué aux agences est la prise de décision individuelle.

2 Un pouvoir décisionnel individuel, une délégation de pouvoir sous contrôle

Certaines agences disposent d'un pouvoir de décisions individuelles comme l'acceptation de la mise de médicaments sur le marché de l'Union. Cette attribution constitue une importante délégation de pouvoir de la Commission vers les agences.

Dans sa communication de 2008, la Commission décrit avec précision le rôle de ces agences : « *Certaines peuvent adopter des décisions individuelles ayant un effet direct en appliquant des critères établis au niveau de l'UE* […] *L'ordre juridique communautaire actuel impose des limites claires et strictes au pouvoir autonome des agences de régulation. Elles ne sont pas habilitées à adopter des mesures réglementaires de portée générale. Leurs compétences se limitent à l'adoption de décisions individuelles dans des domaines spécifiques requérant une expertise technique déterminée, dans des conditions précises et strictement définies et sans véritable pouvoir discrétionnaire. En outre, les agences ne peuvent être investies de pouvoirs susceptibles de porter atteinte aux responsabilités explicitement conférées à la Commission par le traité (en tant que gardienne du droit communautaire, par exemple).*[562] »

La délégation de pouvoir est strictement encadrée par les Traités et la jurisprudence de la Cour.

La délégation de la prise de décisions individuelles est limitée par l'article 7 du traité CE et la jurisprudence Meroni de 1958.

[562] COM 2008 135 final Bruxelles, publiée le 11 mars 2008.

L'article 7 énumère les institutions chargées d'accomplir les objectifs de la Communauté. :

« *1. La réalisation des tâches confiées à la Communauté est assurée par:*

- un Parlement européen,

- un Conseil,

- une Commission,

- une Cour de justice,

- une Cour des comptes.

Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent Traité. »

L'alinéa 2 semble exclure la délégation de pouvoir. Cette lecture semble d'autant plus stricte que la Cour de Justice estime que le respect de la répartition des compétences fait partie de « l'équilibre institutionnel[563] ». Dans cette affaire, le Conseil avait adopté un règlement relevant du troisième pilier sans prendre la peine de consulter une seconde fois le Parlement, excipant du fait que la deuxième mouture ne comportait qu'une modification de la période transitoire pendant laquelle les États pouvaient seuls légiférer en matière de visa pour les ressortissants des États tiers. La Cour, estimant que le Conseil avait méconnu l'équilibre institutionnel du Traité, avait annulé le règlement.

Néanmoins, certaines tâches attribuées par les différents articles des Traités peuvent faire l'objet d'une délégation de pouvoir selon le strict cadre fixé par la Cour de justice dans la jurisprudence Meroni[564].

Dans cet arrêt, des sociétés du secteur de la métallurgie contestent la légalité d'une décision de la Haute autorité et des organismes de Bruxelles relative au calcul d'une taxe de péréquation sur la ferraille importée.

La question principale de cet arrêt est de savoir si les « organismes de Bruxelles » ont effectivement reçu une délégation de pouvoirs de la Haute autorité et, si oui, si cette dernière fut régulière quant à son étendue.

Le moyen des parties est basé sur le fait que la délégation de pouvoirs telle qu'elle a été pratiquée en l'espèce constituerait un détournement de pouvoirs.

La Cour détermine pour la première fois les grands principes de droit communautaire de la délégation de pouvoirs qui encadrent, toujours aujourd'hui, les relations entre l'Union

[563] CJCE 10 juin 1997, aff C 392/95 « Parlement contre Conseil ». Extrait du point 14 : « *La participation effective du Parlement au processus législatif de la Communauté, selon les procédures prévues par le Traité, représente, en effet, un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le Traité.* »

[564] CJCE 13 juin 1958 Meroni & CO contre Haute autorité, affaire 9-56. Note : H. Askenazy, *Écho des mines*, 1958, p. 429 à 432.

européenne et ses organismes déconcentrés. Dans ses conclusions[565], l'avocat général Karl Römer donne son interprétation de la délégation de pouvoir dans les Communautés. Il fonde son raisonnement en deux temps. Il constate que dans « l'État moderne fondé sur le droit », deux principes gouvernent le fonctionnement de la délégation. « *Cette délégation doit être ordonnée par une loi qui en délimite exactement le contenu et qui doit garantir non seulement un contrôle suffisant par l'État, mais aussi une protection juridique complète contre les actes de ces groupements ; la protection juridique peut être atteinte par voie d'assimilation des mesures de ces groupements à celles des administrations publiques, de manière à ce qu'elles soient attaquables en justice selon les règles générales du droit administratif.*[566] » Il estime que ces deux règles sont transposables au fonctionnement de la CECA : « *à nos avis, ces deux points doivent aussi constituer un fondement de notre droit de la Communauté*.[567] » Pour lui, « *les décisions des groupements doivent être assimilées aux décisions de la Haute autorité ou bien celle-ci devrait prendre elle-même les véritables décisions.*[568] »

La Cour de justice s'interroge, dans un premier temps, pour savoir si elle est véritablement face à un cas de délégation. La Cour constate que le mémoire en défense de la Haute autorité ne s'approprie pas les délibérations des « organismes de Bruxelles » et que, par conséquent, « la délégation est constituée » (point 39).

La conformité de la délégation est alors analysée à l'aune de trois articles du traité CECA :

- l'obligation de motivation des décisions (article 15),
- l'obligation de publier tous les ans un rapport général (article 17),
- l'obligation de publier les informations pouvant être utiles aux gouvernements et à tout autre intéressé (article 47).

La décision de déléguer ne mentionne aucune de ses obligations. La Cour estime donc qu'elle viole le Traité. En effet, la Haute autorité délègue un pouvoir dont elle n'est pas titulaire : celui de prendre des décisions individuelles dans des conditions différentes de celle de l'autorité délégante. Ici, le principe général du droit *nemo dat quot non habet* s'applique pleinement pour justifier que la décision de délégation n'est pas conforme au Traité CECA.

La Cour s'interroge également au sujet du pouvoir délégué. Après avoir rappelé que les décisions de délégation ne sauraient être présumées mais contenues dans un acte formel, la Cour interprète l'étendue de la délégation. Elle explique que « *les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes selon qu'elles visent des pouvoirs*

[565] RÖMER Karl, conclusions, recueil de jurisprudence de la Cour de justice, volume IV, 1958, janvier-juillet, p.87 à 127 (texte originel rédigé en allemand).
[566] *Idem* p. 113.
[567] *Ibidem*.
[568] *Ibidem* p. 114.

d'exécution nettement délimités et dont l'usage est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante ou un pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'interprétation susceptible de traduire par l'usage qui en est fait un véritable pouvoir économique.
Ce deuxième type de délégation est un transfert de légitimité politique vers une légitimité technocratique n'est en fait qu'un glissement de responsabilité qui remet en cause l'équilibre des pouvoirs. » (point 44) garantie par le Traité CECA en l'espèce et le traité CE pour les nouvelles agences. Comme le note à juste titre Jean Pierre Colin, « *Si la Cour a développé dans ses motifs, une véritable théorie de la délégation de pouvoir, c'est assurément qu'elle voulait rancher à l'avance les conflits qui pouvaient à nouveau surgir entre la Haute autorité et les entreprises à propos du fonctionnement du mécanisme de péréquation des ferrailles.*[569] »

La Commission européenne suit cette jurisprudence avec soin. Cependant, l'arrêt Meroni ne concerne pas les agences de la Communauté au sens propre puisque, en 1958, elles n'existaient pas. En outre, la Cour interprète en tant que juge de la CECA et non de la Communauté économique. La Cour a cependant implicitement confirmé la jurisprudence Meroni en 1981 dans l'affaire Romano[570]. Cet arrêt rendu sur question préjudicielle du Tribunal du travail de Bruxelles interprète la validité d'une décision de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, créée par un règlement communautaire. À la question de savoir si la méthode de calcul d'une pension était conforme aux prérogatives de la Commission, la Cour à répondu : « *Tant de l'article 155 du Traité que du système juridictionnel mis en place par le Traité et, notamment par ses articles 173 et 177 qu'un organe tel que la Commission administrative ne peut être habilité par le Conseil à arrêter des actes revêtant un caractère normatif. Une décision de la Commission administrative, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions de sécurité sociale chargées d'appliquer le droit communautaire dans ce domaine n'est pas de nature à obliger ces institutions à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations lorsqu'elles procèdent à l'application des règles communautaires. La décision n° 101 de la Commission administrative ne lie donc pas le Tribunal du travail.* »

Il est vraisemblable que la Commission rappelle aussi fréquemment la jurisprudence Meroni

[569] COLIN Jean-Pierre, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Paris, LDGJ, 1966, p. 196.
[570] CJCE, 14 mai 1981, Romano/Institut national d'assurance maladie invalidité. Affaire C 98/80, recueil 1981 p. 124.

dans le but d'éviter la création d'entités qui tendraient à s'affranchir de sa tutelle. En ce sens, l'intervention de l'ancien président de la Commission européenne, Romano Prodi, en séance plénière au Parlement européen révèle la méfiance de la Commission vis-à-vis des agences : « *Le deuxième exemple de ce risque de fragmentation est le souhait manifesté par certains États membres dans le cadre de la Conférence intergouvernementale, de modifier le Traité pour faciliter la création d'agences auxquelles le Conseil pourrait conférer des pouvoirs exécutifs. Cela - disons-le clairement - risque de créer des centres de pouvoirs rivaux.*

Il se peut que le recours à des agences soit nécessaire pour doter l'Union des organes et des autorités qui existent désormais dans toutes les organisations et pour permettre à la Commission de mieux jouer son rôle d'organe exécutif sans dépenses bureaucratiques excessives. Mais cela doit se faire en respectant la logique du système communautaire et, pourtant, ces agences doivent donc opérer sous l'autorité de la Commission, qui en est responsable devant le Parlement.[571] »

La position de la Commission d'enfermer les agences dans la jurisprudence Meroni est cependant fragile. Les nouvelles agences scientifiques comme l'agence des médicaments ou l'agence européenne de la sécurité aérienne ou encore comme le futur régulateur de l'énergie vont certainement avoir des interprétations à faire qui comprendront une part de discrétionnaire. Françoise Comte, rédactrice de la communication de la Commission de mars 2008, estime dans un article : « *La question peut se poser d'apprécier dans quelle mesure les agences décisionnelles actuelles peuvent être amenées dans certains cas à effectuer des arbitrages techniques difficiles impliquant donc une marge discrétionnaire de décision.*[572] »
Il semble en effet acquis que la répartition des pouvoirs entre la Commission et les agences doit être clarifiée et que le cadre strict de la jurisprudence Meroni doit évoluer. La clarification interviendra éventuellement à l'occasion d'une contestation d'une décision d'une agence, ce qui, depuis 1975, ne s'est jamais encore produit.

3 Des agences de régulation

Ces agences s'inscrivent dans le cadre du marché intérieur. La Commission a défini par deux fois leur rôle. La première en 2002, dans une communication sur l'encadrement des agences de régulation :
« *Dans la plupart des cas, il s'agit d'agences qui, en vue de renforcer la cohérence et*

[571] PRODI Romano, session plénière du Parlement européen, Strasbourg, le 3 octobre 2000.
[572] COMTE Françoise, « Agences européennes : relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, éditions Clément Juglar, n° 3 de l'année 2008, p. 495.

l'efficacité de cette régulation, réunissent et mettent en réseau au niveau communautaire des activités qui, à l'origine, relèvent du niveau national. […] *La notion d'agence européenne de régulation désigne les agences chargées de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé*.[573] »

La seconde fois, en 2005, dans le projet d'accord interinstitutionnel : « *Une agence de régulation peut donc être définie comme une entité juridique autonome créée par le législateur pour participer à la régulation d'un secteur à l'échelle européenne et à la mise en œuvre d'une politique communautaire*.[574] »

La Commission estime et rappelle que cette mission de régulation constitue un service public. La communication de 2002 affirme que « *dans l'accomplissement de leur mission de service public, les agences doivent se voir reconnaître une certaine autonomie d'organisation et de fonctionnement et assumer la responsabilité des actes qu'elles posent. La transparence de leur action doit être assurée.*[575] ». La Commission ajoute dans cette même communication : « *il est évident que ces agences remplissent une mission de service public très importante.*[576] »

En 2005, l'article 3 al 2 du projet d'accord interinstitutionnel réaffirme l'idée de la Commission: « *L'agence est investie d'une mission de service public. Elle contribue à améliorer la façon dont les règles communautaires sont mises en œuvre et appliquées dans toute l'Union européenne.*[577] »

Cette mission de régulation d'une partie du marché commun est ainsi qualifiée de service public car elle contribue à l'accomplissement d'une politique communautaire, la réalisation du marché commun.

§ 2 Les agences, une politique de création perfectible

La politique éparse de création des agences est marquée par de nombreuses imperfections. La détermination du siège de l'agence, la représentation des États au sein des conseils d'administration, les conflits entre la légitimité démocratique des institutions et technocratique liée à l'expertise supposée des agences constituent autant de lacunes dans la

[573] COM 2002 718 final, du 11 décembre 2002, « L'encadrement des agences européennes de régulation », p.4.
[574] COM 2005 59 final, du 25 février 2005, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences de régulation », p. 5-6.
[575] *Op. cit.* n° 9, p.6. Version anglaise : « In discharging their public service responsibilities, the agencies must have a certain degree of organisational and functional autonomy and be accountable for the action they take. Their activities must be transparent. »
[576] *Idem*, p. 6, version anglaise : « Clearly, these agencies fulfil a very important public service function. »
[577] *Op. cit.* n° 80, p. 11. Version anglaise : « The agency shall be invested with a public service role. »

bonne gouvernance de l'Union et donc dans la mise en œuvre de ses services publics communautaires.

A La détermination du siège des agences

Pour les États membres, la création d'une agence est avant tout une lutte d'influence pour déterminer le territoire hôte.

Cette question de l'attribution du siège est considérée comme de la plus haute importance. De la même manière qu'il y a jusque dans le Traité de Nice un commissaire par État, un juge par État dans les Cours de justice, chaque État souhaite accueillir une agence sur son territoire. Cette revendication n'est pas sans influence sur l'inflation du nombre des agences.

L'article 289 du Traité de la Communauté dispose à ce sujet : « *le siège des institutions de la Communauté est fixé du commun accord des gouvernements des États membres*. » Cet article livre deux informations importantes : la première est que le Parlement européen n'est pas consulté alors qu'il représente les intérêts des citoyens, la seconde est que les États doivent se prononcer à l'unanimité, ce qui signifie dans la plupart des cas que c'est au Conseil européen de choisir.

La prise de décision donne lieu à de longues tractations[578] politiques que l'autorité de surveillance du programme Galileo illustre parfaitement. Cette agence fut créée et effective en 2004. Elle occupe toujours un siège provisoire depuis bientôt cinq années à Bruxelles. Pas moins de onze villes[579] sont encore candidates pour obtenir son implantation.

L'occupation d'un siège provisoire à Bruxelles est assez fréquente outre la GSA. L'autorité de surveillance maritime fut également provisoirement installée à Bruxelles entre 2003 et 2006 avant de s'établir à Lisbonne.

Généralement, un compromis est trouvé pour un ensemble d'agences au niveau des chefs d'État et de gouvernement, ce qui permet aux États de se répartir les sièges des agences.

Le 13 décembre 2003, les membres du Conseil européen ont fixé d'un commun accord les sièges des organismes ci-après de l'Union européenne : le Collège européen de police, l'Autorité européenne de sécurité des aliments, Eurojust, l'Agence européenne pour la sécurité maritime, l'Agence européenne de la sécurité aérienne, l'Agence ferroviaire européenne, l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies et l'Agence européenne des

[578] L'exemple du président italien du Conseil Berlusconi invoquant le *prosciutto* pour convaincre et obtenir l'implantation de l'autorité européenne de sécurité alimentaire à Parme n'est qu'une tractation parmi d'autres.

[579] Athènes, Barcelone, Bruxelles, Cardiff, La Valette (Chypre), Ljubljana, Munich, Noordwijk, Prague, Rome et Strasbourg.

produits chimiques[580]. Les chefs d'État ont également ajouté un critère pour l'attribution des agences : « *donner la priorité aux États adhérents, une fois qu'ils seront devenus membres de l'Union, pour ce qui est de la répartition des sièges d'autres organismes qui seront créés, sans préjudice du fait que, si un Parquet européen est institué, il aura son siège à Luxembourg, conformément aux dispositions de la décision du 8 avril 1965*[581] ».

Dans son projet d'accord interinstitutionnel présenté en 2005[582], la Commission européenne décrit les difficultés que pose le choix du siège de l'agence dans la mise en œuvre de la politique de l'Union : « *Jusqu'à présent en effet, la quasi-totalité des décisions concernant les sièges des agences a été prise en bloc, à dix ans d'intervalle, par les chefs d'État et de gouvernement en marge des Conseils européens. Ces négociations par paquets ont considérablement retardé la mise en place effective de certaines agences qui sont installées provisoirement à Bruxelles pour une période* a priori *indéfinie. Cette pratique est à l'origine de certaines difficultés d'ordre administratif et matériel survenues dans la phase de démarrage : problème de recrutement du personnel, coûts supplémentaires et difficultés pratiques dans la transition géographique, difficultés d'accès, etc*. »

Par ailleurs, la Commission considère, à l'instar du Parlement, que la fixation du siège est un élément constitutif de l'acte de base et devrait par conséquent y figurer.

Sans ôter aux États membres le droit de décider du siège de l'agence au niveau politique le plus élevé, la Commission propose par conséquent que cette décision soit prise « *à temps pour être intégrée dans l'acte de base. À défaut, la Commission propose qu'une décision soit prise dans un délai de six mois au plus tard*. »

La détermination du siège de l'agence influence même la nature juridique des organismes. Le centre d'opération du système d'information Schengen[583] est basé à Strasbourg. La France s'oppose à sa classification parmi les agences. La démarche est simple : la France accueille déjà sur son territoire l'Agence ferroviaire, l'incorporation du SIS dans les agences déconcentrées aurait pour conséquence immédiate sa délocalisation vers un autre État non encore pourvu en agence.

Outre le siège, le choix du directeur de l'agence répond à des procédures qui manquent de cohérence.

---

[580] Décision 2004/97/CE, Euratom, prise du commun accord des représentants des États membres, réunis au niveau des chefs d'État ou de gouvernement, du 13 décembre 2003, relative à la fixation des sièges de certains organismes de l'Union européenne, JO L 29 du 3 février 2004, p. 15.

[581] Voir les conclusions des représentants des États membres réunis au niveau des chefs d'État ou de gouvernement à Bruxelles le 13 décembre 2003, registre du Conseil, document n° 5381/04, p. 27.

[582] COM (2005) 59 final du 25 février 2005, p. 4.

[583] Système d'échange de données sur les individus qui franchissent les frontières de l'espace Schengen.

B La nomination du directeur de l'agence

La méthode pour la nomination du directeur est arrêtée dans les statuts de chacune des agences. Une fois de plus, les institutions n'ont pas été en mesure d'adopter une procédure unique. Il y a presque un mode de désignation par agence.

Selon les agences, le directeur peut être nommé par :

- le Conseil sur proposition d'une liste établie par le Conseil d'administration de l'agence[584] ;
- le conseil d'administration sur proposition de la Commission européenne[585] ;
- la Commission européenne sur proposition du conseil d'administration[586] ;
- le conseil d'administration sur proposition éventuelle de la Commission européenne[587].

L'autre organe des agences qui se distingue par ses disparités de fonctionnement est le conseil d'administration.

C L'organisation du conseil d'administration

La composition et la répartition des pouvoirs entre les institutions au sein des agences est une lutte d'influence entre les États membres, la Commission et le Parlement.

Le nombre pléthorique des membres qui le composent et l'uniformisation des modalités de vote sont problématiques et devront être résolues.

1 La composition du conseil d'administration

Les conseils d'administration des agences sont souvent surabondants. Chacune des institutions souhaite être représentée et essaie de l'être pour faire valoir son point de vue à l'intérieur des agences.

Dans la grande majorité des agences, chaque État membre désigne un représentant au conseil d'administration. La Commission européenne est également représentée, parfois le

[584] Office de l'harmonisation du marché intérieur.
[585] Fondation européenne pour la formation.
[586] Centre européen de développement de la formation professionnelle.
[587] Agence ferroviaire européenne.

Parlement[588] a également quelques représentants et, dans deux cas, les partenaires sociaux ont également un délégué[589].

Le cas du Centre européen pour le développement et la formation professionnelle illustre la nécessité de réformer le fonctionnement et l'organisation des conseils d'administration des agences.

Le règlement de 2004[590] dispose dans son article 4.2 que le conseil de direction est composé d'un représentant par État, ainsi que d'un représentant par État pour les organisations d'employeurs, un représentant par État pour les organisations de travailleurs et trois représentants de la Commission.

Ce conseil de direction composé de quatre-vingt quatre membres montre le problème de bonne administration des agences. La réunion et la prise de décisions au sein d'une telle assemblée pose des difficultés en termes de durée des sessions, de coût de fonctionnement et de lenteur de prise de décision à la majorité qualifiée.

L'exemple opposé de bonne gestion dans les agences est celui de l'Agence de sécurité des aliments. Le règlement de 2002[591] prévoit un système réduit de membres : « *Le conseil d'administration est composé de quatorze membres désignés par le Conseil en consultation avec le Parlement européen à partir d'une liste établie par la Commission qui comprend un nombre de candidats considérablement plus élevé que le nombre de membres à nommer, ainsi que d'un représentant de la Commission.* »

2 Les modalités de vote au sein des conseils d'administration

Là encore, chaque agence a ses modalités d'adoption des décisions : majorité simple, absolue ou qualifiée des membres ayant la possibilité de voter. Des exceptions sur le type de majorité à atteindre au sein de chaque agence existent selon le domaine ou le type de décision à avaliser.

3 La durée du mandat des administrateurs

Dans ce cas, il n'y a pas non plus de cohérence entre les différentes agences. Les mandats ont une durée maximale de cinq ans et minimale de trente mois. Il est très étonnant de noter que la durée du mandat du conseil d'administration peut ne pas correspondre à celle du directeur.

[588] Deux représentants au sein de cinq agences : Agence de l'environnement, Observatoire des drogues et de la toxicomanie, Agence des médicaments, Centre européen pour la prévention et le contrôle des maladies et Agence des produits chimiques.

[589] Centre européen pour la formation professionnelle, Centre européen d'amélioration des conditions de vie au travail.

[590] Le règlement 2051/2004 est la dernière modification du règlement initial de 1975.

[591] Règlement du Conseil et du parlement n° 178/2002, du 28 janvier 2002.

D La transparence des activités

Dans son rapport spécial publié en juillet 2008[592], la Cour des comptes de l'Union européenne a évalué le fonctionnement de huit agences déconcentrées au cours de l'année 2007. Elle a procédé en fonction de trois critères :

- Les agences ont-elles planifié leurs activités de manière suffisante en se fixant des objectifs précis et mesurables ?
- Les agences ont-elles mis en place des instruments solides de suivi de leurs activités ?
- Les agences ont-elles rendue compte de leurs activités et fait procéder à des évaluations pertinentes de leurs résultats ?

Les conclusions de la Cour ne sont pas très positives. Elle estime que les agences font preuve d'insuffisance dans la programmation des activités et qu'il n'y a pas d'appréciation des résultats obtenus par rapport aux objectifs fixés.

En outre, ces objectifs sont formulés avec trop d'imprécision au détriment du dialogue avec l'autorité de décharge (la Commission de contrôle budgétaire)[593].

La Cour note également avec inquiétude le manque généralisé d'organisation du budget des agences par activité exercée. Pour le moment, le budget des agences est arrêté par bloc et non affecté à des missions spécifiques dont on pourrait évaluer la performance. Ce manquement à la transparence ne facilite pas la surveillance de la gestion de ces agences.

La plupart d'entre elles ont cependant bien rendu compte de leurs actions. Mais étant donné que les prévisions d'activités et le budget attribué à ces mêmes activités connaissent un flottement dans leurs conceptions, toute évaluation pertinente ou appréciation des comptes rendus est extrêmement difficile pour la Commission et le Parlement.

§ 3 Les tentatives de rationalisation

Les trois institutions sont conscientes que la situation des agences ne donne pas une bonne image de la gouvernance de l'Union européenne. Néanmoins, malgré différentes tentatives de rationalisation, aucun accord n'a pu être trouvé depuis 2002. La première tentative importante de coordination menée en 2005 a échoué. Depuis 2007 et véritablement en 2008, un accord et une volonté de réforme semblent se dessiner sur les points à revoir. Chaque institution tente bien naturellement de conserver ses prérogatives.

A Le projet d'accord interinstitutionel de 2005

[592] Cour des comptes, « Agence de l'Union européenne, obtenir des résultats », rapport spécial n° 5, publié le 4 juillet 2008, http://eca.europa.eu/portal/pls/portal/docs/1/1383546.PDF.
[593] Rapport *op. cit.* point 46.

La Commission européenne a proposé, en 2005[594], un accord interinstitutionnel visant à rationaliser et instaurer un code de bonne conduite dans la création des nouvelles agences. Ce projet contenait de nombreuses propositions mais fut abandonné suite à l'obstruction du service juridique du Conseil. (avis reproduit en annexe, p. 372)

1 Les propositions clefs de la Commission

Il y a deux types de préconisations : les premières doivent être réalisées préalablement à la constitution d'une agence, et les autres, plus structurelles, relatives à l'organisation interne des agences elles-mêmes.

La première mesure préalable à la constitution d'une nouvelle agence suggérée par la Commission est la réalisation d'une étude d'impact. Cette proposition de la Commission n'est pas une initiative isolée. Elle est issue de l'initiative « mieux légiférer » lancée par la Commission en 2002[595]. L'un des principaux apports de cette initiative fut la communication sur les études d'impact[596]. Pour la Commission, « *l'analyse d'impact identifie les effets positifs et négatifs probables des actions proposées, ce qui permet de porter une appréciation politique sur la proposition en toute connaissance de cause et d'identifier les compromis dans la réalisation d'objectifs concurrents.* » Ces études sont réalisées par la Commission européenne en « inter-services », c'est-à-dire que tout projet de communication, de directive ou de règlement est évalué au sein de chacune des directions de la Commission.

L'application de cette communication et de ses lignes directrices[597] est donc dans la logique de la doctrine de la Commission européenne. Appliquée aux agences, il s'agit d'étudier de manière aussi précise que possible les conséquences de la création d'une nouvelle agence dans un secteur donné. Outre la justification de l'action eu égard aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, la Commission liste dix critères à prendre en compte tels que « *les leçons tirées d'expériences similaires, le système de suivi et d'évaluation périodique à tenir, les objectifs à atteindre, la valeur ajoutée de l'action communautaire, les coûts induits par la création de l'agence et les gains éventuels à attendre en terme d'expertise et d'efficacité de l'action publique.*[598] »

La Commission propose également que le siège soit déterminé avant la publication du règlement créant l'agence. Dans le cas contraire, le siège serait déterminé dans un délai

[594] COM 2005, 59 final, 25 février 2005, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation ».
[595] COM 2002, 275 final, « Gouvernance européenne : mieux légiférer », 6 juin 2002.
[596] COM 2002, 276 final, « Communication de la Commission sur l'analyse d'impact », 5 juin 2002.
[597] « Impact assessement guidelines », publiées le 15 juin 2005, SEC 2005 791.
[598] COM 2005, 59 final, 25 février 2005, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation », p. 12.

maximal de six mois.

En ce qui concerne la structure des agences, la Commission propose que la taille des conseils d'administration soit réduite et que les États membres ne soient pas tous représentés. En outre, la Commission souhaite que les pouvoirs exécutifs possèdent le même nombre de voix au sein des conseils d'administration, c'est-à-dire qu'elle souhaite disposer de la même influence que le Conseil.

La dernière proposition clef est relative au contrôle de l'action des agences. La Commission européenne serait ainsi chargée de l'évaluation du fonctionnement de l'agence et des résultats obtenus à la lumière des objectifs fixés avant la création de l'agence. Elle pourrait, si les résultats ne sont pas satisfaisants, proposer la dissolution de l'agence.

Le contrôle administratif serait exercé par le médiateur européen, conformément à l'article 195 du Traité de la Communauté.

Le contrôle politique serait exercé par les trois institutions : Commission, Parlement et Conseil. Ils pourraient auditionner le directeur de l'agence à tout moment sur les sujets liés à son activité.

Le contrôle financier serait exercé par la Cour des Comptes et la Commission du contrôle budgétaire de la Commission.

2 L'échec juridique et le maintien du *statu quo*

Les propositions de l'accord interinstitutionnel (AII) proposé par la Commission remettaient en question beaucoup des pouvoirs du Conseil tant sur la représentation de ses membres au sein des Conseils d'administration que sur sa capacité à peser dans les décisions des agences. Le service juridique du Conseil[599] a estimé que le texte de la Commission n'était pas conforme aux Traités. Cette interprétation a permis aux États membres de maintenir le *statu quo* dans la gestion des agences.

Pour le service juridique du Conseil, aucune base légale ne peut, en l'état des Traités, être trouvée pour adopter un acte contraignant qui imposerait aux institutions un cadre à suivre dans la création des agences de régulation.

Le service du Conseil rappelle que les accords interinstitutionnels peuvent avoir des effets juridiques contraignants. Il se base ainsi sur l'interprétation effectuée par la Cour de justice dans l'affaire « Commission contre Conseil » du 19 mars 1996[600].

---

[599] Avis du service juridique du Conseil, document n° 78/05, 6 avril 2005, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation. Choix de l'acte juridique et base juridique ».

[600] « *Il y a lieu de considérer, en l'espèce, que le point 2.3 de l'arrangement conclu entre le Conseil et la Commission constitue la mise en œuvre, au sein de l'OAA, de cette obligation de coopération entre la Communauté et ses États membres. Il ressort par ailleurs des termes de l'arrangement que les deux institutions ont entendu se lier l'une vis-à-vis de l'autre. Le Conseil n'en a d'ailleurs à aucun moment de la procédure*

Selon le service juridique du Conseil, ce projet d'AII présenté par la Commission constituerait une sorte de mesures « supralégislatives » auxquelles serait soumis le législateur communautaire dans l'adoption des futurs règlements portant création d'une agence.
Or, le Traité confère des attributions législatives aux institutions, et des procédures spécifiques qui ne peuvent être modifiées par un simple AII.
L'avis utilise judicieusement la déclaration annexe au Traité de Nice sur l'article 10 du Traité CE (devoir de loyauté entre les États et les institutions). Cette déclaration dispose : « *La Conférence rappelle que* […] *pour ce qui est des relations entre les institutions, lorsqu'il s'avère nécessaire, dans le cadre de ce devoir de coopération loyale, de faciliter l'application des dispositions du Traité instituant la Communauté européenne, le Parlement européen, le Conseil et la Commission peuvent conclure des accords interinstitutionnels. Ces accords ne peuvent ni modifier ni compléter les dispositions du Traité et ne peuvent être conclus qu'avec l'accord de ces trois institutions*. » Ainsi un AII ne peut compléter ou modifier les Traités. Selon le service du Conseil, l'accord, tel que proposé par la Commission, modifierait la procédure d'adoption des dispositions législatives et donc modifie le Traité de la Communauté. Par conséquent, le recours à un AII pour encadrer la création des futures agences n'est pas conforme au droit communautaire primaire. Les jurisconsultes du Conseil ont également tenté de déterminer quelle pourrait être la bonne base juridique pour fonder valablement ce type d'accord. Selon eux, le recours à l'article 308 s'avère également impossible pour deux raisons : la première est que l'article 308 exige que l'acte concerne « l'un des objets de la Communauté ». Or, les agences sont absentes des Traités et par conséquent, rationaliser leur utilisation ne correspondrait pas à l'objet de la Communauté. Le deuxième élément tendant au rejet d'une solution basée sur l'article 308 est que cet article réduit le rôle du Parlement à une simple consultation. Lier le parlement dans un accord alors qu'il ne serait que consulté n'est pas une solution politiquement adéquate.

La deuxième voie envisagée par l'avis est une compilation de bases juridiques. Il s'agirait de prendre en visa l'ensemble des articles susceptibles d'être utilisés dans le règlement portant création d'une agence. Cette solution est également rejetée car, selon les politiques sectorielles visées, le Parlement voterait en codécision ou en coopération et le Conseil à la majorité qualifiée ou à l'unanimité.

Cet avis et certaines de ses interprétations paraissent contestables. L'article 308 apparaît comme une base juridique tout à fait possible pour fonder un accord. Le service juridique du

---

contesté la portée. »

Conseil a interprété de manière fort restrictive « l'objet du Traité ». Il parait tout de même étonnant que le Conseil ait pu créer bon nombre d'agences sur la base de cet article mais qu'un accord pour réguler la création de ces mêmes agences ne puisse être fondé sur le même article. La délégation slovène au Conseil a produit un commentaire critique de l'avis du Conseil[601].

L'avis juridique du Conseil est en réalité formaliste à dessein. Formaliste car, en effet, un AII ne peut contraindre sur le plan du droit le comportement des institutions dans l'élaboration de la loi européenne. Cependant, le projet présenté par la Commission n'est pas présenté comme un cadre supralégislatif rigide. C'est un « *gentlemen agreement* » entre institutions qui vise à adopter un comportement commun sur une politique ou une qualification. Politiquement, il eut été tout à fait plausible que les institutions européennes décident de rationaliser la mise en œuvre des agences au moyen d'un AII. La légalité aurait été parfaitement respectée puisque chaque règlement instituant une agence aurait suivi le processus législatif ordinaire.

Une proposition de la Commission et une adoption par le Conseil et le Parlement selon les modalités de la politique sectorielle concernée.

L'avis du service du Conseil est à dessein car il sert d'argument aux États membres pour scléroser le processus d'accord. Le Conseil se satisfait pleinement du système actuel qui lui permet d'être représenté dans toutes les agences, d'y prendre les décisions et de se répartir les sièges sur le territoire de ses États membres.

Le projet d'AII de 2005 ne fait que remettre en cause ces acquis et donc vise à limiter l'influence des États membres au profit des autres institutions. Cet avis juridique a donc été rédigé puis suivi dans un but politique : le maintien du rapport de force institutionnel.

La difficulté dans le choix de l'outil juridique est que l'article 308 est la base juridique idéale pour sceller ce type d'accord. Or, cet article ne confère qu'un rôle consultatif au Parlement. Dans un commentaire de l'avis juridique adressé aux délégations, la délégation Slovène propose[602] d'y substituer un règlement qui fixerait un cadre commun à toutes les agences.

B La relance des négociations en 2008

Après trois années de gel des négociations interinstitutionnelles et la création d'agences

[601] « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation ; contribution de la délégation slovène concernant la base juridique », document n° 8169/05 du 19 avril 2005.
[602] « Projet d'AII pour un encadrement des agences européennes de régulation ; contribution de la délégation slovène concernant la base juridique », document n° 8169/05, 19 avril 2005.

supplémentaires, la Commission européenne a repris l'initiative. Dans une communication de mars 2008, elle fait de nouvelles suggestions et retire sa proposition d'AII de 2005.

1 La communication de mars 2008

Dans cette communication, la commission estime qu'il est urgent de repenser l'organisation des agences et propose un groupe de travail commun aux trois institutions.

a Un besoin de rationalisation incontournable

L'objectif de cette communication est de parvenir à un accord entre les institutions, quelque soit sa forme juridique. La Commission souligne la nécessité de réguler la création et le fonctionnement des agences.

Outre la modification de la procédure des études d'impact préalables à la création des agences ainsi qu'une nouvelle typologie des organes déconcentrés, la Commission liste à nouveau les points clefs nécessitant une remise à plat et une conciliation interinstitutionnelle. Elle dresse les six priorités suivantes : « *les tâches dévolues aux agences, la structure et le financement, la responsabilité et les relations avec les institutions de l'Union, les travaux de l'agence dans le contexte mieux légiférer, l'établissement et la dissolution des agences et la stratégie de communication*. »

b Un groupe de travail pour un diagnostic commun

La Commission invite le Conseil et le Parlement à la rejoindre dans un groupe de travail interinstitutionnel. Dans une lettre datée du 7 mai 2008 et adressée aux présidents du Parlement et du Conseil, le président Barroso renouvelle cette invitation: « *I would therefore like to invite the Council, alongside the European Parliament, to join in this approach and to appoint representatives at a political level interinstitutional working group mandated to discuss the work of regulatory agencies.*[603] »

La Commission propose en outre d'évaluer, d'ici à la fin 2009, l'ensemble des agences. Pour ce faire, elle souhaite que ce groupe de travail adopte d'un commun accord les différents critères d'évaluation des agences. Ainsi, l'audit mené selon les instructions des trois institutions ne pourra être remis en cause par l'une d'elles au moment d'adopter une réforme de la création agences.

« *One of the first steps in an interinstitutional dialogue would be to ensure that the terms of*

[603] Lettre de José Manuel Barroso datée du 7 mai 2008 adressée à Janez Janša et Hans-Gert Pöttering, D (2008)/807 : « *Je tiens donc à inviter le Conseil, le Parlement européen, à s'associer à cette démarche et à désigner des représentants au niveau politique entre les institutions du groupe de travail chargé d'examiner les travaux des organismes de réglementation.* »

references of this evaluation fully reflect the perspectives of all the institutions.[604] »

L'audit sera realisé par une société extérieure à la Commission. Un appel d'offres a été publié et la Commission a communiqué en février 2009 toute une grille de critères pour mener l'évaluation avec des impératifs de délais et des modalités sur la présentation de l'évolution de l'audit.

2 Les prises de position du Conseil et du Parlement

Les deux branches du pouvoir législatif ont cette fois conscience qu'il est nécessaire de travailler ensemble mais elles débattent en leur sein des objectifs à atteindre.

a Une volonté de travailler ensemble

Dans une déclaration commune prononcée par le Conseil pour les affaires économiques et financières du 17 juillet 2008[605], les deux branches du pouvoir législatif ont approuvé l'initiative de la Commission. Les conclusions disposent en effet :

« *3.1 Le Conseil salue l'intention de la Commission de procéder à une évaluation approfondie des agences de régulation*[606] ;

3.2 Le Parlement européen salue l'intention de la Commission de procéder à une évaluation approfondie des agences décentralisées.[607] »

Si le pouvoir législatif est conscient du besoin de réforme et semble cette fois doté d'une volonté de parvenir à un accord, le temps est aujourd'hui à la prise de position en interne.

b Débats et expertises à l'intérieur du pouvoir législatif

La présidence française a envoyé un questionnaire aux délégations le 22 septembre 2008 pour connaître la position de chacun par rapport à la Communication de mars 2008.

Les principales interrogations de la France sont de savoir si les États membres souhaitent participer à un groupe de travail interinstitutionnel, à quel niveau de représentation, quel serait l'objectif de ce groupe de travail, quand commencer les travaux et quelle opportunité de fixer un accord horizontal sur le statut des agences.

Si la grande majorité des États membres[608] sont d'accords pour trouver un accord politique fixant les lignes directrices aux futures agences des divergences interétatiques sont notables quant aux modalités.

---

[604] idem
[605] Conseil des affaires économiques et financières, 17 juillet 2008, C/08/206 11658/08 (presse 206), p. 10.
[606] *Idem*, p. 11.
[607] *Idem*, p. 11.
[608] Seule l'Espagne s'est exprimée contre le principe d'un accord politique.

Les États souhaitent que les lignes directrices concernent, avec une dose de flexibilité, l'ensemble des agences, y compris celles qui ne sont pas instituées en codécision. Seules la République tchèque et la Hongrie pensent qu'il serait souhaitable de distinguer les deux processus d'élaboration.

Les oppositions fusent à la question de savoir si les États souhaitent un accord juridiquement contraignant. Une majorité de délégations[609] a répondu de manière négative, en se conformant à l'avis du service juridique de 2005. En revanche, cinq représentants[610] ont estimé que les principes directeurs devaient être juridiquement contraignants.

La Slovénie ne l'exclut pas. Le Royaume-Uni et la Suède considèrent qu'il est prématuré pour le moment de prendre une décision finale sur ce point.

Les États membres se sont entendus sur les principaux points devant être inclus dans les lignes directrices. Ces dernières rejoignent largement la proposition de la Commission à la différence que les États n'expriment pas clairement leur acceptation de revoir le mode de désignation du siège des agences. Les points devant être inclus dns les négociations sont les suivants :

- les types de fonction dévolues aux agences et une « catégorisation » des agences par rapport à leurs fonctions ;
- le mode de création et de dissolution des agences ;
- la structure et le fonctionnement des agences ;
- les limites de l'autonomie des agences et du contrôle exercé sur celles-ci ;
- les mesures visant à renforcer la transparence des agences ;
- la responsabilité des agences et leurs relations avec les autres institutions ;
- l'application du programme « mieux légiférer » par les agences ;
- la stratégie de communication des agences.

Si le rapport[611] publié par le Parlement européen en septembre 2008 rejoint la plupart des positions du Conseil et de la Commission sur les critères d'évaluation des agences, il ne se satisfait en revanche pas pleinement de la proposition de la Commission.

Le Parlement estime la communication « en deçà de ses attentes[612] », particulièrement sur le rôle limité du groupe interinstitutionnel qui pourrait aboutir au développement d'autres types

[609] Autriche, Belgique, Danemark, Grèce, Espagne, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Roumanie.

[610] Chypre, République tchèque, Italie, Malte, Pays-Bas.

[611] Rapport sur « une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation », Commission des affaires constitutionnelles, rapporteur M.Georgios Papastamkos, 17 septembre 2008, A6-0354/2008.

d'accords. Le Parlement regrette également l'absence de stratégie globale dans la création des agences, « *créées au cas par cas, ce qui conduit à une mosaïque non transparente d'agences de régulation, d'agences exécutives et autres organismes communautaires, constituant chacune une création* sui generis.[613] »

Les objectifs du Parlement sont multiples : outre une rationalisation des agences, les représentants des citoyens européens souhaitent en priorité exclure le recours à l'article 308 pour créer toute nouvelle agence. Le Parlement veut également augmenter son double contrôle politique et financier par le biais d'auditions au moment de la nomination des exécutifs des agences puis lors de la présentation des rapports financiers. Enfin, les députés européens apprécieraient d'être représentés au sein des conseils d'administration. Ce dernier point ne pourra être accepté car le Parlement est l'autorité de contrôle budgétaire. Son incorporation dans la prise de décision créerait un conflit d'intérêts.

C Les solutions à retenir

Si l'on exclut le point très difficile du régime linguistique des agences, il y a trois vecteurs autonomes de rationalisation : le pouvoir d'initiative de la Commission (1), la nécessité de parvenir à un cadre commun aux agences futures et existantes (2) et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (3).

1 Le pouvoir d'initiative de la commission, vecteur de rationalisation

La Commission européenne tente depuis 2002 de parvenir à un accord entre les trois institutions. Cependant, elle dispose d'un fort moyen de pression pour améliorer les règles constitutives des agences : le pouvoir d'initiative.

Depuis 2005, jamais la Commission n'a utilisé son monopole pour inclure dans ses propositions de règlements constitutifs des nouvelles agences, les principales propositions issues du projet d'AII.

Il est en effet aisé de proposer à l'occasion d'un nouveau règlement un nombre d'administrateurs, des modalités de transparences incluant des objectifs, des obligations de publier des rapports d'activité. Or, il n'en a rien été. Depuis 2005, la Commission européenne a mis beaucoup de temps à intégrer ses propres idées dans ses propositions de règlement.

La proposition de création d'une agence des droits fondamentaux, publiée quelques

---

[612] *Idem*, p. 4 : « Le Parlement considère toutefois que l'"approche commune" se situe en deçà de ses attentes concernant la conclusion d'un AII. »

[613] Résolution du Parlement en session plénière, « Stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation », texte adopté le 21 octobre 2008, P6 TA PROV (2008)0495 A6-0354/2008.

semaines[614] après le projet d'AII, attribue un administrateur par État, puis deux à la Commission et un au Parlement[615]. Même si la Commission a effectivement réalisé une étude d'impact, les propositions d'organisation de l'agence sont en totale contradiction avec l'AII qui suggérait une parité entre la Commission et le Conseil et qui, de plus, prévoyait l'exclusion du Parlement des conseils d'administration pour des raisons de conflit d'intérêts sur le contrôle *a posteriori* des agences par la Cocobu.

Il peut s'agir, soit :

- d'une défaillance de la consultation interservice : de la part du secrétariat général qui ne pouvait accepter une nouvelle proposition ne tenant pas compte de ses recommandations pour la bonne administration des agences, ou de la part de la Direction à l'origine de la création de l'agence qui ignorait tout du projet de rationalisation issu du secrétariat général ou, pire encore, qui était en désaccord avec ce dernier ;
- d'une volonté politique de la Commission de ne pas heurter les États et le Parlement mais au détriment d'une doctrine cohérente par rapport aux agences.

En revanche, dans sa proposition de règlement instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, la Commission a utilisé son pouvoir d'initiative à bon escient. Elle propose de fixer le lieu du siège dans le règlement en laissant en blanc le nom de la ville hôte. Le Parlement se saisit de l'occasion pour proposer Bruxelles alors que le Traité prévoit toujours que cette compétence soit du ressort du Conseil.

Dans ses amendements[616] et dans le rapport du député Gilles Chichester, le Parlement propose en effet :« *Le siège de l'Agence est fixé à Bruxelles. En attendant que ses locaux soient prêts, l'Agence sera hébergée dans les locaux de la Commission.* » Il justifie son amendement de la manière suivante : *«Bruxelles représente un siège idéal pour l'Agence en raison de la réduction des frais de déplacement qu'il permet et en raison des facilités de contact avec la DG TREN et avec les Réseaux européens des gestionnaires de réseau de transport (REGRT), dont le siège sera maintenu à Bruxelles, ainsi qu'avec d'autres associations majeures actives dans ce domaine. Le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG) a actuellement son siège à Bruxelles et a démontré son fonctionnement*

[614] Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Proposition de décision du Conseil autorisant l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du Traité sur l'Union européenne, COM (2005) 280 final du 30 juin 2005.

[615] *Idem*, article 11, p. 19.

[616] 5 juin 2008, projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie. A6-0226/2008.

efficace. Bruxelles est la capitale européenne qui bénéficie des meilleures liaisons avec les autres capitales de l'Union européenne. »

La Commission suggère également une parité au sein d'un conseil d'administration de douze membres[617]. Le Conseil et le Parlement ont refusé cette parité, ils ont décidé un conseil très restreint de six membres dont cinq représenteraient le Conseil et un la Commission. Les membres du Conseil effectueraient une rotation sur le modèle de ce qui fut proposé dans la version initiale du Traité de Lisbonne pour les commissaires européens.
La position commune du 18 décembre 2008[618] énonce en effet : « *Elle prévoit également un conseil d'administration allégé et efficace (article 11) composé de six membres (comme suggéré par le PE à l'amendement 44), cinq d'entre eux étant désignés par le Conseil et un par la Commission, en assurant une rotation partielle de manière à garantir une participation adéquate des États membres sur la durée.* »
L'idée d'organisation sur le mode international des États avec une base « un État = une voix ou un représentant » succombe petit à petit face à la nécessité d'une bonne administration des organismes de l'Union. Il s'agit d'une tendance de fond que l'on retrouve tant dans le projet de constitution européenne que dans la version initiale[619] du Traité de Lisbonne. De même, dans la chambre juridictionnelle pour la fonction publique communautaire[620], la règle « un État = un Juge » n'a pas été appliquée. Le Tribunal de la fonction publique ne comprend que sept magistrats nommés par le Conseil.

2 Nécessité d'un statut commun pour toutes les agences du premier pilier

Le souhait de la Commission d'améliorer le fonctionnement des futures agences est louable. Cependant, la trentaine d'agences existantes doit également faire l'objet d'une rationalisation *a posteriori*.
Cette restructuration nécessiterait la révision d'autant de règlements que d'agences mais elle est nécessaire. La tâche n'est pas sans rebuter certaines délégations du Conseil ou certains membres de la Commission, mais l'entreprise est bien moins importante que la négociation

[617] Bruxelles, le 19 septembre 2007 COM (2007) 530 final, p. 29, article 9 al 1 : « 1. Le conseil d'administration se compose de douze membres. Six sont désignés par la Commission et six par le Conseil. Le mandat est de cinq ans, renouvelable une fois. »
[618] Position commune arrêtée par le Conseil le 18 décembre 2008 en vue de l'adoption d'un règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, projet d'exposé des motifs du Conseil, 14541/08ADD,
http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st14/st14541-ad01.fr08.pdf.
[619] Suite au rejet du Traité de Lisbonne par les citoyens irlandais en juin 2008, la présidence française de l'Union a renégocié lors du Conseil européen de décembre 2008 une clause qui réattribue un commissaire par État membre, renonçant ainsi à une réforme majeure des institutions européennes.
[620] Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO L 333 du 9 novembre 2004, p. 7-11.

des omnibus pour l'adaptation de la comitologie au Traité de Lisbonne.

3 Une évolution juridique d'origine mécanique

Même si les négociations au sein du groupe de travail sont retardées ou ajournées, le cadre juridique des agences va, avec la probable entrée en vigueur du Traité de Lisbonne[621], être sensiblement modifié.

Le Traité de Lisbonne rénove la formule « institution ou organe » en ajoutant le mot « organisme ». La version anglaise est plus intéressante dans le sens où l'expression est traduite en « *institutions, bodies, office and agencies* ». Ces agences vont appartenir au droit primaire et seront définies de manière plus certaine par la Cour en cas de besoin. Pour le moment, les définitions du Parlement et de la Commission, l'une basée sur le droit budgétaire, l'autre doctrinale, continueront de se compléter.

De nouvelles obligations vont immédiatement apparaître dans le domaine de la transparence ; l'Article 15 du Traité dispose en effet :

« *1. In order to promote good governance and ensure the participation of civil society, the Union institutions, bodies, offices and agencies shall conduct their work as openly as possible.*

3. Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its registered office in a Member State, shall have a right of access to documents of the Union institutions, bodies, offices and agencies, whatever their medium, subject to the principles and the conditions to be defined in accordance with this paragraph.[622] »

Cet article incorpore automatiquement les agences au côté des institutions dans les organismes de l'Union européenne, soumis aux obligations de transparence de documents. Ainsi, les négociations sur le cadre commun des agences déconcentrées n'ont même pas juridiquement besoin d'aborder cette question.

Le chapitre du Traité de Lisbonne consacré à la Cour de justice va inévitablement modifier le contentieux communautaire. L'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union dispose : « *Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des*

---

[621] Après l'échec du référendum de juin 2008, la présidence française de l'Union a négocié et obtenu la tenue d'un second referendum en Irlande au cours du dernier trimestre 2009. La ratification parlementaire en République tchèque semble acquise depuis que la Cour constitutionnelle a estimé le 26 novembre 2008 que le Traité ne contrevenait pas à la constitution.

[622] « *1. Afin de promouvoir une bonne gouvernance et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture.*

3. Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés conformément au présent paragraphe. »

conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard. »

L'article 266 dispose : « *L'institution, l'organe ou l'organisme dont émane l'acte annulé, ou dont l'abstention a été déclarée contraire aux Traités, est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne*. »
L'article 267 dispose : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:* […] *sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union*. »
Cela signifie que les décisions des trente agences pourront faire l'objet directement d'un recours en annulation, d'un recours en carence ou encore d'une question préjudicielle en appréciation de validité. C'est un changement important car dans la plupart des agences, les actes des agences et leur décision sont assimilés à une décision de la Commission. C'est donc la Commission qui est actuellement susceptible de faire l'objet de contestation du fait de l'activité des agences.
L'extension du champ d'application de trois voies de droit du contentieux communautaire va conduire la Cour à interpréter et clarifier le rôle de ces agences. Elle devra préciser et actualiser le contenu de la jurisprudence Meroni et adapter la délégation de pouvoir à la situation nouvelle d'une Union européenne aux compétences augmentées et à l'influence déterminante sur le marché commun. En 1958, même si la Communauté économique avait été créée un an plus tôt, le marché commun n'était qu'un concept et les États membres n'avaient toujours pas entamé la suppression des barrières douanières et la mise en œuvre des libertés de circulation des personnes, des marchandises et des capitaux. Les agences ont acquis un tout autre rôle que les organismes de Bruxelles et tendent aujourd'hui à réguler le marché commun[623].

[623] Voir partie I titre II chapitre 2 sur les agences de régulation des télécommunications et de l'énergie.

Conclusion du chapitre 1

Première catégorie d'entité support des services publics communautaires, les agences européennes sont des structures en mutation. L'idée d'utiliser les agences fut introduite dans la mécanique communautaire à travers le Traité de la Communauté de l'énergie atomique puis dans l'Europe économique par pragmatisme.

L'accroissement de compétences entraîne dans l'Union comme dans les États membres et les Nations unies, un besoin d'externalisation de la gestion de certaines tâches spécifiques. Le besoin de compétences techniques et scientifiques, la gestion de projet ou encore la création d'infrastructure de l'Union ont rendu nécessaire la création de ces structures inexistantes dans les Traités de l'Union et de la Communauté.

La présence en clair ou en filigrane de la notion de service public pour qualifier les missions de ces agences interpelle. Cette notion souvent ressentie comme purement française est simplement mentionnée dans l'article 73 du Traité de la Communauté. Cependant les documents de la Commission européenne, le règlement encadrant le fonctionnement des agences exécutives, les tentatives de définitions de parlementaires européens et l'*opinio juris* des États se réfèrent tous explicitement au service public comme dénominateur commun de l'action des Communautés.

L'Union dispose également, et l'organisation des agences met cet attribut en évidence, d'un pouvoir d'organisation de ses services[624] qui lui permet de créer toute entité utile à l'accomplissement de ses missions.

Ce pouvoir d'organisation et la liberté d'organisation sont deux prérogatives de puissance publique mises en œuvre pour faciliter le déploiement des services publics communautaires. Ces structures vont voir de manière progressive leur fonctionnement tendre vers davantage de transparence et une meilleure organisation interne. Les agences peuvent en outre devenir le lieu privilégié d'échange de fonctionnaires entre les administrations locales physiquement proches des agences déconcentrées et ces dernières. Les agences sont donc des organismes à l'importance croissante qui vont s'imposer à l'avenir comme des rouages important de l'Union européenne.

Les Traités ont également prévu la possibilité de recourir à un autre type d'entité chargé de mettre en œuvre certains services publics de l'Union : les entreprises communes.

---

[624] DOUENCE Maylis, « Le pouvoir d'organisation du service public »**,** thèse, (sous la dir. de P. Bon), Université de Pau et des Pays de l'Adour, mai 2003, 737 pages.

Chapitre 2 Les entreprises communes : entreprises de gestion répondant à un intérêt public européen

Encore assez méconnues, les entreprises communes sont des organes de l'Union européenne chargés de la gestion des activités de recherche de l'Union. Une nouvelle fois, c'est dans le Traité de l'Énergie atomique que l'on trouve l'origine de ces structures puisque l'ensemble du chapitre V du Traité CEEA leur est consacré.

C'est la raison pour laquelle le doyen Cornu définit l'entreprise commune « *comme une personne morale constituée par décision du Conseil en raison de son importance primordiale pour le développement de l'industrie nucléaire*[625]. »

L'article 45 du Traité précité pose une condition subjective qui est « l'importance primordiale » que doit revêtir l'entreprise pour être « commune ». Ce caractère d'importance est à la libre appréciation du Conseil et de la Commission.

Le Traité de l'Énergie atomique réserve un rôle central à la Commission dans la constitution de l'entreprise commune : elle peut être à l'initiative de la proposition de création d'une entreprise commune. Tout projet de création d'entreprise commune fait l'objet d'une enquête menée par la Commission, chargée de rendre un avis motivé. Si cet avis s'avère positif, elle émet des propositions concernant le lieu d'implantation, le financement, la participation d'organisations internationales ou d'États tiers.

Comme tous les acteurs économiques, elle est soumise aux lois commerciales et industrielles ainsi qu'aux juridictions nationales (article 49 Euratom). Elle bénéficie tout de même d'avantages fiscaux non négligeables comme le non-assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée[626].

Le chapitre V du Traité CEEA, consacré aux entreprises communes, fut appliqué à neuf reprises. Ces entreprises sont constituées en vue d'un projet spécifique ayant une importance fondamentale pour le développement de l'industrie nucléaire. L'entreprise commune Joint European Torus, créée en 1978[627] et dissoute au 31 décembre 1999[628], est la plus intéressante car ses statuts furent modifiés à plusieurs reprises.

Ce chapitre V n'est pas désuet puisque le Conseil y a eu recours en 2007[629] dans le cadre du programme de fusion nucléaire ITER.

---

[625] CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, mars 2007, p. 364.

[626] Ces avantages sont énumérés à l'annexe III du Traité Euratom.

[627] Décision du Conseil du 30 mai 1978 relative à la constitution d'une entreprise commune Joint European Torus, (JET) JO n° L151 du 7 juin 1978, p. 10-23.

[628] Notification de dissolution de l'entreprise commune JET du 10 janvier 2002, JO C 16/ 08.

[629] Décision du Conseil du 27 mars 2007 instituant une entreprise commune pour ITER et le développement de l'énergie de fusion et lui conférant des avantages (2007/198/Euratom), JO L 90/58 du 30 mars 2007.

En ce qui concerne l'Europe économique, il faut attendre 1986 et la signature de l'Acte unique pour voir apparaître l'expression « entreprise commune » dans le Traité. L'article 171 du Traité de la Communauté, à l'opposé du Traité CEEA, n'est pas très prolixe puisque seule la dénomination « entreprise commune[630] » y figure sans autre approfondissement.

Les rédacteurs de ce dernier se sont inspirés des dispositions du Traité CEAA (encadrement de responsabilité dans le nucléaire) pour l'ensemble du programme de recherche et de développement technologique communautaire.

L'entreprise commune fut introduite à l'article 130 O de l'Acte unique. La seule différence entre l'application des dispositions de 1986 et celles du Traité dans sa version actuelle est que la politique de recherche et développement technologique relève d'un vote à la majorité qualifiée[631] et non plus à l'unanimité.

L'introduction des entreprises communes est restée en sommeil pendant seize ans. Ce n'est qu'en 2002 que cet article 171 fut mis en œuvre, pour la première fois, par la direction des transports de la Commission européenne, dans le cadre du programme européen de radionavigation par satellite Galileo. L'origine administrative du recours à l'entreprise commune n'est pas anodine. En 2002, les activités énergie et transports de la Commission européenne étaient sous la responsabilité d'un directeur commun, M. François Lamoureux. Ce dernier connaissait le contenu des deux Traités. De plus, il avait participé au sein du Cabinet du président Delors à l'introduction des entreprises communes dans le Traité de la Communauté.

Depuis 2002, ce ne sont pas moins de huit entreprises communes qui ont été créées dans le cadre de la politique des transports (SESAR/Galileo) et de recherche financée par le septième programme cadre de recherche et développement. La nature juridique et le droit applicable à ces entités fut pour le moins expérimental car l'État belge sur le territoire duquel était installé l'ensemble des entreprises communes a créé de nombreuses difficultés aux gestionnaires de l'Union. La Belgique estimait notamment que les entreprises communes étaient des sociétés de droit commun et que, par conséquent, ses salariés devaient être soumis au droit belge, ce qui a nécessité d'augmenter sensiblement la masse salariale pour atteindre les rémunérations nettes des fonctionnaires des Communautés.

Les entreprises communes sont les supports des services publics communautaires car les programmes qu'elles portent sont considérés par les dirigeants européens comme des services

[630] Article 171 du Traité de la Communauté européenne : « La Communauté peut créer des entreprises communes ou toute autre structure nécessaire à la bonne exécution des programmes de recherche, de développement technologique et de démonstration communautaire. »

[631] Article 166 alinéa 4 du Traité de la Communauté européenne.

publics mondiaux (Galileo) ou contribuent à l'amélioration technique des services publics nationaux et internationaux de transports et de sécurité civile (SESAR).

Les statuts de l'entreprise commune SESAR[632] furent adoptés en mars 2007. Quatre autres entreprises communes[633] furent constituées le 20 décembre 2007 à l'initiative de la direction recherche de la Commission. En juillet 2008, la direction générale recherche de la Commission fut à l'initiative de la création d'une entreprise commune chargée d'organiser la recherche les piles à combustible.

La notion d'« entreprise commune » est assez peu étudiée et toutes ces entités doivent être analysées selon différents critères (section 1) pour déterminer si elles peuvent être intégrées à des catégories de groupements sociétaires existant (section 2).

Section 1 La notion d'entreprise commune

L'entreprise commune du droit des affaires doit être distinguée de son homonyme du droit communautaire. En effet, la Commission européenne a développé une véritable doctrine pour justifier la création de cette dernière.

§ 1 Dualité de l'entreprise commune

Si la notion même d'« entreprise commune » est assez obscure et peut avoir plusieurs significations, il convient tout de même préciser ce qu'est une entreprise commune communautaire.

Ces deux expressions semblables renvoient pourtant à deux types de personnes morales bien différentes en droit, en raison tant de leurs bases juridiques que du champ normatif qui leur est applicable.

La langue anglaise s'avère ici un outil précieux : il faut distinguer les termes « *joint venture* », fréquemment employé en droit international des affaires, le droit de la concurrence, et « *joint undertaking* », personne morale de droit international créée par le Traité CEEA et remise au goût du jour par le Traité de la Communauté européenne. en 1986[634].

---

[632] SESAR (Single European Sky Air traffic management Reseach) est un programme commun à la Communauté et à Eurocontrol. Ce système vise à fluidifier le trafic aérien civil en Europe. http://www.eurocontrol.int/sesar/public/subsite_homepage/homepage.html.

[633] Artémis pour le système embarqué, pile à combustible et hydrogène, médicament innovants.

[634] Dans un souci de lisibilité, l'expression « *joint venture* » sera employée pour les groupements privés et « entreprise commune communautaire » sera employée pour les applications des Traités CEEA et CE.

A La notion de « *joint venture* »

L'expression « *joint venture* » traduite littéralement signifie « aventure jointe ». Il s'agit, pour deux entités indépendantes, de créer une société dont elles se partagent le capital et assurent conjointement le partage des risques.

Le doyen Cornu définit la *joint venture* d'un point de vue économique comme « *un mode économique de collaboration ou de groupement entre des entreprises indépendantes (à vocation parallèle), soit pour une opération définie (construction d'une usine), soit pour une coopération plus durable (recherche pétrolière), qui peut se traduire par la création d'une filiale commune en forme sociétaire ou, plus rarement, associative ou demeurer purement contractuelle (sans création d'une entité juridique nouvelle mais dans un cadre juridique qui la distingue de la société de fait)*[635] ».

Quel est l'intérêt de recourir à la création d'un tel groupement sociétaire ? Les entreprises ont recours aux *joint ventures* pour différents motifs répondant à des besoins ou à des situations diverses.

La première raison peut être un souci de minimisation des coûts. Deux firmes multinationales peuvent coopérer pour partager les frais de recherche et développement et ainsi mettre en commun les moyens de production avant d'assembler les fruits de leur recherche[636].

Il peut également s'agir de s'associer pour grouper certaines compétences. Par exemple, l'entreprise Iveco produit des véhicules utilitaires issus de la coopération entre le groupe italien Fiat pour les moteurs et châssis et le japonais Hitachi pour les pièces électroniques.

La *joint venture* est également un moyen pour une entreprise de s'implanter sur le marché d'un État et ainsi de se soustraire aux droits de douane. Dans cette optique, une firme multinationale s'associe avec un partenaire local pour s'assurer une meilleure pénétration du marché, ce qui n'exclut pas une assistance technique ou un accord de licence voire même un transfert de technologie.

B La notion d'« entreprise commune communautaire »

La formulation de l'article 171 du Traité de la Communauté est assez lapidaire et laisse toute latitude aux institutions pour développer une doctrine du recours à ces structures. L'objectif s'avère être la création de structures uniques de gestion d'un programme cofinancées par le secteur privé.

---

635 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, mars 2007, p. 364.

636 L'entreprise commune créée entre le groupe hollandais Philips et le coréen Samsung concernant les téléviseurs à écran plasma correspond à cette description.

Depuis 2007, la Commission estime que les entreprises communes constituent des organismes au sens de l'article 185 du règlement financier de 2002. Cela signifie principalement que le Parlement doit voter la décharge chaque année sur recommandation du Conseil et que les comptes des entreprises communes sont consolidés dans ceux de la Commission.

Le Conseil a approuvé cette qualification dans le règlement modifiant les statuts de SESAR le 16 décembre 2008 : « *Ces entreprises communes sont des organismes créés par les Communautés au sens de l'article 185 § 1, du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.*[637] »

La proposition de règlement portant création de l'entreprise commune « pile à combustible » énonce : « *L'entreprise commune doit satisfaire les obligations découlant des accords internationaux. À cette fin, elle doit être considérée comme une organisation internationale au sens de l'article 22 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et de l'article 15 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.*[638] »

Il en découle que la Commission considère que cette entreprise commune ne doit pas se voir opposer les règles des directives marchés publics. Les deux articles visés sont identiques et disposent : « *Marchés passés en vertu de règles internationales : La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédures différentes et passées en vertu:* […] *c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale*. »

Cette partie de la proposition n'a pas été retenue par le Conseil et le Parlement mais elle indique que, dans l'esprit de la Commission, les entreprises communes doivent pouvoir s'écarter des règles communes à l'instar d'une organisation internationale.

Après avoir créé à tâtons le fonctionnement et les règles générales qui doivent être applicables aux entreprises communes, la Commission a proposé en 2008 une définition, à l'occasion de la modification des statuts de l'entreprise commune SESAR :

« *L'entreprise commune est un instrument prévu par le Traité instituant la Communauté européenne, qui permet à la Communauté de créer les structures, telles que les partenariats public-privé, nécessaires à la bonne exécution des programmes communautaires de*

[637] Règlement (CE) n° 1361/2008 du Conseil du 16 décembre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 219/2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), JOUE L 352 du 31 décembre 2008, p. 12, considérant n° 1.
[638] COM 2007 571 final pile à combustible, point n° 18, p. 15.

recherche, de développement technologique et de démonstration.[639] »

L'entreprise commune communautaire est une personne morale de droit européen bénéficiant de la pleine capacité juridique, créée pour une durée limitée, pour mettre en œuvre les programmes de recherche communautaires. L'exécution de ces programmes constitue une mission de service public tout comme les agences exécutives sont chargées de ces mêmes missions de mise en œuvre des politiques de l'Union.

Les entreprises communes sont soumises à un régime juridique spécifique qui les soustrait à l'application du droit de l'État sur lequel elles se trouvent (dans les seuls domaines prévus par les statuts) et leur confère le statut de société internationale ou sociétés européennes. Les entreprises communes Euratom bénéficient d'« avantages particuliers » : l'article 48 du Traité CEEA permet au Conseil d'accorder à l'unanimité des avantages énumérés par l'annexe III du Traité. Il s'agit d'exonérations fiscales ou douanières ainsi que des facilités de change, concession de licence par voie d'arbitrage ou d'offices.

Après avoir défini la notion d'entreprise commune, nous présenterons la doctrine des institutions justifiant le recours à ce type de structure.

§ 2 Doctrine des institutions justifiant le recours à l'entreprise commune

Le Traité de la Communauté étant muet sur le rôle et les circonstances dans lesquelles doivent être constituées les entreprises communes, il devient nécessaire d'analyser la proposition et les justifications de la Commission lorsqu'elle recourt à ce type de structure.

Entre 2002, date de la création de la première entreprise commune au sens du Traité CE, et 2008, date de la révision des statuts de l'entreprise commune SESAR, la Commission européenne a développé une doctrine pour justifier la création d'entreprises communes. L'absence de précision dans l'article 171 donnait en effet à la Commission une entière marge de manœuvre pour façonner à sa guise les entreprises communes. Les justifications se sont affinées au fil des créations et permettent aujourd'hui de cerner avec précision la doctrine des institutions quant aux circonstances dans lesquelles elles souhaitent recourir aux entreprises communes.

A L'unité de gestion : exigence préalable à la création d'une entreprise commune

Le programme Galileo était spécifique car création commune de deux organisations internationales : l'Agence spatiale européenne et l'Union européenne. La gestion de fonds communs fut une des difficultés à résoudre[640].

[639] « Proposition de règlement du Conseil, modifiant le règlement n° 219/2007 du Conseil relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien SESAR », COM 2008 483 final du 23 juillet 2008, p. 2.

Dans sa communication de juin 2001[641] portant création de l'entreprise commune Galileo, la Commission explique qu'il convient de créer une structure à même de gérer des fonds de l'Agence spatiale européenne et de l'Union européenne.

« *En vue de mener à bien la phase de développement (2001-2005) qui devrait être financée à hauteur de 1,1 milliard par des crédits publics déjà programmés à parité dans les budgets de la Communauté européenne et de l'Agence spatiale européenne, il convient de mettre sur pied une structure assurant l'unicité de gestion du programme*[642]. »

Cette exigence d'une unité de gestion provient du point 42 des conclusions du Conseil européen de printemps 2001, réuni à Stockholm : « *Le Conseil européen invite le Conseil à définir les modalités nécessaires pour le lancement de la phase suivante du projet, notamment en instituant une structure de gestion unique et efficace avant la fin 2001, que ce soit sous la forme d'une entreprise commune au sens de l'article 171 du traité, d'une agence ou de tout autre organe approprié*[643] »

La Commission affirme que deux points l'ont conduite à exclure le recours à une agence :

« - *Il aurait été impossible de permettre la participation du secteur privé dans une Agence, notamment parce qu'elle ne dispose pas d'un fonds susceptible de recevoir les apports de celui-ci, sinon par la création, aux côtés de l'Agence, d'un fonds rassemblant les fonds publics et privés affectés à Galileo:*

– Il aurait été très difficile (et donc très long) d'assurer la participation de l'Agence spatiale européenne à une Agence communautaire du fait de certains obstacles juridiques.[644] »

B Un réceptacle du financement privé

Dans l'entreprise commune Galileo, la proposition de la Commission et le règlement prévoyaient un financement privé issu des industries. Cette solution a été reprise pour SESAR et par la suite pour l'ensemble des entreprises communes.

Dans la deuxième entreprise commune, SESAR, la Commission justifie sa création en 2005 grâce à la souplesse de cette entité qui permet d'accueillir des fonds privés.

« *Il est dès lors nécessaire de pourvoir disposer d'un structure souple et réactive qui bénéficie de la personnalité juridique afin de conclure les contrats nécessaires à la réalisation du*

---

[640] Voir également François DANIS (rédacteur des statuts), « L'entreprise commune Galileo », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 466, mars 2002, p. 194.

[641] Proposition de règlement du Conseil relatif à la constitution d'une entreprise commune Galileo, 20 juin 2001, COM (2001) 336 final.

[642] *Idem*, p. 3.

[643] http://europa.eu/european-council/index_fr.htm.

[644] Proposition de règlement du Conseil relatif à la constitution d'une entreprise commune Galileo, 20 juin 2001, COM (2001) 336 final, p. 4.

système européen de contrôle aérien. […] *une telle entreprise commune s'insère dans la logique de la stratégie de Lisbonne en permettant d'unifier les ressources publiques et privées autour d'un objectif commun*. »

Ces structures permettent d'associer les financements publics et privés dans des programmes technologiques.

Après avoir défini la notion d'entreprise commune, il nous apparaît nécessaire de déterminer si ces nouvelles structures communautaires peuvent être assimilées à des catégories de personnes morales existantes en droit interne.

Section 2 Une classification des entreprises communes

Cette structure nouvelle que constitue l'entreprise commune du TCE peut-elle être assimilée à d'autres types de personnes morales existantes ? « *Son caractère mi-public, mi-privé permet difficilement de l'insérer dans les catégories juridiques habituelles*[645] ». L'entreprise commune possède les caractéristiques d'une société § 1, ses objectifs précis à atteindre et sa durée de vie limitée la rapproche également du concept d'administration de mission développé jadis par Edgar Pisani (§ 2). Enfin ces entreprises constituent les partenariats public privé communautaire (§ 3).

§ 1 Une société

Une société est composée de trois éléments : des associés, un engament personnel des associés et de *l'affectio societatis*.

« *Associé vient du latin socius qui signifie compagnon, allié ami*[646]. » Chaque associé doit effectuer un apport sous différentes formes (capitaux, nature) et chaque associé s'engage vis-à-vis des autres associés et de la personne morale qu'il crée avec les autres associés. L'associé doit se comporter comme tel, il ne doit pas exister de lien de subordination entre associés. Ils collaborent ensemble à la gestion des affaires sociales et participent aux aléas de la société.

Les entreprises communes sont composées de plusieurs entités : la Commission européenne, l'Agence spatiale européenne (Galileo), Eurocontrol (SESAR) éventuellement la Banque européenne d'investissement (Galileo/SESAR), des États tiers à l'UE (Galileo/ITER) et des entreprises du secteur privé (Clean Sky[647], SESAR[648], Galileo). Ces personnes morales, ayant

[645] DANIS François, « L'entreprise commune Galileo », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 466, mars 2002, p. 197.

[646] LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, n° 155, Domat droit privé, Montchrestien, septembre 2002, p. 79.

[647] Règlement CE n° 71/2008 du Parlement et du Conseil «portant création de l'entreprise commune Clean Sky » du 20 décembre 2007, JO UE L 30du 4 février 2008, p. 1.

la volonté de gérer ensemble une partie du programme Galileo, vont effectuer des apports ; par ailleurs, aucun lien de subordination n'existe entre ces membres. On peut légitimement affirmer que les entreprises communes peuvent être considérées comme des sociétés puisque les trois critères de la constitution d'une société sont réunis. Ces critères sont nécessaires à la formation d'une société mais se révèlent insuffisants.

Une société a un objet social : l'activité que les associés décident d'exercer en commun. L'objet social est fixé librement par les parties au contrat de société sur le fondement de la liberté contractuelle. L'entreprise commune Galileo a eu pour objet social les buts que lui ont attribué ses fondateurs. Il s'agissait des quatre missions fixées par le Conseil dans le statut de la société : intégration d'Egnos à Galileo, gestion de la phase de développement du programme Galileo, lever des capitaux privés et sélection de l'entité privée concessionnaire.

Une société doit également posséder un but social qui est, le plus souvent, « profiter d'une économie ». Force est de constater que le but des entreprises communes n'est pas lucratif. À titre d'exemple, l'article 12 du statut de l'entreprise Galileo le démontre en évoquant d'« *éventuels excédants de recettes par rapport aux dépenses de l'entreprise commune* ». Ce bénéfice ne sera pas réparti entre les actionnaires (sous réserve d'une éventuelle dissolution de l'entreprise).

Réaliser un profit n'est pas le but de l'entreprise mais elle permet tout de même aux associés de réaliser une économie. En effet, l'entreprise commune Galileo aurait dû des recevoir capitaux privés et, par conséquent, la part de l'investissement public dans la phase de développement et les étapes ultérieures, aurait dû être moindre que s'ils avaient agi seuls.

Les entreprises communes peuvent être classées dans la catégorie des sociétés.

§ 2 Une entreprise de mission

Dans un célèbre article[649], à l'origine de la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale[650], M. Edgard Pisani distingue « l'administration de gestion de l'administration de mission ».

M. Pisani pose les critères d'une administration de mission : elle doit être adaptée à un problème, à un temps, à un lieu, elle est localisée, elle est spécialisée : elle doit s'éteindre le jour où le problème posé se trouve résolu. Elle dispose d'un budget indépendant de ceux de

---

[648] Règlement (CE) n° 219/2007 du Conseil, du 27 février 2007, relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR) Journal officiel L 64 du 2.3.2007.

[649] PISANI Edgard, « Administration de gestion, administration de mission », *Revue française de sciences politiques*, 1956, p. 315-330.

[650] Supprimée le 31 décembre 2005, la DATAR est remplacée par la Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (DIACT).

l'administration de gestion. Elle exige l'unité de commandement et de budget pour mieux piloter des programmes développés sur de nombreuses années[651]. L'administration de mission doit également solliciter l'initiative.

Ces critères se retrouvent-ils dans les statuts des entreprises communes ?

La ressemblance est frappante : les entreprises communes CE furent créées pour faciliter la gestion des programmes communautaires et associer dans une structure unique des acteurs très différents. Elles ont dans leurs statuts respectifs des missions déterminées qui constituent leurs uniques objectifs.

Les entreprises communes ont également une durée de vie très courte, le temps nécessaire pour elles d'effectuer les missions qui leur sont imparties.

L'assimilation par analogie des entreprises communes à une administration au sens d'une administration de mission, concept purement national conçu cinquante-deux années auparavant, peut paraître exagérément audacieux. Cependant, il faut revenir aux origines de la notion d'entreprise commune : le traité CEEA du 25 mars 1957, signé peu après la publication de l'article sur les administrations de missions. Ces idées furent donc peut-être à l'origine du concept d'entreprise commune.

§ 3 Entreprise commune : partenariat public-privé (PPP) communautaire

Les organes internes de la société - le conseil d'administration, le comité exécutif et le directeur - nous dirigent vers une structure proche de la société anonyme. Le critère organique, l'origine des actionnaires, incite à modérer ce choix et à privilégier une autre voie. En effet, les principaux actionnaires de certaines entreprises communes sont des organisations internationales, des États et des entreprises privées. Le programme Galileo fut présenté par les institutions comme le premier projet de partenariat public-privé européen[652]. Il régnait cependant une ambiguïté sur l'origine de cette appellation. Il s'agissait de promouvoir le contrat de partenariat, idée imposée par le Royaume-Uni, plutôt que le Partenariat institutionnalisé. Le programme « *Joint technology initiative* », lancé par la Direction générale de la recherche de la Commission, reprend cette idée de partenariat public-privé mais, cette fois, la Commission choisit clairement une alliance institutionnelle. Le PPP est présent, enfin, dans la définition des entreprises communes donnée en 2008 par la Commission. C'est donc

[651] Ces programmes, appelés « lois de programmation », dérogent au principe classique de l'annualité budgétaire.

[652] Voir Jean-David DREYFUS et Aurélien DESINGLY, « Le programme Galileo, laboratoire du partenariat public-privé communautaire », *Europe*, avril 2006, p. 4.
CRAPART Laurent, « De l'intérêt du partenariat public-privé pour le financement des projets spatiaux européens : l'exemple de Galileo » Thèse, université Paris XI, ss la direction du recteur Joëlle LE MORZELLEC, 2007, 290 p.

sous l'angle des partenariats public-privé institutionnalisés et non sous celui des contrats de partenariats public-privé qu'il faut analyser l'intérêt des entreprises communes.

A Définition du partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI)

Dans une communication interprétative[653] publiée en février 2008[654], la Commission européenne définit les PPPI comme étant « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions*[655] ».

La Commission pose une condition pour qu'une structure soit valablement considérée comme PPPI : l'apport privé ne peut être limité à un apport au capital mais doit s'accompagner d'une « *participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité mixte et/ou à la gestion de l'entité à capital mixte*[656] ».

B Les PPPI ne sont pas des contrats *in house*

Les contrats *in house* sont très prisés par les pouvoirs adjudicateurs car ils permettent d'attribuer un marché ou une délégation à une entité tierce sans passer par une mise en concurrence. Dans la jurisprudence Teckal du 18 novembre 1999[657], la Cour de justice a étroitement encadré la situation *in house*. Elle a posé deux conditions cumulatives : 1) le contrôle de la personne publique sur le cocontractant doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; 2) le cocontractant de l'administration doit réaliser l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur.

Une fois ces deux critères cumulatifs fixés par la Cour, il s'est posé la question de savoir si les entités à capitaux mixtes, les PPPI, pouvaient avoir accès à la commande publique sans mise en concurrence préalable.

Dans un document de travail des services, publié en annexe de la communication du 20 novembre 2007 relative au service d'intérêt général[658]**,** la Commission énonce :

« *La Cour de justice a clairement indiqué que la participation, fût-elle minoritaire, d'une*

---

[653] Interprétation propre à la Commission dénuée de tout effet juridique. Seules les juridictions communautaires et nationales peuvent interpréter une situation donnée par rapport au contenu du droit communautaire.

[654] Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), 5 février 2008, C (2007) 6661.

[655] *Idem*, p. 2.

[656] *Idem*.

[657] CJCE Teckal, 19 novembre 1999, affaire C-107/98, recueil 99-I, p. 8121, point 50 : « *Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.* »

[658] « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », com 2007/725 final, 20 novembre 2007.

entreprise privée au capital d'une société dans laquelle l'autorité publique est elle-même actionnaire empêche le critère A) d'être rempli, ce qui signifie que la situation "in house" est alors exclue. […] *La conséquence de ceci est que les services confiés à l'organisme public-privé doivent être remis en conformité avec les règles du traité CE ou des directives sur les marchés publics*[659] »

Cette interprétation est issue de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Associazione nazionale autotrasporto viaggiatori (ANAV) contre Comune di bari, du 6 avril 2006. Dans cet arrêt, les points 31 et 32 énoncent : « *En effet, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (voir, en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau*[660]*, précité, point 49). Dès lors, pour autant que la société concessionnaire est une société ouverte, même en partie, au capital privé, cette circonstance empêcherait de la considérer comme une structure de gestion «interne» d'un service public dans le chef de la collectivité territoriale qui la détient (voir, en ce sens, arrêt Coname*[661]*, précité, point 26).* »

Cette même jurisprudence pose également le principe d'un maintien continu du capital à 100 % public pour que l'exécution du contrat *in house* puisse perdurer. « *Si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital d'AMTAB Servizio est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer une concession de services publics à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire .*[662] »

La Cour de justice infléchit légèrement sa jurisprudence en ce qu'elle permet la possession du capital par plusieurs personnes publiques. Dans l'arrêt Carbotermo du 11 mai 2006, la Cour considère: « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.*[663] »

Les entreprises communes du traité de la Communauté possèdent toutes, à la différence de

---

[659] *Idem*, p. 13. Texte originel : « *The Court of Justice has made it clear that the participation, even as a minority, of a private undertaking in the capital of a company in which the public authority is itself a participant prevents criterion A) from being fulfilled, which means that "in-house" status is then excluded.* […] *The consequence of this is that services entrusted to the public-private entity have to be tendered in accordance with the procurement rules of the EC Treaty or the public procurement Directive.* »

[660] CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03.

[661] CJCE, 21 juillet 2005, Coname, affaire C-231/03.

[662] CJCE, (ANAV) contre Comune di bari, du 6 avril 2006, affaire c-410/04, point 30.

[663] CJCE, Carbotermo SPA et consorzio amisei contre Commune di busto Arsizio, du 11 mai 2006, affaire C-340/04, point 37.

leurs homologues du Traité de l'énergie atomique, des actionnaires privés : elles ne peuvent donc pas bénéficier de l'exception *in house*. Cependant, elles n'en sont pas pour autant soumises au droit commun de la commande publique.

C Des entreprises hors du droit commun de la commande publique

Les entreprises communes sont assimilées par le règlement financier des Communautés européennes à des organisations internationales. Elles dérogent donc au droit commun des marchés publics de l'Union. Elles se soumettent au règlement financier spécifique destiné aux organismes visés à l'article 185 (1) du règlement financier des Communautés et aux règles établies par leurs comités internes (2).

1 Des entreprises soumises au droit de la commande publique des institutions…

Les entreprises communes étant considérées par les institutions comme le lieu privilégié du partenariat public-privé au niveau communautaire, la présence d'actionnaires ou partenaires privés leur interdit tout bénéfice de l'exception *in house*.

Le droit commun des marchés publics paraît dès lors être applicable à ces entreprises. Cependant, le législateur de l'Union a inséré dans les règlements et les statuts des clauses assimilant les entreprises communes à des organisations internationales au sens des directives marchés publics de 2004. Cela permet aux entreprises communes de se soustraire aux différentes obligations de mise en concurrence que les Traités et le droit dérivé imposent aux pouvoirs adjudicateurs nationaux.

De la même manière, le règlement instituant l'entreprise commune Galileo adopté en 2002 disposait dès son article premier : « *L'entreprise commune est traitée comme un organisme international au sens de l'article 15, point 10, deuxième tiret, de la directive 77/388/CEE et de l'article 23, paragraphe 1, deuxième tiret, de la directive 92/12/CEE*.[664] »

Il peut paraître à tout le moins étonnant de voir le législateur communautaire affranchir certains organismes des Communautés des règles des marchés publics qu'il impose lui-même aux personnes publiques nationales.

L'inapplicabilité des directives de 2004 ne signifie pas pour autant que les entreprises communes sont libres de poser les critères de leur choix pour acheter des biens ou déléguer la gestion d'une activité.

En effet, les différents règlements constitutifs des entreprises communes disposent qu'elles sont soumises au règlement financier cadre des organismes visés à l'article 185 du règlement

[664] Règlement (CE) n° 876/2002 du Conseil du 21 mai 2002.

financier[665]. En matière de marchés publics, ce règlement énonce à l'article 74 : « *En ce qui concerne la passation des marchés publics, les dispositions pertinentes du règlement financier général ainsi que de ses modalités d'exécution s'appliquent*. » Cela signifie que les entreprises communes sont soumises, pour les marchés publics, aux mêmes règles que l'Union européenne.

Les règles liées aux marchés publics des Communautés sont prévues aux articles 88 à 107 du règlement financier de 2002. Ces règles prévoient que l'Union peut avoir recours à différents types de marchés : a) les marchés portant sur l'achat ou la location d'un immeuble ; b) les marchés de fournitures ; c) les marchés de travaux ; d) les marchés de services.

Les différentes procédures prévues sont : a) la procédure ouverte ; b) la procédure restreinte ; c) le concours ; d) la procédure négociée ; e) le dialogue compétitif.

Les formulations sont assez lapidaires, les entreprises soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs se fondent sur les détails fournis dans les directives marchés publics de 2004 pour interpréter et éclaircir les notions de dialogues compétitifs et autres procédures négociées.

En revanche, le marché public semble être le seul moyen pour les Communautés de passer un contrat avec un prestataire. Le règlement financier ne contient aucune disposition sur la concession ou le contrat de partenariat public-privé.

Cette restriction ne constitue pas un obstacle insurmontable pour les organismes de l'Union (agences et entreprises communes). Le règlement financier dispose dans son article premier : « *Le présent règlement spécifie les règles essentielles dont la réglementation financière de chaque organisme communautaire ne peut s'écarter que si les exigences spécifiques de son fonctionnement le nécessitent et avec l'accord préalable de la Commission, conformément à l'article 185 du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 (ci-après dénommé "le règlement financier général*")[666]. » Cet article est fréquemment repris mot pour mot dans les règlements instituant une entreprise commune. Par exemple, les quatre entreprises communes créées le 31 décembre 2007 (Eniac, Artemis, Clean Sky, IMI) et l'entreprise « pile à combustible » ont un article 6 commun relatif aux « dispositions financières » dont le premier alinéa reprend l'article 1 du règlement de 2002 sur les organismes communautaires au sens de l'article 185 du règlement financier cadre de l'Union.

---

[665] Règlement (CE, Euratom) ,n° 2343/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 185 du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JO L 357 du 31 décembre 2002, p.71 à 91.

[666] Règlement (CE, Euratom) n° 2343/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 185 du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JO L 357 du 31 décembre 2002, p.71.

Le même paragraphe a également été inséré en 2008 à l'occasion de la révision des statuts de l'entreprise commune SESAR[667].

Les entreprises communes peuvent donc, dès que leur programme de recherche le nécessite et avec un accord préalable de la Commission, s'écarter des procédures prévues pour les marchés publics de l'Union. Elles peuvent ainsi recourir à tout type de contrat en établissant elles-mêmes les critères d'attribution, les délais de réponse et la procédure. Elles ne peuvent qu'être tenues aux principes généraux du droit fixés par la Cour de justice relatifs à la transparence et aux les conflits d'intérêts entre les membres privés et les candidats aux marchés.

Ce droit particulier de la commande publique des organismes communautaires est issu du règlement financier de 2002. Ce règlement n'a pas été conçu pour des achats publics autres qu'administratifs. Il nous semble assez inadapté pour répondre ou permettre de recourir à tous les types de contrats comme le partenariat public-privé.

2 …et à des règles produites en leur sein

Outre les règlements constitutifs qui créent et déterminent les missions et l'organisation des pouvoirs dans les entreprises communes, ces dernières adoptent un règlement financier interne. Ce document pose les principes budgétaires et comptables applicables (annualité, universalité, équilibre, approbation du budget…) ainsi que des règles relatives aux marchés publics de l'entreprise commune.

Par exemple, l'entreprise commune SESAR a adopté un règlement le 3 juillet 2007[668] dans lequel elle détaille avec précision les procédures et critères de sélection pour les marchés publics qu'elle entend publier. Dans ce document, l'entreprise commune SESAR rappelle qu'elle est soumise aux règles des marchés publics de la Communauté et qu'elle peut donc recourir aux mêmes types de marchés et procédures que celle-ci.

L'utilisation de la procédure de dialogue compétitif est limitée aux cas où les contraintes techniques sont trop complexes pour l'entreprise[669]. Cette procédure sera mise en œuvre selon les modalités prévues dans la directive marchés publics de 2004.

Les contrats sont attribués sur la base de l'offre économiquement la plus basse ou avantageuse lorsqu'il est spécifié dans l'offre qu'il faut considérer, en plus du prix, les coûts d'utilisation

---

667 Règlement (CE) n° 1361/2008 du Conseil du 16 décembre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 219/2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du Système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), article 4 bis.

668 http://www.sesarju.eu/gallery/content/public/sju_fr_1_04_financial_regulations.pdf.

669 « *In cases where the Joint Undertaking is not objectively able to define the technical means capable of satisfying the needs or objectives or able to specify the legal or financial make-up of the project, it may make use of the competitive dialogue referred to in Article 29 of Directive 2004/18/EC.* »

et de services, la qualité du service après-vente, le mérite technique et des caractéristiques environnementales. La décision est justifiée par écrit et notifiée à l'ensemble des candidats.

D Sélection des membres privés des entreprises communes

La Commission européenne a publié des recommandations pour la sélection des membres. Le cas de l'entreprise commune SESAR est très informatif sur le processus de recrutement des membres privés.

1 Recommandation de la Commission aux États membres

Dans sa communication interprétative, la Commission européenne donne des éléments sur la méthode à utiliser pour sélectionner les partenaires privés.

« *La Commission considère qu'une double procédure (la première pour la sélection du partenaire privé du PPPI, et la seconde pour l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte) est difficilement praticable.*

Une possibilité d'établir un PPPI en conformité avec les principes du droit communautaire, […]*, est d'agir comme suit : le partenaire privé est sélectionné dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle, l'objet de laquelle est le marché public ou la concession qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité à capital mixte. La sélection du partenaire privé s'accompagne par la création du PPPI et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte.*[670] »

La Commission européenne recommande en fait de fusionner les procédures dans un appel d'offres unique pour sélectionner l'actionnaire privé en définissant préalablement le projet auquel il sera associé. Cette procédure semble plus rapide à organiser mais plus complexe pour les pouvoirs adjudicateurs locaux.

2 Le recrutement des membres : l'exemple de la SESAR joint undertaking

L'entreprise commune SESAR a prévu un processus d'adhésion complexe, basé sur de multiples critères. L'association des entreprises permet à tous les acteurs du secteur aérien de participer à la définition des futurs standards techniques de gestion du trafic aérien.

a Les conditions d'adhésion

[670] Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), Bruxelles, le 5 février 2008, C(2007)6661.

Le choix des autres membres de l'entreprise commune SESAR se fait par le biais d'un appel d'offres[671] ouvert à « *toute entreprise publique ou privée ou organisme y compris ceux originaires d'États tiers à l'Union européenne mais qui ont au moins conclu un accord avec la Communauté européenne dans le domaine des transports aériens*[672] ».

L'appel d'offres reprend presque mot à mot l'exigence de participation active du partenaire privé au PPPI : « *Les membres doivent non seulement assurer le cofinancement de l'entreprise commune, ses activités par le biais de contributions en espèces ou en nature, mais ils jouent également un rôle clé dans la gestion et la conduite de la phase de développement du projet SESAR et de la préparation de la phase de déploiement*[673]. »

L'entreprise commune encourage la formation de groupements ou consortia ainsi que le recours à des sous-traitants pour favoriser l'adhésion des petites et moyennes entreprises.

Les membres doivent au moins payer une contribution initiale de 10 millions d'euros (5 millions si l'adhésion se fait dans l'année suivant la constitution de l'entreprise commune). Les petites et moyennes entreprises ont un droit d'entrée de 250 000 euros.

Les apports en nature sont autorisés, mais feront l'objet d'une évaluation indépendante par des experts.

b La procédure de sélection

La sélection des membres se fait en deux étapes : la première est la vérification que les candidats correspondent aux critères. Parmi ces dernières, l'entreprise établit une présélection (*short list*) ; la deuxième étape consiste d'une part en des consultations exploratoires avec l'ensemble des présélectionnés, d'autres part des négociations individuelles entre la JU et chaque entreprise.

Certaines des négociations individuelles aboutissent à un projet d'accord stipulant les droits et devoirs du futur membre, une détermination de son rôle précis dans le développement du programme ainsi qu'une description quantitative et qualitative de ses apports à l'entreprise. L'accord doit être valisé par le conseil d'administration de l'entreprise.

La sélection des membres est effectuée selon neuf critères parmi lesquels :

- la connaissance et l'expérience dans la gestion de système de trafic aérien ou dans la fabrication d'équipement utilisé pour ce trafic,

[671] Call for expressions of interest to become member of the SESAR Joint Undertaking, http://ec.europa.eu/transport/air_portal/sesame/ju/doc/membership_en.pdf.

[672] Texte originel : « *Any public or private undertaking or body, including those from Countries which are not members of the European Union and that have concluded at least one agreement with the European Community in the field of air transport, are eligible to become members of the Joint Undertaking.* »

[673] Texte originel : « *Members not only ensure the co-financing of the Joint Undertaking's activities through contributions in cash or in kind, but they also play a key role in managing and driving the development phase of SESAR and the preparation of the deployment phase.*»

- la solidité financière de l'entreprise qui doit prouver sa capacité à investir sur le long terme dans le programme,
- la promptitude de l'entreprise à fournir une assistance technique et financière à l'entreprise commune pour le lancement de ses activités,
- la participation d'un panel d'entités de tous les secteurs de la gestion du trafic aérien, y compris les petites et moyennes entreprises.

Ainsi, suivant l'application de ces critères, l'entreprise commune SESAR a présélectionné en décembre 2008 une liste de quinze candidats issus des différentes branches de la gestion du trafic aérien. On y retrouve aussi bien un démembrement de la Direction de la navigation civile française – la Direction nationale de la navigation aérienne – et l'équipementier américain Honeywell, que les entreprises Thales et Airbus.

E Entreprise commune : partenariat public-privé institutionnalisé ou société d'économie mixte communautaire

Si l'association des capitaux publics et privés au sein des d'une même structure constitue la principale motivation de création d'une entreprise commune, il faut distinguer en fonction de la pratique institutionnelle.

La société d'économie mixte européenne semble adéquate pour classer les entreprises communes Galileo[674], SESAR[675] et Clean Sky[676]. Une société d'économie mixte est en droit français « *une personne morale de droit privé de la catégorie des sociétés mêlant associés publics et privés ou au moins associés publics d'origines différentes*[677] ». Les sociétés d'économie mixtes françaises deviennent des entreprises publiques lorsque leur capital est majoritairement détenu par les associés publics. Ces entreprises constituent alors un véritable outil de mise en œuvre de la politique des États.

Les entreprises communes sont toutes majoritairement détenues par la Communauté ou conjointement avec d'autres organisations internationales. Les entreprises communes du Traité de la Communauté dont le capital et les droits de vote appartiennent majoritairement à

[674] Règlement n° 876/2002 du Conseil créant « l'entreprise commune Galileo », JOCE L 138 du 28 mai 2002, p. 1-8.
[675] Règlement (CE) n° 219/2007 du Conseil du 27 février 2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du Système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), JO L 64 du 2 mars 2007, p. 1–11.

[676] « Règlement portant création de l'entreprise commune Clean Sky », CE n° 71/2008 du 20 décembre 2007, JO UE L 30 du 4 février 2008, p. 1.
[677] Jean-David DREYFUS, *Les sociétés d'économie mixte*, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2004.

la Commission européenne (Clean Sky, Artemis[678], pile à combustible[679]), à l'Agence spatiale européenne (Galileo) ou à Eurocontrol (SESAR) peuvent ainsi être qualifiées de sociétés d'économie mixte communautaire[680].

L'association de personnes publiques (organisations internationales) et d'entreprises privées dans l'entreprise commune reste une structure de droit public. Les entreprises communes sont des organismes des Communautés européennes, bénéficiant d'un régime juridique spécifique, notamment aux niveaux fiscal et social[681].

Ces entreprises communes constituent des partenariats public-privé institutionnalisés au sens de la Commission car les actionnaires privés ont un rôle actif dans la conception et la mise en œuvre des programmes de recherche communautaires. Par exemple, dans le cadre du programme SESAR, l'objectif de l'entreprise commune est d'uniformiser les systèmes techniques de navigation aérienne au niveau européen, de remplacer les communications entre les pilotes et les contrôleurs aériens en passant des bandes VHF à d'autres technologies et de mieux positionner les avions dans les couloirs aériens. Le second critère fixé par la Commission européenne dans sa communication interprétative, l'exécution de marchés publics ou de concessions, est également rempli par les entreprises communes du traité CE.

Par exemple, l'entreprise commune SESAR a pour mission d'« *assurer la supervision des activités pour le développement de produits communs du plan directeur Air Trafic Management et, le cas échéant, lancer des appels d'offres spécifiques*[682]. »

Pour l'entreprise commune Artemis, un règlement correctif du 20 décembre 2007 dispose : « *le plan annuel de mise en œuvre détaille le plan d'exécution de toutes les activités de l'entreprise commune Artemis pour une année donnée, et notamment les appels de propositions prévus et les actions devant être mises en œuvre par des appels d'offres*[683]**.** »

---

[678] Règlement CE du Conseil du 20 décembre 2007, portant établissement de l'entreprise commune Artemis pour la mise en œuvre d'une initiative technologique conjointe sur les systèmes informatiques embarqués, JOUE L 30 du 4 février 2008, p. 52-68.

[679] Règlement CE du 30 mai 2008 portant création de l'entreprise commune « pile à combustible et hydrogène » n° 521/2008, JOUE L 153 du 12 juin 2008, p. 1-19.

[680] Cette classification caractérise l'entreprise Galileo uniquement d'après ses statuts. Il faut également souligner que les entreprises privées ne pouvaient adhérer à l'entreprise commune qu'une fois le marché attribué. La procédure de partenariat public-privé ayant été annulée en 2007, l'entreprise commune a été dissoute avant que les entreprises privées n'ont pu réellement faire acte de candidature pour adhérer à l'entreprise commune Galileo.

[681] L'annexe III du Traité Euratom exonère l'entreprise de la TVA, les règlements CE l'exonèrent de la TVA et appliquent le statut des agents des communautés aux salariés des entreprises communes afin qu'ils ne soient pas soumis aux charges sociales nationales. Décision du Conseil CEEA, 30 mai 1978, octroi d'avantages à l'entreprise commune Joint European Torus, 78 472 JO CE L 151 du 7 juin 1978, p. 23-24.

[682] Règlement 219/2007 du 27 février 2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), JO 64 du 2 mars 2007, article 1.5 § 6.

[683] Rectificatif au règlement 74/2008 du Conseil du 20 décembre 2007 portant établissement de l'entreprise commune Artemis pour la mise en œuvre d'une initiative technologique conjointe sur les systèmes informatiques embarqués, JO L 30 du 4 février 2008, p. 52.

Conclusion du chapitre II

L'essor des entreprises communes du Traité de la Communauté depuis 2002 est purement pragmatique. Il est essentiellement dû à un besoin de bénéficier de fonds privés pour financer certains programmes de recherche de l'Union européenne. Ce besoin a pour origine l'impossibilité pour les institutions de contracter tout emprunt, y compris pour des dépenses d'investissement. Ce rigorisme imposé par les États dans le Traité de Maastricht a conduit pour les nouveaux investissements lourds[684] de l'Union à créer des structures communes avec le secteur privé et à s'associer avec d'autres organisations internationales (l'Agence spatiale européenne et Eurocontrol). Ces programmes sont constitués dans l'intérêt des États membres de l'Union et des citoyens car ils comportent des services, des activités concrètes qui auront un effet positif sur les infrastructures aéroportuaires et les transports aériens (SESAR) et des applications gouvernementales et commerciales (Galileo). Les autres entités créées depuis 2007 correspondent à la politique de recherche de l'Union pour des projets à l'échelon communautaire sur des sujets d'une grande importance comme la recherche sur les piles à combustible nécessaires pour trouver une substitution aux carburants pétroliers dans les transports routiers, ou les médicaments innovants. Ces activités de service public de l'Union sont gérées au travers des entreprises communes. Ces grands programmes communautaires d'intérêt européen nous apparaissent être des services publics de l'Union européenne.

[684] Galileo : 4,5 milliards, SESAR : 20 milliards d'euros.

Conclusion du titre 1

La mise en œuvre des politiques de l'Union européenne par des structures externalisées est une idée ancienne voire antérieure à la création de la CECA elle-même. Le professeur Henri Rolin[685] relatait déjà, en 1953, une note rédigée par le secrétaire général du Conseil de l'Europe datée du 16 décembre 1949 qui mentionne la création de « compagnies européennes ».

Dans cet article, le professeur Rolin estime que « *les compagnies européennes sont des entreprises de gestion répondant à un intérêt public européen.* » Il se réfère à des travaux de l'Assemblée parlementaire consultative du Conseil de l'Europe menés entre 1949 et 1950.

En 1949, l'Assemblée du Conseil fait part de deux éléments d'actualité qu'il faut impérativement commenter : 1) l'initiative Schuman et 2) la proposition de création de compagnies européennes comme substitut aux « *difficultés formidables qu'entraînerait une intégration économique complète de l'Europe*[686] ». Le rapporteur propose de distinguer les compagnies d'intérêt privé des compagnies d'intérêt public. Dans l'annexe O du rapport, il est reproduit un projet de « *convention générale sur les compagnies européennes*[687] ».

L'article 9 de ce projet énonce : « *les compagnies européennes d'intérêt public sont celles qui sont constituées par les membres eux-mêmes avec ou sans participation du capital privé, créées par les États membres et financées par eux en commun, avec ou sans l'aide de capitaux privés.*[688]

Les compagnies sont considérées comme des services publics européens et en cette qualité elles bénéficient des immunités de juridiction prévues dans l'Accord général du... en faveur du Conseil de l'Europe. »

L'accord prévoit même un régime juridique assez proche du droit français des années 1950 :

« *La compagnie devient un service public européen, et comme tel, elle bénéficie chez les parties au contrat, d'abord des avantages de service public national (droit d'expropriation, privilèges d'action d'office, etc.), et ensuite des privilèges de service européen, dont les immunités de juridiction. Ces compagnies ne peuvent être ni réquisitionnées, ni expropriées ou nationalisées. Elles ne paient également pas d'impôt. Pour les procès avec les particuliers,*

---

[685] ROLIN Henri, « Établissements publics européens ou compagnies euroépennes », *Gegenwarts Probleme des internationalen Rechtes und des Rechtphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zu seinem Sibzigsten Geburtstag*, Hambourg, Gerardet & CO, 1953, p. 83 à 99.

[686] Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, session ordinaire du 7 août 1950, p. 428., rapport de la Comission des affaires économiques sur diverses propositions intéressant l'économie européenne, présenté par M. Eccles (UK).

[687] Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, session ordinaire du 7 août 1950, rapport de la commission des questions économiques, document 5, annexe O, p. 481. http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc50/FDOC5.pdf.

[688] Recommandation de l'Assemblée, 1950, document n° 106.

l'Office pourra, soit lever son immunité (si les intérêts en jeu ne sont pas importants) au profit de tribunaux locaux, soit les renvoyer devant un tribunal arbitral ad hoc. »

Enfin, la Convention prévoyait une fiscalité européenne :

« *La contrepartie des avantages et privilèges reconnus aux compagnies doit comprendre également des recettes "fiscales" qui seront utilisées dans l'intérêt commun de l'Europe.*[689] »

Aujourd'hui, soixante ans après ces propositions, l'Union européenne crée des structures chargées de missions de service public bénéficiant d'un régime juridique spécifique. Ces questions sont inhérentes au phénomène administratif ; l'Union, les États, les Nations unies ou une commune rurale d'un État fédéré ne sont qu'autant d'échelons de mise en œuvre de décisions politiques. Agences et entreprises communes sont les réponses trouvées par l'Union européenne à un besoin de gestion de programmes complexes et financièrement lourds.

L'étude de la création, du fonctionnement de ces structures et des règles qui leur sont applicables est en réalité l'étude d'un droit administratif de l'Union européenne ou d'une science administrative de l'Union européenne.

[689] Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, session ordinaire du 7 août 1950, rapport de la commission des questions économiques, document 5, annexe O, p. 490-491.
http://assembly.coe.int/Documents/ WorkingDocs/Doc50/FDOC5.pdf.

Titre II La participation à des services publics internationaux

L'Union européenne se dote progressivement d'une capacité d'action politique sur la scène internationale. Ainsi, elle met en place des services publics internationaux de nature économique et participe à des services publics internationaux régaliens.

Dans le cadre de sa politique spatiale, l'Union participe à des initiatives internationales dans les domaines de la navigation par satellite et de la surveillance de la Terre à partir de l'observation. Ces deux thématiques présentent un intérêt général international indéniable en ce qu'elles contribuent à l'amélioration des connaissances sur l'évolution de l'environnement et du climat au travers de l'observation et notamment au fonctionnement des transports aériens, maritimes et routiers pour la radionavigation par satellite. Pour ce faire, l'Union a créé deux programmes communautaires : Galileo pour la navigation par satellite et GMES[690] pour l'observation de la Terre. Par le biais de ces deux initiatives, l'Union a décidé, pour la première fois, de se doter d'infrastructures lui permettant de concevoir et de prester des services d'intérêt général. Ces infrastructures contribuent à la fois à l'intérêt général des États membres de l'Union ou partenaires de celle-ci qui bénéficieront des informations et des services que procurent ces activités. En outre, les futurs services offerts par les programmes Galileo et GMES seront accessibles sur l'ensemble de la planète et leurs gestionnaires sont tenus à des obligations de service publics (chapitre 1).

Sur le plan régalien, l'Union a développé depuis le Conseil européen d'Helsinki en 1999 une ambition internationale dans le domaine des activités de sécurité et de défense. Les activités de défense et de police constituent le cœur des services publics étatiques. Sur le plan international, l'Union a développé vingt-deux opérations de défense ou de police suite à des demandes de concours des Nations unies. Ces missions internationales pour assurer la paix et la stabilité nous apparaissent constituer des missions de service public international. (chapitre2).

[690] Global Monitoring for Environment and Security.

Chapitre 1 La politique spatiale de l'Union européenne : source des services publics de l'Union européenne

Il peut sembler assez paradoxal de décrire et analyser la politique spatiale de l'Union comme contribuant à des services publics internationaux puisque aucun des Traités actuellement en vigueur ne confère une quelconque compétence à l'Union dans le domaine des activités spatiales.

Cette absence n'a néanmoins pas empêché les Communautés puis l'Union de céder à l'attraction et aux atouts politiques que confère une politique spatiale sur la scène internationale. Beaucoup de chemin a été parcouru par l'Union depuis la première résolution du Parlement européen consacré à la recherche spatiale adoptée le 25 avril 1979[691].

L'Union tend aujourd'hui à devenir un « chef de file d'envergure mondiale dans le secteur spatial[692] ». Cette ambition récente reste au stade embryonnaire car, pour le moment, force est de constater que sur le plan budgétaire, l'Union européenne est plutôt réduite à un rôle d'« impuissance spatiale ».

Le principal budget européen pour les activités spatiales est celui de l'Agence spatiale européenne qui est, pour la période 2006-2010, de 8,2 milliards d'euros. Au niveau de l'Union européenne, le programme cadre de recherche attribue 1,43 milliards à la recherche spatiale pour la période 2007-2013, soit une moyenne de 204 millions d'euros par an. Quant au budget national en Europe, la France réalise l'effort le plus important avec 1,382 milliard[693] pour l'espace civil et environ 330 millions pour les activités militaires.

L'ancien ministre des Affaires étrangères français, M. Douste-Blazy, avait pris conscience des risques qu'encourait l'Europe si cette situation de sous-investissement venait à perdurer : « *Comme nous le savons, les budgets d'investissements publics consacrés à l'espace sont six fois plus importants aux États-Unis, ce qui leur donne une avance importante et durable. Le risque d'un décrochage technologique est à craindre : il aurait pour conséquence de placer notre industrie dans une situation de sous-traitance inadaptée et de marginaliser l'Europe dans un domaine essentiel pour son avenir. C'est aussi notre autonomie qui est ici en jeu.*[694] »

---

[691] Résolution sur la participation de la Communauté à la recherche spatiale, JO n° C 127 du 21 mai 1979, p.42.

[692] « World class space leader », résolution des quatrième (mai 2007) et cinquième Conseil espace du 26 septembre 2008. Résolution du Conseil compétitivité dans sa formation espace du 29 septembre 2008, document Conseil n° 13569/08.

[693] Rapport annuel 2007 du Centre national d'études spatiales, dotation en légère hausse puisque la dotation étatique 2006 était de 1,375 millions. http://www.cnes.fr/web/CNES-fr/4354-rapport-annuel.php.

[694] DOUSTE-BLAZY Philippe, Colloque politique spatiale et souveraineté européenne, discours de clôture du ministre des Affaires étrangères, Toulouse, 17 novembre 2006.

Dans un rapport[695] présenté à l'Assemblée nationale, deux députés français, M. Grouard et Mme Odile Saugues, évaluent le budget spatial des États-Unis à 32 milliards d'euros par an, répartis à parts égales entre la Nasa et le département de la défense. Le même rapport évalue les dépenses de l'Inde à 675 millions par an, celles de la Chine à 2 milliards d'euros[696], et la Russie aurait dépensé, quant à elle, 700 millions d'euros en 2007.

Aujourd'hui, les États-Unis sont incontestablement les leaders mondiaux dans les activités spatiales tant par leur budget civil et militaire que par l'envergure de leur industrie. Le continent Européen, si l'on cumule les contributions de l'Agence spatiale européenne, de ses États et de l'Union, se place en deuxième position.

C'est au niveau de la politique des transports qu'est né, en 2002, le premier programme spatial de l'Union : le programme de radionavigation par satellite Galileo et sa composante Egnos. Ce programme, conçu dès 1994[697], est la première initiative dans laquelle l'Union se dote d'une infrastructure propre pour prester des services sur l'ensemble de la planète. Ce programme, après de multiples retards, sera opérationnel en 2015 et coûtera environ 4,5 milliards d'euros à l'Union. La politique spatiale n'est pas par elle-même un service public. Cependant, l'Union s'applique, comme l'y a invité le Parlement européen, à « *développer l'utilisation de l'espace à des fins d'intérêt général et de service public*[698] ». L'Union européenne porte aujourd'hui trois programmes spatiaux que l'on peut qualifier de service publics internationaux (section 1):

- le programme Galileo : la radionavigation par satellite européenne,
- le programme Global Monitoring Environment and Security (GMES) dans les domaines du climat et de la sécurité,
- le programme Space Situational Awarness (SSA) pour la surveillance de l'espace.

L'Union porte une dernière initiative spatiale dans le domaine diplomatique. Elle a présenté en décembre 2008 un projet de code de conduite dans l'espace qui vise à réduire la production de débris spatiaux. L'Union tentera de convaincre les grandes puissances spatiales d'adopter ce *gentleman agreement* pour sécuriser les installations spatiales et éviter la tenue d'un conflit dans l'espace. La création d'une politique spatiale de l'Union sans compétence spatiale a été

[695] Assemblée nationale, rapport du 5 février 2008, n° 668, Commission de la défense nationale et des forces armées, « Les enjeux stratégiques et industriels du secteur spatial ».
[696] Tout comme le budget militaire chinois, le budget spatial n'est pas réellement transparent et est vraisemblablement sous-évalué.
[697] Résolution du Conseil concernant la contribution européenne à la mise en place d'un système global de navigation par satellite (GNSS), 19 décembre 1994, JOCE C 379 du 31 décembre 1994, p. 2-3.
[698] Rapport du Parlement européen A5-0451/2001 du 6 décembre 2001 sur la communication de la Commission au Conseil « L'Europe et l'espace : ouvrir un nouveau chapitre », rapporteur Konstantinos Alyssandrakis., p. 6, point E.

rendue possible par le biais d'un accord international entre la Communauté et l'Agence spatiale européenne. Ces deux organisations internationales, l'une politique, l'autre technique, s'allient pour fixer des objectifs communs. La gouvernance spatiale européenne est encore expérimentale et sera profondément modifiée par l'introduction d'une compétence spatiale dans le Traité de Lisbonne (section 2).

Section 1 : Les programmes spatiaux de l'Union, services publics internationaux

Les deux programmes phares de l'Union européenne, Galileo et GMES, peuvent être considérés comme des services publics internationaux. Tout deux sont menés conjointement par l'Union européenne et l'Agence spatiale européenne. Space Situational Awareness n'est pour le moment qu'un embryon, mais l'objectif à atteindre, la surveillance de l'espace, constitue une activité de service public international. (§1) Sur le plan de la mise en œuvre, le programme Galileo a tout d'abord été proposé sur le modèle d'un contrat de partenariat public–privé, puis sous la forme d'un marché public. La mise en œuvre de GMES est tout aussi complexe puisque le Conseil de l'Union le qualifie de bien public européen (§2).

§ 1 Eléments généraux sur les programmes spatiaux de l'Union.

Les programmes spatiaux de l'Union ont des applications pratiques qui donneront lieu à la prestation de services d'intérêt general (A). Les programmes Galileo et GMES seront opérationnels sur l'ensemble de la Terrre, les institutions de l'Union les considèrent comme des services publics de dimension mondiale.(B)

A Les principaux traits des trois programmes conjoints à l'UE et ESA

Ces programmes spatiaux de l'Union ont des intérêts pratiques et vont faire l'objet de prestation de services d'intérêt général. Galileo le programme de radionavigation par satellite permet d'organiser des services de positionnent aux multiples applications (§1). GMES procurera de nombreuses données liées à la qualité de l'air, à l'évolution climatique et permettra aux services de sécurité civile de bénéficier d'une cartographie précise des incendies et des inondations (§2). Enfin, Space situational awareness permet de cartographier l'espace et dote l'Unio de la capacité de détecter l'ensemble des objets spatiaux et de suivre les débris menaçant ses futures installations dans l'espace (§ 3).

1 Galileo, la radionavigation civile par satellite

La radionavigation par satellite est une technologie permettant au détenteur d'un récepteur de déterminer à tout moment sa position précise en longitude, latitude et altitude, en captant des

signaux émis par des satellites en orbite. L'autre atout de cette technologie est la maîtrise du temps par le biais des horloges atomiques contenues dans chaque satellite de navigation. Outre l'information sur sa localisation, la navigation par satellite permet à l'utilisateur de connaître sa position dans le temps et sa vitesse de déplacement.

Cette technologie est de plus en plus présente dans la vie quotidienne des Occidentaux : l'exemple le plus frappant est le foisonnement de récepteurs GPS dans les automobiles, dont la fonction est de guider les conducteurs sur leur trajet tout en indiquant l'emplacement des radars sur le bord des routes et les informations sur les perturbations du trafic routier. Les applications possibles sont multiples et aujourd'hui largement développées par exemple dans l'agriculture, pour éviter de traiter deux fois une même parcelle de terre, dans le secteur bancaire pour dater les transactions grâce à l'extrême précision des horloges atomiques embarquées dans les satellites, et en complément de la téléphonie mobile pour savoir se localiser sur un plan ou localiser ses connaissances.

Aujourd'hui, il existe deux systèmes militaires opérationnels de navigation par satellite : le Global Positioning System (GPS), propriété exclusive du département de la défense américain, et le système Glonass, propriété de l'armée russe[699]. Les utilisations militaires sont tout d'abord le positionnement dans l'espace et dans le temps de troupes et de tous types de véhicules terrestres amis, mais également le guidage de missiles. L'Union européenne a donc décidé en 2002 de créer une constellation autonome de trente satellites dont elle sera propriétaire pour fabriquer un système civil de radionavigation par satellite. Ce programme contient une composante nommée Egnos[700]. Il s'agit d'un système d'augmentation des signaux GPS. Cela signifie que quelques satellites européens précisent et améliorent les signaux GPS pour les utilisateurs situés en Europe et en Afrique. Egnos est un programme qui est déjà opérationnel : chaque utilisateur doté d'un récepteur reçoit déjà, sans le savoir, les signaux européens Egnos lorsqu'il pense n'utiliser que les signaux GPS. Egnos fera l'objet d'une certification « *safety of life* » pour les applications de transports en commun comme l'aviation civile.

Le système GPS est le plus utilisé de par le monde à des fins civiles, mais sans possibilité de garantie sur le fonctionnement régulier du signal ni de possibilité, pour un utilisateur commun, d'ester en justice pour demander des dommages et intérêts du fait d'une interruption ou d'une dégradation impromptue du signal.

[699] Un temps vétuste jusqu'au milieu des années 2000, Glonass est en plein renouveau. La Russie a lancé dix-huit satellites Glonass depuis décembre 2005. Début 2009, vingt satellites sont déclarés opérationnels par les autorités russes. http://www.glonassianc.rsa.ru/.

[700] European geostationary navigation overlay system.

Cette situation insatisfaisante nuit « *aux besoins de garanties juridiques de fonctionnement exigées par les sociétés modernes*[701] ». Pour remédier à cette situation, l'Union européenne et l'Agence spatiale européenne ont décidé de créer un système civil de radionavigation par satellite dont les utilisateurs bénéficieront d'une garantie contractuelle en fonction du service choisi. Cette situation est commentée par le professeur Armel Kerrest qui signale que : « *l'un des éléments essentiels dans la concurrence avec le GPS est d'ordre juridique.*[702] » Le caractère civil du programme permet d'inclure dans les contrats de services commerciaux, à titre onéreux, des informations sur l'intégrité du signal (le signal est-il fiable ?) et des obligations de continuité du signal (interdiction d'interrompre le signal sauf cas de force majeure et situation politique exceptionnelle sur un territoire donné). Ces obligations contractuelles constituent des garanties qu'un utilisateur pourra faire valoir en cas de défaillance du ou des services dont il est le client. C'est cet élément de droit qui constitue l'atout majeur et la clef du succès du programme Galileo. La création de ce programme est une décision politique car elle dote l'Union d'un outil de souveraineté qui lui permettra de s'affirmer sur la scène internationale[703]

2 Global Monitoring Environnement and Security : l'observation de la Terre

Ce programme de service de surveillance de la Terre est une nouvelle fois une collaboration entre l'Union européenne et l'Agence spatiale européenne.

L'idée du programme GMES a été lancée en 1998 dans le manifeste de Baveno et approuvée conjointement par le Conseil de l'Union et celui de l'ESA en 2001[704]. Il s'agit d'un système de collecte d'observations liées à l'évolution de l'état de l'environnement terrestre, (enparticulier du climat) et à la sécurité. Les satellites reçoivent et relaient vers des centres d'analyse des informations envoyées par des capteurs situés au sol, en mer ou dans l'espace. Ces données concernent tout un panel d'information sur l'environnement : la qualité de l'air (taux d'ozone ou de particules), l'évolution des calottes glaciaires, le niveau et le degré de salinité de telle mer ou tel océan. Le volet sécurité réside dans la capacité de photographier et cartographier des zones à des fins de sécurité civile (inondation, incendies) avec une possibilité d'utilisation pour les militaires si les États le souhaitent (renseignement).

---

[701] FERRAZZANI Marco, Journée d'étude sur le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales, « Le projet européen Galileo : entreprise commerciale ou service public international ? », p. 71 à 75, Paris, Pédone, 2003.

[702] KERREST Armel, avant-propos, *in* Galileo, la navigation par satellite européenne : questions juridiques et politiques au temps de la concession, ss dir. Aurélien Desingly, Paris, Ifri, Travaux et recherches, 2006, p. 12.

[703] Voir BRAUNSCHIVG David, GARWIN Richard L., MARWELL Jeremy, « A european Challenge in the sky », Foreign affairs, july/august 2003, p.156.

[704] Résolution du Conseil du 13 novembre 2001 sur le lancement de la phase initiale de la Surveillance mondiale de l'environnement et de la sécurité (GMES) JOCE C 350 du 11 décembre 2001, p. 4.

Ce programme n'est pas une initiative isolée de l'Union européenne, il s'inscrit pleinement dans les objectifs d'un groupe de travail international créé en 2003 par le G8 lors du sommet d'Évian.

La création de ce « groupe d'observation de la Terre[705] » a été approuvée par les États en janvier 2005. À la fin 2008, ce groupe de travail intergouvernemental était constitué de soixante-dix-huit États et cinquante organisations internationales, dont la Communauté européenne. L'objet de ce groupe international est la création d'un système de systèmes d'observation de la Terre[706]. Il s'agit donc d'une sorte de fédération de systèmes régionaux et nationaux de collecte de données liées au climat. Le *leadership* politique et les grandes orientations appartiennent au G8. Les conclusions du sommet de Tokyo en 2008 énoncent : «Nous notons l'opportunité de promouvoir la recherche sur une approche technologique complémentaire qui pourrait contribuer au maintien d'un climat stable. Pour répondre à la demande croissante de données d'observation de la Terre, nous accélérerons les efforts avec le GEOSS, qui s'ajoute au travail des agences et programmes spécialisés, dans les domaines prioritaires du changement climatique et de la gestion des ressources en eau, par le renforcement de l'observation, de la prévention et du partage de données. Nous soutenons aussi le renforcement des capacités d'observation de la Terre dans les pays en voie de développement et nous promouvons l'interopérabilité et les liaisons avec les autres partenaires. [707] »

L'initiative GMES est la contribution de la Communauté européenne à cette fédération de systèmes. La surveillance des océans et la compréhension de leur fonctionnement est déterminante. Ces derniers représentent environs les deux tiers de la surface de la terre et sont l'une des clefs pour comprendre l'évolution du climat et du phénomène El Niño. Les innombrables données très précises pourront permettre de dégager un consensus au sein de la communauté scientifique pour confirmer l'existence du réchauffement climatique, identifier son origine, et modéliser son évolution. Le groupe d'observation de la Terre a adopté le 16 février 2005 un plan décennal pour la mise en œuvre des infrastructures d'observation. L'ensemble de ce programme international est du droit mou. L'article 6.2 du plan décennal relatif à l'organisation énonce : « *GEO, comprising the members and participating*

[705] Group on Earth Observation, http://www.earthobservations.org/index.html.
[706] GEOSS : The Global Earth Observation System of Systems.
[707] G8 Hokkaido Toyako Summit Leaders Declaration, Hokkaido Toyako, 8 juillet 2008, point 31. http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2008/doc/doc080714__en.html : « *We note the opportunity to promote research on complementary technological approaches which may contribute towards maintaining a stable climate. To respond to the growing demand for Earth observation data, we will accelerate efforts within the Global Earth Observation System of Systems (GEOSS), which builds on the work of UN specialized agencies and programs, in priority areas, inter alia, climate change and water resources management, by strengthening observation, prediction and data sharing. We also support capacity building for developing countries in earth observations and promote interoperability and linkage with other partners*. »

organizations, is established on a voluntary and legally non-binding basis, with voluntary contributions to support activities.[708] »

La coopération entre GMES et GEOSS doit être définie mais la Commission européenne est prête à soutenir ce plan. La communication de 12 novembre 2008 mentionne à ce sujet : « *Dans le cadre du processus GEO, il importe de garantir l'accès aux données d'observation non contrôlées par l'Europe et de définir la contribution européenne à cette entreprise internationale. GMES devrait également constituer la principale contribution de l'Europe au plan décennal de mise en œuvre du réseau GEOSS.*[709] »

3 Space situational awareness : l'observation et la sécurité des infrastructures spatiales

La surveillance de l'espace est un sujet de plus en plus critique. Le cas académique d'une collision de satellites dans l'espace est devenu réalité. Le 10 février 2009, quelque part au-dessus de la Sibérie, en orbite basse, un satellite de télécommunication de la société Iridium[710] (560 kg) et un satellite militaire russe désactivé, Cosmos-2251 (900 kg), se sont percutés, créant un nuage d'environ huit cents débris[711] supplémentaires. Il n'existe pas de définition du terme « débris ». Néanmoins, on peut estimer qu'il s'agit de tout objet artificiel et inactif en orbite autour de la Terre. Depuis 1957, année du lancement du premier *Spoutnik*, pas moins de dix mille objets ont été lancés dans l'espace, six cents satellites sont aujourd'hui en activité et plusieurs milliers ne servent plus. Ces objets sont des satellites hors service à court de carburant (les satellites ont une durée de vie d'environ quinze ans), des étages des lanceurs de fusées, des produits de collisions, et ils forment une myriade de débris.

Ces débris sont à 70 % concentrés en orbite basse, c'est-à-dire jusqu'à 2 000 km au-dessus de la Terre et ce, sur toutes les latitudes. Ces débris forment une sorte de coquille de déchets autour de la Terre. En orbite géostationnaire (36 000 km d'altitude), les débris sont présents mais beaucoup moins denses. L'Agence spatiale européenne estime à environ 10 000[712] le nombre d'objets d'une taille supérieure à 10 cm. Ces objets sont cartographiés et répertoriés.

---

[708] « Le GEO, regroupant les membres et les organisations participantes, est établi sur une base volontaire et non contraignante de contribution volontaires pour soutenir des activités. »

[709] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au comité des régions : « Surveillance mondiale de l'environnement et de la sécurité (GMES) : le souci d'une planète plus sûre », COM 2008, 758 final.

[710] Iridium est une société américaine qui possède et opère 66 satellites de télécommunication en orbite basse à environ 790 km d'altitude. Elle est très célèbre car, après avoir investi 5 milliards de dollars pour l'achat et le lancement de 72 satellites, Iridium s'est placée sous la protection de la loi sur les faillites en 1999. En 2000, un groupement d'industries dont Boeing a racheté l'infrastructure pour 25 millions de dollars et a immédiatement conclu un accord commercial fournissant un accès illimité à la constellation au département de la défense américain.

[711] *Space news*, 16 février 2009.

[712] ESA = 10 000 objets de plus de 10 cm dont 7 % de satellites opérationnels, 22 % de vieux satellites, 17 % de parties de fusées et lanceurs, 13 % d'objets liés aux missions et 41 % de fragments divers.

Entre 1 et 10 cm, la Nasa recense 400 000 objets. En dessous de 1 cm, des millions de débris sont identifiés par les agences nationales.

La difficulté n'est pas dans la taille des objets mais dans l'énergie due à la vitesse de rotation au-dessus de la Terre. Cette énergie cinétique[713] est gigantesque et constitue une menace très importante pour tout satellite. La vitesse de déplacement est d'environ 40 000 km/h, donc un simple écrou pesant 20 g propulsé à une telle vitesse possède une force dévastatrice pour un satellite ou la station spatiale internationale.

Figure 1 : objets et débris en orbite géostationnaire et orbite basse. <u>Attention à l'échelle de représentation. : les objets sont très largement surdimensionnés</u>. Crédit photo : ESA.

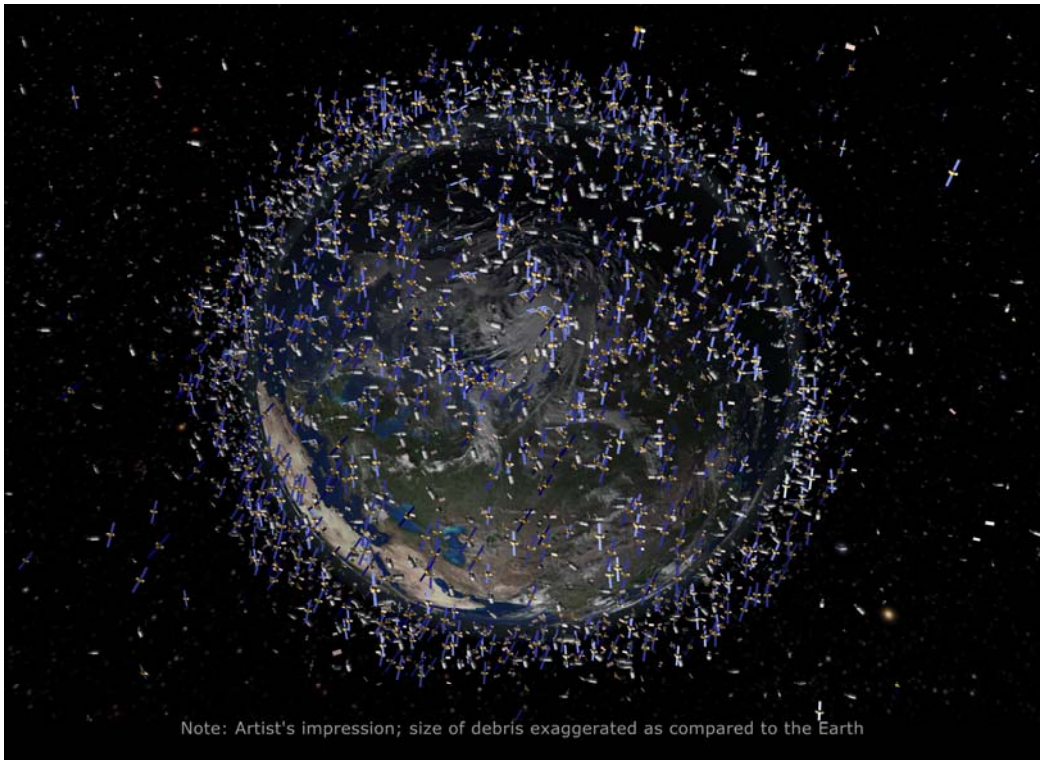

Figure 2 : cartographie des satellites et débris situés en orbite basse

[713] Énergie cinétique = ½ (masse*vitesse²). L'énergie s'exprime en joules, la masse en kilogrammes et la vitesse en mètres par seconde. Dans notre exemple d'écrou de 20 g se déplaçant à 40 000 kilomètres par heure, Nrj = 0,01kg * 11 111 m/s ² ; n = 0,01 * 123 454 321 = 1,234 millions de joules.

Il n'est pas nécessaire d'exagérer la menace. Chaque fois qu'il y a un lancement de fusée depuis Kourou, il n'y a pas de vérification de présence de débris sur la trajectoire du tir. Cependant, la situation est tout de même sérieuse puisque, chaque jour, l'Agence spatiale européenne publie un rapport d'alerte sur les risques de collision liés aux débris. Les risques ne sont pas factices, il y a déjà eu quelques petits accidents : les panneaux solaires du télescope Hubble ont par exemple été endommagés[714] en 1992, et une antenne d'un satellite militaire français nommé *Cerise* a été sectionnée par un débris. Même la station spatiale internationale est menacée : par exemple, le 12 mars 2009, les astronautes ont dû se placer dans la capsule de secours *Soyouz* à cause d'un débris menaçant de percuter la station[715]. Le point d'orgue de la menace des débris étant la collision des deux satellites en février 2009.

Les satellites en orbite basse et la station spatiale internationale située à 350 km d'altitude sont amenés à effectuer des manœuvres d'évitement. Cela signifie qu'il leur faut de plus en plus slalomer entre les obstacles. Le souci réside également dans le fait que les débris produisent d'autres débris. Chaque fois que se produit une collision entre débris, d'autres petits éléments sont créés qui eux-mêmes pourront rencontrer d'autres objets.

Pour le moment, la surveillance de l'espace est assurée par la Nasa grâce aux radars américains NORAD. La Nasa transmet à ses partenaires européens des informations déclassifiées via une base de données nommées USSTRATCOM dans des délais juste suffisants pour réaliser des manœuvres d'évitement. La Russie et la Chine disposent de leurs propres outils mais ne partagent pas les données. La France possède un réseau de radars nommé « Grave » qui permet à l'Armée de l'air de suivre la trajectoire de débris préalablement identifiés au-dessus du territoire français. L'Allemagne dispose d'un système de radars pouvant suivre des débris d'une taille supérieure à 4 cm.

Dans le cadre de la gestion de quinze satellites, le centre spatial du CNES à Toulouse a recensé 228 alertes en 2007, c'est-à-dire des situations dans lesquelles des débris ont été estimés à moins d'1 km d'un des satellites. Si le risque de collision est supérieur à 1 sur 1000, le centre de contrôle organise une manœuvre d'évitement. En 2007, trois manœuvres ont été préparées mais annulées après que des radars ont précisément calculé la trajectoire des débris[716].

L'Union européenne a décidé lors du cinquième Conseil espace de septembre 2008 de se doter avec l'ESA d'un système de surveillance :

[714] Trous dans les panneaux solaires comme des impacts de balle.
[715] http://www.nasaspaceflight.com/2009/03/threat-to-iss-crew-soyuz/.
[716] BRUDIEU Patrice, CNES, « The European space situational awareness, a French point of view » présenté lors de la conférence organisée par l'Institut français des relations internationales à Bruxelles le 3 décembre 2008.

« […] *RAPPELLE que les moyens spatiaux sont devenus indispensables à notre économie et que leur sécurité doit par conséquent être garantie ; SOULIGNE que l'Europe, pour renforcer au niveau mondial son rôle de chef de file dans le domaine spatial, comme elle l'ambitionne, doit mettre en place un dispositif au niveau européen permettant d'assurer le suivi et la surveillance de ses infrastructures spatiales et des débris spatiaux, reposant au départ sur les moyens nationaux et européens existants, en tirant profit des relations pouvant être établies avec d'autres pays partenaires et des capacités de ceux-ci , ESTIME que, compte tenu de la dimension internationale et politique que revêt ce dispositif, l'Union européenne, en concertation avec l'ESA et leurs États membres respectifs, jouera un rôle actif dans sa mise en place progressive ainsi que dans celle d'une structure de gouvernance appropriée*.[717] »

L'Agence spatiale européenne a également approuvé, lors de sa réunion ministérielle du 28 novembre 2008, la création d'un dispositif de surveillance dans ses programmes facultatifs[718].

Il s'agit d'une décision sur la constitution d'un système préparatoire pour constituer à terme un véritable système de surveillance. Ce premier pas représente une étape importante pour la constitution d'une activité de service public européen qui participe à une mission de service public international de la surveillance des activités spatiales.

Cette problématique de la surveillance spatiale sera l'un des enjeux majeurs du XX^{e} siècle pour la pérennisation des activités spatiales. Il faudra mettre en œuvre des programmes pour enlever, détruire ou repousser les débris par des moyens terrestres ou spatiaux.

B Galileo et GMES : des services publics de l'Union de dimension mondiale

Rappelons la définition du service public international : c'est une activité initiée et contrôlée par une organisation internationale pour satisfaire l'intérêt commun de ses États membres. Les critères principaux permettant de mettre en évidence un service public communautaire sont :

- la satisfaction d'un intérêt général international : répondre à un besoin des États membres,
- des services utiles aux citoyens de l'Union,
- la continuité du service.

[717] Résolution du Conseil compétitivité dans sa formation espace du 29 septembre 2008, document Conseil, n° 13569/08.

[718] Pour un commentaire de la décision de l'ESA, voir RATHGEBER Wolfgang, « Space Situational Awareness (SSA) for Europe, A First Important Step », European space policy institute, Perspectives, n° 16, décembre 2008, http://www.espi.or.at/.

1 Galileo : le premier service public de l'Union

Pour justifier le développement de ce programme d'envergure, le premier vice-président de la Commission européenne, le Commissaire européen aux transports M. Jacques Barrot, a conclu deux de ses discours ainsi: « *Vous l'avez compris, avec Galileo, que j'ose qualifier de "premier véritable service public mondial", l'Europe n'hésite pas à montrer la voie.*[719] »

Ces affirmations répétées ne sont pas le seul lien que l'on puisse établir entre le programme Galileo et la notion de service public.

En effet, le considérant n° 7 du règlement 1321/2004 créant l'Autorité européenne de surveillance prévoit que « *l'autorité devrait conclure un contrat de concession avec le consortium qui sera sélectionné à l'issue de la phase de développement de Galileo et veiller au respect par celui-ci des obligations - notamment de service public - résultant du contrat de concession.* »

La référence à un service public mondial paraît pour le moins novatrice. Cette mise en œuvre au niveau de l'Union est conforme au principe de subsidiarité formulé à l'article 5 du Traité de la Communauté. Les compétences doivent être exercées à l'échelon où elles sont le plus efficace. Dans le cas de la création d'un système GNSS, la réalisation, le financement et le pilotage au niveau communautaire sont apparus comme le moyen le plus fiable, le plus rapide de parvenir à ses fins. En effet, un État seul eut rencontré les plus grandes difficultés à obtenir les fréquences nécessaires au sein de l'UIT face aux pressions américano-japonaises ; par la suite, les négociations avec les États tiers pour l'implantation des stations au sol n'auraient pas non plus bénéficié des mêmes facilités que dans le cadre de l'Union. Cette dernière, suivant sa stratégie définie à Lisbonne en 2000, se dote d'un outil technologique de grande ampleur pour démontrer sa compétitivité internationale et s'affirme non plus seulement comme une grande alliance économique mais également comme une entité capable de déterminisme politique.

Deux éléments de la doctrine de la Commission permettent de justifier la création de service public à l'échelon communautaire :

- le Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003[720],
- le Livre blanc sur les services d'intérêt général du 15 mai 2004[721].

Dans le Livre blanc, deux passages retiennent particulièrement notre attention pour définir le rôle de l'Union dans la mise en œuvre de services publics : le premier, page 5 : « *La définition*

[719] Jacques BARROT, vice-président de la Commission européenne, responsable des Transports, « Galileo : L'Europe montre la voie », Conférence internationale sur la coopération dans l'espace, Bruxelles, le 17 février 2005 et « Quel avenir pour l'Europe spatiale? », fondation Robert Schuman, Paris, 17 juin 2005.
[720] Com 2003 270 final, 21 mai 2003.
[721] Com 2004 374 final, 11 mai 2004.

des obligations et missions de services publics reste du ressort des pouvoirs publics à l'échelon approprié. »

Le second, page 6 : « *Il appartient essentiellement aux autorités nationales, régionales ou locales de définir, organiser, financer et contrôler les SIG*. »

Ces deux expressions, « *échelon approprié* » et « *essentiellement* », font subodorer un parfum de subsidiarité[722] dans la répartition des compétences pour créer des activités dites de service public. Cette interprétation marque une transition importante dans l'approche de l'Union et des services d'intérêt général. Après avoir fixé des règles communes aux États membres comme la séparation des réseaux et des opérateurs, la Commission estime qu'à son tour, elle constitue un échelon capable de déterminer une action dans l'intérêt commun de l'Union et de ses citoyens. Elle fait ainsi preuve de déterminisme politique.

Depuis les déclarations de Jacques Barrot en 2005, les multiples documents des institutions de l'Union permettent de démontrer que dans l'esprit du législateur, la navigation par satellite n'est pas une simple activité commerciale. Elle revêt également des caractéristiques d'intérêt général.

En décembre 2006, le Livre vert sur les applications de la navigation par satellite estime que « *Galileo offre un service public international sans équivalent.* »[723] En novembre 2007, le Conseil « *SOULIGNE les avantages économiques et l'intérêt public de ces programmes*[724]. »

En 2008, le Coreper a produit un rapport à destination du Conseil. L'article 4.3 énonce :

« *La Commission est invitée à soumettre en 2010, parallèlement à son examen à mi-parcours, au Parlement européen et au Conseil la proposition adaptée pour la période de programmation financière commençant en 2014 pour ce qui concerne le financement et les engagements du secteur public, y compris toute obligation requise pour la phase d'exploitation, sur la base des responsabilités qui lui incombent du fait du caractère public de la propriété du système, les objectifs d'une politique de tarification conçue pour que le client obtienne des services de qualité à des prix équitables et le mécanisme de partage des recettes requis pour la phase d'exploitation.*[725] »

Cette référence d'une tarification conçue pour des services de qualité à un prix abordable

[722] C'est également en ce sens que se prononce Frédérique Berrod, maître de conférence à l'université de Haute-Alsace et au collège d'Europe de Bruges, dans un article intitulé « Les services publics à l'européenne entre subsidiarité et politique de l'Union », Revue en ligne *Études européennes*, n° 3, 23 décembre 2003 ; http://www.etudes-europeennes.fr/.

[723] Commission européenne, Livre vert sur les applications de la navigation par satellite, 12 décembre 2006, COM (2006) 769 final, point 5.3.

[724] Conclusions du Conseil transports des 29 et 30 novembre 2007, document conseil n° 16090/07.

[725] Rapport du Comité des représentants permanents pour le Conseil sur la proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la poursuite de la mise en œuvre des programmes européens de radionavigation par satellite (EGNOS et Galileo), orientation générale, 4 avril 2008, document Conseil n° 8046/08.

rappelle la définition du service universel. Le Livre vert de 2003 sur les SIG définit le service universel comme « *un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable.*[726] »

L'hésitation entre les différentes institutions sur la qualification du programme Galileo provient de la volonté de ne pas se placer dans un régime juridique défini comme ceux des SIG ou des Services universels.

Qualifier Galileo de service public mondial et le démontrer ne suffit pas. La notion de service public demeure très floue et presque inexistante en droit communautaire où l'on distingue les services universels, les services sociaux d'intérêt général, les services d'intérêt général et les services d'intérêt économique général.

L'expression « service d'intérêt économique général est utilisée aux articles 16 et 86, paragraphe 2, du Traité. Le Traité et le droit dérivé ne donnent pas de définition des SIEG. La Commission européenne estime qu'il s'agit d'une « *activité économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général.*[727] »

a Les différents services Galileo

Le système Galileo ne peut valablement être abordé comme un bloc. Il est composé de différents services offrant des garanties de continuité, d'intégrité et de cryptage variables en fonction de leurs destinataires. Il faut faire une distinction selon les différents services qui seront fournis par le concessionnaire. Le Conseil des transports de l'Union a retenu une liste de cinq services techniquement différents avec des garanties de fonctionnement tout aussi diverses. Ces services ont été arrêtés dès 2002 et sont constamment rappelés, depuis lors, par la Commission européenne :

« *Les signaux envoyés dans l'espace par l'infrastructure Galileo serviront à proposer de nouveaux types de services partout dans le monde :*

– un ***service ouvert*** *(dit "open service" ou OS), gratuit pour l'utilisateur et fournissant des informations de positionnement et de synchronisation, destiné aux applications de masse de la radionavigation par satellite ;*

– un ***service de sauvegarde de la vie*** *(dit "safety of life service" ou SoL), ciblé sur les*

[726] Commission européenne : Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM (2003) 270 final § 50, p. 16.

[727] Livre blanc sur « les services d'intérêt général », COM 2004, 374 final, 11 mai 2004, annexe 1, p. 23.

utilisateurs pour lesquels la sécurité est essentielle. Ce service répond également aux exigences de continuité, de disponibilité et de précision imposées dans certains domaines d'application et comprend une fonction d'intégrité permettant de prévenir l'utilisateur en cas de dysfonctionnement du système ;

– un ***service commercial*** *(dit "commercial service" ou CS) permettant le développement d'applications à des fins professionnelles ou commerciales grâce à des performances accrues et à des données d'une valeur ajoutée supérieure à celles procurées par le service ouvert ;*

– un ***service gouvernemental*** *(dit "public regulated service" ou PRS) réservé aux seuls utilisateurs autorisés par les pouvoirs publics, pour les applications sensibles qui exigent une grande continuité de service. Le service gouvernemental utilise des signaux cryptés.*

– En outre, Galileo contribuera au ***service d'aide et de sauvetage*** *(dit "search and rescue support service" ou SAR) du système COSPAS-SARSAT en détectant les signaux d'urgence émis par des balises et en renvoyant des messages à celles-ci.*[728] »

Parmi ces services, certains peuvent être qualifiés de service d'intérêt général, d'autres de service d'intérêt économique général. D'autres enfin ne peuvent être compris dans aucune de ces deux catégories. Outre les critères d'intérêt général des États et des citoyens de l'Union, le critère le plus important pour qualifier une activité de service public, de service public international ou de service universel est la continuité. Dès les écrits du doyen Duguit[729], la continuité est l'élément primordial du service public. On retrouve cette analyse pour le service public international dans la thèse du professeur Chemillier-Gendreau[730], dans les définitions du service universel[731] et des SIEG[732].

Appliquée à Galileo, la continuité du service permet d'éliminer *in limine litis* le service ouvert et le service commercial.

Le service ouvert est gratuit et accessible à tous. Il ne bénéficie d'aucune garantie contractuelle quant à sa continuité et à son intégrité. Par conséquent, il ne peut être considéré comme remplissant une mission d'intérêt général.

---

[728] Commission européenne, « annexe cadre stratégique du GNSS pour les programmes européens de radionavigation par satellite EGNOS et Galileo et les activités connexes », 12 décembre.2008, C (2008) 8378 final, p. 5-6.

[729] « *Cette activité (de service public) est d'une importance telle pour la collectivité qu'elle ne peut pas être interrompue un seul instant.* », DUGUIT Léon, Traité de droit constitutionnel, T2, 2e édition, Paris, Boccard, 1923, p. 55.

[730] CHEMILLIER-GENDREAU Monique, La continuité du service public international, thèse, faculté de Nancy, ss dir. Pr Charles Chaumont, 1965.

[731] Livre vert *op. cit.* mentionne p. 17, point 51, à propos du service universel que la « *qualité du service est maintenue et, si nécessaire, améliorée.* »

[732] Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken - COM/2001/0598 final, Les services d'intérêt général, point 5 : « permettre aux services d'intérêt économique général […] qui assurent entre autres les principes d'égalité de traitement, de qualité et de continuité de ces services. »

Il en va de même pour le service commercial qui sera vendu à différentes firmes issues par exemple du secteur des télécommunications. Mais, une fois de plus, si fournir un positionnement exact à des individus munis d'un téléphone portable est pratique et se généralisera, cela ne peut constituer à nos yeux un besoin d'intérêt général international.
En revanche, deux services nous apparaissent de nature régalienne et entrent dans la catégorie des SIG.

b Les services d'intérêt général de la radionavigation

Il s'agit tout d'abord du *public regulated service*. Ce signal gouvernemental crypté sera créé pour réaliser des missions de souveraineté[733]. Il sera fourni sur des bases non commerciales[734], ce qui signifie que seuls les États pourront choisir ses utilisateurs. Ce service sera donc utilisé par des forces de police, de douane et les forces armées. Les utilisateurs disposeront de récepteurs spécifiques. Ces utilisations sont propres aux missions d'autorité de l'État, elles se situent donc en dehors du secteur marchand.
D'autre part, le signal d'aide et de sauvetage : le Livre vert de 2006 énonce que « *la fonction de recherche et de sauvetage de Galileo est la contribution de l'Europe à la coopération internationale en matière de recherche et de secours, principalement dans les domaines maritime et aéronautique*.[735] » Ce signal facilite la recherche des naufragés et permet d'identifier les fausses alertes. Ce signal n'appartient pas non plus au secteur marchand.

c SIEG, le service de sauvegarde de la vie

Le signal *safety of life* est très difficile à classer. En effet, les études préalables au lancement de Galileo (Gala, Galilei et PWC) se contredisent sur la nature de ce service.
Ce service, une fois certifié, sera fourni pour toute activité où une défaillance du système, même momentanée, pourrait mettre la vie de l'homme en danger.
Ce signal concerne des secteurs aussi vastes que le ferroviaire, le maritime ou l'aérien civil.
Si l'on considère le cas de l'aérien, fortement réglementé aux niveaux international, européen et national, le signal sera vendu par le concessionnaire aux différents opérateurs du type Direction nationale des services aériens (filiale de la direction de l'aviation civile). Mais il ne

[733] Pour les utilisations possibles de ce signal, voir BELLOUARD Patrick : « L'usage à des fins militaires du programme Galileo : l'interprétation française », *in Galileo, la radionavigation par satellite, questions juridiques et politiques au temps de la concession*, ss dir. Aurélien DESINGLY, Paris, IFRI, 2006, p. 187 à 195.
[734] Conclusions du Conseil transports des 9 et 10 décembre 2004 : « […] *rappelle que les États membres auront le choix de recourir ou non au service gouvernemental et que la totalité des frais d'exploitation de ce service sera prise en charge par les utilisateurs, sur une base non commerciale.* » Ce point fut réitéré par le Conseil le 12 octobre 2006.
[735] Livre vert *op cit.*, p. 12, point 3.11.

doit pas être confondu avec un service de circulation aérienne au sens du règlement 550/2004[736].

Le considérant 5 de ce règlement permet de faire échec à la commercialisation du service et plaide pour la fourniture du signal SOL sur une base non marchande en vertu du principe de *recovery cost* des redevances aériennes[737].

Ce raisonnement est critiquable. En effet, le concessionnaire est placé en amont de ces règlements. Il ne lui est pas applicable tout simplement parce qu'il n'est pas une autorité de régulation du trafic aérien. Le concessionnaire commercialise un produit,le signal SOL, avec des garanties de continuité et d'intégrité très lourdes, comme tout autre fabricant de produits ou services utilisés dans la circulation aérienne (radar, balises et autres).

C'est uniquement par la suite que l'opérateur aérien choisit de l'affecter à la circulation aérienne et, par conséquent, l'opérateur ne pourra l'intégrer dans les redevances aériennes à un coût supérieur à celui qui lui est proposé par le concessionnaire.

Bien évidemment, cette solution aboutit à un nouvel alourdissement du coût des redevances aériennes, mais le principe de mutabilité du service public permet une telle évolution.

De plus, ce nouvel outil en complément de SESAR rend obsolète certaines installations existantes, ce qui équilibrerait le montant des redevances.

2 GMES : un service public de l'Union

Dans les documents des institutions de l'Union figure la volonté de créer un service public propre à l'Union dont la mise en œuvre vise à satisfaire les besoin des utilisateurs.

a Une infrastructure conçue avec les utilisateurs

Le Conseil des ministres a demandé à la Commission de mettre les besoins des utilisateurs potentiels de GMES au centre de la conception du programme. Dans les faits, ce sont essentiellement les utilisateurs de la sécurité civile qui ont été au centre des préoccupations de la Commission et impliqué directement dans la conception du service.

α Répondre aux besoins des utilisateurs

Pour la réalisation du programme GMES, le Conseil a décidé de prendre en compte les besoins des utilisateurs. Ainsi, dans sa résolution du 13 novembre 2001, le Conseil « *demande*

[736] Règlement (CE) n° 550/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 relatif à la fourniture de services de navigation aérienne dans le ciel unique européen (« règlement sur la fourniture de services »), JO L 96, 31 mars 2004, p.10.

[737] Le prix des redevances aériennes n'est pas fixé arbitrairement. Il est égal au coût de revient du service fourni par l'opérateur chargé de la circulation aérienne.

à la Commission de contribuer à centrer GMES sur les besoins des utilisateurs par une évaluation détaillée de ses propres besoins en terme de services GMES, en veillant à assurer une participation appropriée aux projets en la matière ainsi qu'un financement adéquat desdits projets.[738] »

Dans sa communication de 2005, la Commission européenne affirme que « *les utilisateurs sont en première ligne.* […] *Les utilisateurs de services d'informations GMES participent au développement, à la mise en œuvre et au suivi des politiques de sécurité et de l'environnement au niveau mondial comme au niveau local. La Commission européenne compte parmi les principaux utilisateurs. Ses besoins sont actuellement identifiés et les demandes sont progressivement mises en commun.*[739] »

En 2008, la Commission rappelle que l'un de ses objectifs est de « *garantir l'adhésion des utilisateurs, notamment en favorisant leur constante participation, de sorte que GMES demeure axé sur les utilisateurs*.[740] »

Par « utilisateurs », la Commission entend dans son étude d'impact présentée en novembre 2008 le « *large éventail d'utilisateurs tels que les Européens et les décideurs politiques nationaux, des scientifiques, des entreprises, la santé et l'environnement, les ONG et les citoyens*[741] ». On en déduit par conséquent que, entre 2001 et 2008, la Commission a auditionné et tenu compte des avis des citoyens, des ONG, des entreprises et des décideurs politiques. Cette présentation est quelque peu idyllique.

β **La méthode de consultation : « privilégier les utilisateurs publics »**

Ce type de consultation est assez risqué. La Commission a dû mettre au point un procédé d'enquête qui restreigne les contestations du bien-fondé du projet. L'idée de créer un site internet pour recueillir des milliers avis d'internautes a été rapidement écartée. À travers ce type de consultation, le poids des lobbies s'équilibre et il est difficile d'extraire une synthèse satisfaisante.

La Commission connaît l'infrastructure d'observation qu'elle va mettre en place car le démarrage de GMES est défini à partir de missions existantes (dans un autre contexte) , dont

[738] Résolution du Conseil du 13 novembre 2001 sur le lancement de la phase initiale de la Surveillance mondiale pour l'environnement et de la sécurité (GMES), JO C 350 du 11 décembre 2001, p. 4.

[739] COM (2005) 565 final, 10 novembre 2005, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « La Surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES) : du concept à la réalité », point 3.1, p. 8.

[740] Document de travail des services de la Commission, 12 novembre 2008, résumé de l'étude d'impact accompagnant la communication « Surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES) : le souci d'une planète plus sûre », SEC(2008)2808, p. 3.

[741] Document de travail des services de la Commission, 12 novembre 2008, Impact assessement, accompagnant la communication « Surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES) : le souci d'une planète plus sûre », SEC(2008)2808, point 1.1, p. 6, texte originel : « *wide range of users such as European and national policy makers, scientists, companies, health and environmental agencies, NGOs and private citizens* ».

il faut assurer la continuité pour fournir les services. C'est à partir de l'infrastructure que sont créés les services. Compte tenu du degré de technicité de la structure, la Commission connaît le type de service et les besoins qu'elle peut satisfaire. L'organisation d'une consultation générale des utilisateurs devenait ainsi superfétatoire.

Ainsi, la Commission a choisi des classes de services avec des documents d'orientation pour chaque service fourni aux les États membres. Ensuite, elle a organisé quelques fora avec des représentants de la société civile en prenant soin d'éviter des contestations trop virulentes. Les remarques ont été consignées et archivées.

La véritable consultation a eu lieu à travers les services nationaux de sécurité civile et leurs groupes de travail à Bruxelles.

La Commission s'est focalisée sur les protections civiles parce qu'elles sont directement rattachées à des autorités politiques de haut niveau : chef de gouvernement ou ministère de l'intérieur. Ces services sont rattachés aux Premiers ministres et ont *de facto* un poids politique conséquent. Vingt-sept protections civiles ont beaucoup plus de poids que des milliers d'utilisateurs.

En outre, il faut passer par ce type de services d'État pour organiser la diffusion de l'information de certains services GMES car par exemple, la Commission n'a aucun intérêt à diffuser sans contrôle des produits tels que des cartes de risque de feu qu'il n'est pas judicieux de diffuser sur Internet. Donc, la consultation est un leurre. Dans la communication GMES de 2008, il est à nouveau fait état d'une consultation. Il y est prévu de créer un forum utilisateur. Ce forum est voué à l'échec avant sa tenue. C'est une sorte d'exutoire où les représentants des lobbies vont se réunir et éventuellement protester. La Commission prendra note et concrètement ne transformera pas les revendications en orientations.

La procédure idéale serait qu'il y ait, au niveau de chaque État membre, un forum utilisateur (publics privés, nationaux, locaux) et que l'État en fasse une synthèse. La Commission devrait ainsi recevoir vingt-sept synthèses nationales y intégrer les besoins propres de l'Union ou de ses services, en tenir compte et les publier pour respecter les principes de transparence.

b La volonté de créer un service public de l'Union européenne

Dans leurs différentes communications et leurs documents de travail des services relatifs à GMES, la Commission et le Conseil donnent diverses qualifications au système GMES :

- « *un tel projet d'intérêt communautaire général*[742] » ;

[742] COM (2005) 565 final, 10 novembre 2005, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « La surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES) : du concept à la réalité », point 3.7.2, p. 13. « Participation of industry to such a project of common European interest remains an open option ».

- « *les principaux avantages de GMES dans les domaines de la politique de l'UE ont été identifiés : […] - la croissance durable (la prestation efficace des services publics)*[743] » ;
- « *GMES est conçu comme un système de systèmes fournissant des services d'intérêt public et son financement devrait être principalement de nature publique. L'intérêt européen commun d'un tel projet est évident.*[744] » ;
- « *Les services GMES devraient en particulier, grâce aux économies d'échelle induites par la disponibilité des services GMES d'intérêt général et des infrastructures d'observation connexes, stimuler le secteur aval pour la fourniture de services d'information à valeur ajoutée à destination des utilisateurs institutionnels et privés.*[745] »

Les expressions « intérêt communautaire général », « *public services* », « service d'intérêt public, intérêt européen commun » et « services GMES d'intérêt général » constituent un faisceau d'indices concordant vers une acceptation des institutions de l'Union que GMES constitue un service public de l'Union construit dans l'intérêt des États membres et des utilisateurs.

Si l'on confronte ces éléments aux critères du service public international que nous avons énoncés (intérêt général des États, des citoyens et continuité), ces deux premiers critères sont remplis par la Surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité constituent des enjeux qui correspondent à un besoin international et dont les services profitent aux citoyens (information sur la qualité de l'air, aide aux services de secours pour les incendies et inondations).

Le dernier critère, la continuité des services, est également un objectif à atteindre pour la Commission : « *À ce jour, les services GMES sont incomplets. Ils ne sont pas encore disponibles en totalité et en permanence à l'échelle mondiale. Leur durabilité n'est pas encore pleinement garantie. Des investissements supplémentaires sont donc nécessaires, y compris dans l'infrastructure spatiale, afin de combler les lacunes des services GMES et d'assurer leur durabilité et fiabilité à long terme.*[746] »

GMES constitue donc bien un service public international créé par l'Union européenne.

---

[743] Impact assessement, *op. cit.* note 43, p. 45. verion originale : « *Major GMES benefits in the following EU policy domains were identified:* […] *sustainable growth (efficient delivery of public services).* »

[744] Communication de la Commission le 12 novembre 2008, COM (2008) 748 final, Surveillance mondiale de l'environnement et de la sécurité (GMES) : le souci d'une planète plus sure, p. 6. en anglais : « *GMES is conceived as a system of systems delivering services of public interest and its financing is expected to be mainly public. The common European interest in such a project is clear.* »

[745] Conclusions du Conseil compétitivité du 2 décembre 2008. p. 3.

[746] COM 2208, *op. cit.*, note n° 46, p. 4.

§ 2 La mise en œuvre des services publics Galileo/GMES

Sur le plan organique, le programme Galileo a été géré tout d'abord par une entreprise commune puis par une agence. La particularité de Galileo était son financement par un contrat de partenariat public-privé. Cette expérimentation fut un échec cuisant pour l'Union qui, après de nombreuses années de négociations infructueuses, a annulé la procédure pour revenir à un système de marché public. Sur le mode organisationnel, GMES a été conçu comme un « anti-Galileo », la Direction Générale entreprise a tout de suite écarté l'idée d'une entreprise commune et estime que GMES doit être un bien public européen.

A Galileo, du partenariat public privé au marché public

L'une des spécificités initiales du programme Galileo était son mode de financement. La Communauté européenne n'avait jusqu'alors jamais eu à se doter d'une infrastructure ni à prester un service autre que des activités traditionnelles d'une administration (production de normes, enquête pour la concurrence, justice, gestion des fonds structurels et agricoles).

Pour financer Galileo, certains États membres, assez réservés sur l'opportunité de créer un système concurrent au GPS qui est offert gratuitement par le département de la défense, et particulièrement le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Allemagne, ont imposé le recours à un contrat de partenariat public-privé conçu sur le modèle du *private finance initiative* britannique. Mais ce contrat n'a pu être mené à son terme.

1 Définitions et intérêt des contrats de partenariat public-privé

Traditionnellement, la commande publique prend deux formes : le marché et la concession. Ces deux types de contrat se distinguent par le critère de la responsabilité.

a Le marché public

Les différents types de marchés (travaux/services/fournitures) sont définis par l'article 1er de la directive 2004/17. Il s'agit d'un contrat conclu à titre onéreux entre un ou des pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service.

Pour schématiser, la procédure se déroule en trois temps : 1) L'entité adjudicatrice publie un appel d'offres. 2) Des entreprises remettent leurs propositions. 3) La personne publique sélectionne la meilleure offre en fonction de divers critères dont le prix, la qualité, le service après vente, le nombre d'emplois créés ou encore un critère écologique pour des matériaux.

b La concession

Le deuxième grand type de contrat est la concession, appelée en droit français « délégation de service public ».

La directive de 2004 donne à nouveau une définition par type de contrat (travaux/service). La « *concession de (travaux/service) est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché (travaux/service) à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou service consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.* »

c Distinction marché/concession

Le marché se caractérise par le paiement d'un prix par l'entité publique à l'entreprise. Dans le cadre de la concession, l'entreprise exploite l'ouvrage et se fait payer par les usagers de l'ouvrage ou du service. L'exemple de l'autoroute ou du pont à péage caractérise le système de la concession.

En réalité, le véritable critère de distinction a dû être établi par la Cour de justice des Communautés puisque certains contrats incluaient le paiement d'un prix et l'exploitation du service. Le droit applicable au marché et à la concession était quelque peu différent, puisque les concessions de services publics étaient exclues du champ d'application de la directive Marchés publics 92/50[747]. La qualification du contrat devait donc être précisée par le juge.

Deux arrêts de la CJCE distinguent le marché de la concession, tout d'abord par le critère d'origine du financement CJCE *Telaustriaverlags* du 7 décembre 2000[748], puis par le critère de la responsabilité dans la jurisprudence Parking Brixen du 13 octobre 2005[749].

Le point n° 40 de l'arrêt Parking Brixen énonce : « *en revanche, la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics.* »

Le critère de distinction est donc la charge du risque. Si l'entreprise supporte un risque même minime, le contrat devra être qualifié de concession.

2 L'échec du contrat de partenariat dans le programme Galileo

L'échec et l'annulation du processus de partenariat public-privé est dû à bon nombre d'éléments clefs qui ont voué, *ab initio*, le processus de négociation à l'échec. La qualification

[747] Voir ordonnance de la Cour du 30 mai 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, recueil p. I-4685, point 28.
[748] CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria verlags GmbH, C 324/98, recueil 2000–I, p. 10745.
[749] CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff C 458/03, recueil 2005-I, p. 8612.

juridique du contrat, les égoïsmes nationaux, la gouvernance publique et privée sont autant d'éléments qui ont rendu impossible la conclusion d'un accord. La Commission européenne a publié en 2007 un document des services[750] dont les soixante pages détaillent l'avancée des négociations, les insuffisances publiques et privées et les scenarii possibles. Bon nombre de ses interprétations se recoupent avec les points clefs que nous avons choisis.

a Une qualification juridique hasardeuse

L'avis initial du contrat de partenariat public-privé publié par l'entreprise commune Galileo se nomme « avis de concession[751] ».

Le premier élément de complexité de cet avis est la répartition des tâches entre l'entreprise commune et l'autorité européenne de surveillance. Le pouvoir adjudicateur était une agence : l'autorité de surveillance, créée en 2004[752]. L'avis de concession a donc comme pouvoir adjudicateur une autorité administrative qui n'avait pas encore été créée le jour de la publication de l'avis de concession. Dans ce contrat et sa mise en œuvre, « *le politique tient le juridique en l'état*.[753] »

L'entreprise commune était chargée de négocier le contrat car le règlement de 2002 lui attribuait le lancement et la gestion de la procédure relative au choix du co-contractant privé.

L'objet du contrat tel que défini dans l'avis était : « La concession des phases de déploiement et d'exploitation. »

Les critères de sélection étaient :

- le montant des financements publics demandés et le modèle commercial,
- la qualité de l'offre au regard des impératifs de mise en place et de gestion des infrastructures spatiales et terrestres nécessaires au fonctionnement du système Galileo en conformité avec les exigences de services publics imposées notamment en terme de services et de sécurité.

Bien curieusement, il n'est jamais question de Partenariat public privé (PPP) mais de concession. Cet état de fait est principalement dû au droit financier applicable à l'Union qui ne prévoit pas de recours au PPP mais uniquement aux marchés publics. Dans le cas de cet avis de concession, il paraît difficile de faire appliquer les dérogations dont bénéficient les agences et entreprises communes pour le droit de marchés publics. En effet, le règlement

[750] Commission staff working document accompanying document to the communication « Galileo at a crossroad : the implementation of the European GNSS programmes ». SEC 2007, 624.
[751] 2003/S200-179789, JOCE, 17 octobre 2003.
[752] Règlement 1321/2004 du 12 juillet 2004. JO L 246 du 12 juillet 2004.
[753] Jean David Dreyfus, Aurélien Desingly, « Le programme Galileo, laboratoire du partenariat public-privé communautaire », Europe, avril 2006, p. 5.

financier de l'agence a été adopté en novembre 2005, soit deux ans après la publication de l'avis, et ne prévoit que l'application du règlement financier de 2002.

Ce contrat semble donc être une concession. Si l'on applique le critère de la responsabilité, de la prise en charge du risque, le contrat est il un marché ou une concession ?

Dans le projet de contrat, le concessionnaire était payé par la partie publique et par l'exploitation de la constellation. Ce modèle de concession a été par la suite accepté par la directive marché de 2004.

Le concessionnaire supporte-il un risque ? Une réponse positive s'impose *a priori* puisqu'il y avait une importante incertitude sur la commercialisation des services dont les études préparatoires menées avant l'appel d'offres avaient amplifié, de manière conséquente, les anticipations de revenus. Par exemple, comme l'a démontré M. Bradford lee Smith[754], les revenus tirés de la propriété intellectuelle ne sont pas assurés. Selon cet auteur, l'anticipation de ressources issues des puces situées dans les récepteurs est très optimiste car bon nombre de brevets liés aux récepteurs de radionavigation par satellite ont déjà été déposés par des entreprises et des particuliers. L'Union doit prouver le caractère innovant de ses récepteurs pour espérer en tirer une source de revenus. Le risque principal au cours de la phase de déploiement était pour le concessionnaire de trouver un financement de 2,7 milliards d'euros.

Au cours de la phase d'exploitation, le risque était nul puisque la partie publique s'était engagée à compenser les pertes jusqu'à ce que l'exploitation soit bénéficiaire.

Ainsi le contrat semblait mixte : un PPP pour la phase de lancement et construction et un marché public pour la phase d'exploitation.

En mai 2007, la Commission européenne a annulé cette procédure après deux années d'enlisement des négociations. La Commission a choisi d'adopter un système plus simple de marchés publics. Six lots furent établis et le projet est financé grâce aux marges du budget de la politique agricole commune jusqu'en 2013 soit à la fin des perspectives financières. Il est déjà officieusement acquis que le programme ne sera pas pleinement opérationnel avant 2015 et que le budget de 3,5 milliards sera dépassé et devra donc être supporté par les perspectives 2014-2020.

b Gouvernances publique et privée, moteurs de l'échec

Les deux parties au contrat ont commis des erreurs dans les négociations qui ont conduit à l'échec des pourparlers. La partie publique était sans expérience dans la négociation de ce type de contrat avec une industrie oligopolistique.

[754] Bradford Lee Smith, « A brief overview of intellectual property issues for the Galileo Project, « Past Present and Future », *in Galileo la navigation européenne par satellite, questions juridiques et politiques au temps de la concession*, DESINGLY Aurélien, p. 143 à 160.

α **La gouvernance publique**

La gestion de ce contrat a connu deux erreurs stratégiques importantes qui ont conduit l'Union vers l'échec. La première sur la constellation Galileo, la seconde dans la conduite des négociations.

Habituellement, lorsqu'un pouvoir adjudicateur commande la réalisation d'un ouvrage, il demande une remise d'offres portant sur l'ensemble du projet. Par exemple, dans un appel à projet pour la construction d'une prison, la partie publique établit le programme fonctionnel détaillé (cahier des charges détaillé). Pour le reste, c'est-à-dire les plans, les matériaux, c'est la société de construction qui fait sa conception et la propose dans son projet.

Pour Galileo, la situation fut dès le départ compliquée par la partie publique : l'Agence spatiale européenne et le CNES ont, lors de la phase d'élaboration, créé et mis en œuvre les plans de deux satellites et invité les industries à se conformer aux « designs » retenus pour l'ensemble de la constellation. Cette implication du pouvoir adjudicateur dans la technique a faussé le jeu de la concurrence puisque les industries étaient liées par les projets techniques publics. Il eut été beaucoup plus simple de fournir un cahier des charges souhaité et de laisser les entreprises décider de la conception des satellites.

Dans le cadre du projet SESAR, l'erreur n'est pas renouvelée puisque l'entreprise commune fait entrer en son sein des membres privés pour élaborer avec eux un standard pour les normes techniques futures du transport aérien.

L'autre erreur majeure des pouvoirs publics européens fut l'acceptation de la fusion des deux derniers consortia[755] candidats à l'obtention du projet. Les deux offres n'ont pu être départagées par les négociateurs publics. Les entreprises ont donc proposé de fusionner leurs offres, ce que l'Union accepta sous condition de baisse du prix, respect de la concurrence et amélioration de la qualité de l'offre par rapport aux offres individuelles[756]. Jamais l'entreprise commune Galileo (GJU) et la Commission n'auraient dû accepter cette fusion soutenue par les États membres soucieux d'assurer une part du marché à leurs industries respectives.

La GJU aurait dû proposer une répartition 60/40 pour satisfaire l'ensemble des protagonistes.

Le troisième élément perturbateur des négociations et du surcoût du programme est la persistance des égoïsmes nationaux dans la gestion du programme. Tout d'abord au sein de l'Agence spatiale européenne : deux États prétendaient au *leadership* du programme, l'Allemagne et l'Italie. Elles souhaitaient contribuer au programme à une hauteur légèrement

[755] Deux consortia, iNavSat (EADS, Thales, Immarsat) et Eurely (Alcatel, Finmeccanica, Aena, Hispasat).
[756] Commission staff working document, sec 2007 624, p. 10-11.

supérieure à celle de leur partenaire et ainsi bénéficier de substantielles retombées pour leur économie nationale. Longtemps, ces deux États ont bloqué toute avancée au sein de l'Agence spatiale européenne. Le 12 décembre 2002, les membres de l'ESA ont trouvé un compromis : il y aura quatre leaders (l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie[757]) finançant le programme à hauteur de 17,5 % chacune[758]. Ce compromis échoua fin décembre 2002 pour être finalement adopté, après d'âpres négociations, le 28 mars 2003. Cet accord laissa penser à un déblocage de la situation, mais c'était méconnaître les turpitudes européennes. En effet, l'Espagne et la Belgique ont souhaité, à leur tour, augmenter leur part de financement dans le programme Galileo[759]. Le programme Galileo fut dans une situation pour le moins unique en son genre : son exécution fut retardée car les fonds disponibles étaient trop importants.

Ces différents orgueils nuisent aux financements de l'Union. Par exemple, trois centres de contrôle vont être installés en europe (en Allemagne, en France et en Espagne) alors qu'un seul suffirait sur le plan technique. Il s'agit de compromis politiques pour parvenir à l'avancement du programme.

β **La gouvernance privée : une situation d'abus de position dominante**

L'industrie spatiale européenne est oligopolistique. Il n'y a que deux grands constructeurs de satellites : Astrium, filiale d'EADS, et Thales-Alenia-Space, rachetée par Thales à Alcatel-Lucent. Ces entreprises sont transnationales : Astrium est franco-allemand et Thales-Alenia franco-italienne. Le troisième acteur, allemand, est de plus petite taille : OHB

La fusion des offres des deux consortia a créé une situation, non pas de monopole mais de cartel, d'abus de position dominante. L'Union européenne ne pouvait créer une concurrence mondiale avec des entreprises américaines pour la fabrication des satellites, le but de Galileo étant d'acquérir une indépendance dans la navigation par satellite. L'unanimité des huit était requise pour la moindre décision. Elles ont refusé de se constituer en société avec un président doté d'un mandat de négociation. Il y avait bien un coordinateur des positions au sein du consortium, mais sans réel pouvoir de décision. La composition elle-même du consortium fusionné vouait le contrat à l'échec. Dirigé par les fabricants de satellites (Astrium/Alcatel), aucun de ces deux acteurs n'était habitué au système de gestion sur longue durée incluant financement et exploitation commerciale. Certes, Paradigm, filiale d'Astrium, réalise de

[757] La France sera leader pour les stations au sol, l'Allemagne pour le segment spatial, l'Italie pour le montage et la Grande-Bretagne pour le système d'antenne.

[758] L'Allemagne et l'Italie souhaitaient initialement apporter 25 % des fonds.

[759] L'Espagne souhaite passer de 7,5 à 10 %. Dans ce cas, la Belgique souhaiterait voir sa participation passer de 4,5 à 5,5 %.

véritables contrats de PPP[760] pour les satellites de l'armée britannique, mais on se trouve dans un cas différent d'une gestion civile avec des utilisateurs, des clients et des services multiples. Le bénéfice à long terme et les services n'étaient pas dans l'optique des manufacturiers qui privilégient le temps court et le retour rapide sur investissement. Dans sa thèse, M. Crapard affirme également que « *le consortium n'a pas su gérer le temps long.*[761] »

Tentons une comparaison imagée dans un tout autre secteur : imaginons que la Commission ait besoin d'externaliser un service de restauration pour son personnel avec la construction d'une cuisine, l'emploi de salariés pour préparer et servir des plats. Le consortium est, pour comparer avec Galileo, principalement constitué de fabricants d'ustensiles de cuisine sans réelles connaissances sur la préparation des menus ni savoir-faire culinaire.

Enfin, ces industries ont réfléchi en termes de retour industriel, tel que prévu dans le système de l'Agence spatiale européenne dans lequel chaque État reçoit des commandes pour son industrie, équivalente à son investissement.

3 Le retour à un système de marchés publics

Le Conseil des transports des 29 et 30 novembre 2007 a voté contre l'avis de l'Espagne[762] les grandes lignes directrices de la gestion actuelle du programme Galileo. Veillant cette fois de manière scrupuleuse à éviter de sombrer dans des négociations hasardeuses, le Conseil a même précisé avec une certaine véhémence le détail de la procédure que la Commission devait mettre en œuvre pour les appels d'offres. Ces appels d'offres concernent la phase de construction et de lancement. Le processus pour l'exploitation commerciale n'est toujours pas déterminé, il sera vraisemblablement confié sur le mode de l'affermage à une société privée.

Les points qui éclairent le mieux la pensée du Conseil[763] sont les suivants :

« […] *EST D'ACCORD en particulier pour estimer que les principes ci-après devraient être appliqués lors de la phase de déploiement dans le cadre de* ***la passation de marchés publics***[764] *:*[…] *;CONFIRME l'application des principes essentiels suivants à la passation de marché :*

- ***introduction d'une concurrence saine et vigoureuse dans le programme****, afin d'obtenir un*

[760] Voir la présentation de Yann Aubin, « La concession des satellites de télécommunications du ministère de la Défense britannique à un opérateur privé : présentation générale du projet Paradigm et des principales questions juridiques », *in Mélanges Simone Courteix*, Paris, Pédone, mai 2007, p. 255 à 267.

[761] CRAPARD Laurent, « De l'intérêt de PPP pour le financement des projets spatiaux européens, l'exemple de Galileo », thèse, Paris XI, 2007, p. 244.

[762] Un vote effectif à la majorité qualifiée est chose extraordinaire. Ce vote fut vécu comme une humiliation par l'Espagne insatisfaite de n'avoir qu'une de station de contrôle sur son sol réservée au signal sol et non une station aux possibilités plus vastes comme celles de l'Allemagne et de l'Italie , mais la survie du programme phare de l'Union était à ce prix.

[763] Conclusions du Conseil transports, télécommunications, énergie des 29 et 30 novembre 2007, document Conseil n° 15891/07.

[764] Point 7.

bon rapport coût/efficacité, d'améliorer l'efficacité, de réduire les dépendances et surtout de maîtriser les coûts et d'atténuer les risques[765] *;*

- une concurrence ouverte et équitable tout au long de la chaîne d'approvisionnement donnant aux différentes branches d'activité l'occasion d'une participation équilibrée à tous les niveaux, y compris en particulier les PME, dans tous les États membres[766] *;*

- reconnaissance de l'existence d'un nombre limité de fournisseurs principaux dans le secteur de l'espace et ***nécessité d'éviter les éventuels abus de position dominante et la dépendance prolongée à l'égard d'un seul fournisseur***[767] *;* […]

CONFIRME l'application des règles communautaires de passation de marchés publics et des principes suivants aux marchés publics concernant la capacité opérationnelle de Galileo :

- ***scission des marchés publics concernant l'infrastructure en six lots principaux relatifs à des travaux****, ainsi qu'un certain nombre de lots supplémentaires relatifs à des travaux, au moyen d'une répartition globale des marchés ; ceci ne devrait pas exclure la possibilité de passer simultanément plusieurs éléments de marché pour chaque lot relatif à des travaux, y compris les satellites*[768] *;*

- tous les lots relatifs à des travaux pour la capacité opérationnelle de Galileo devraient être ouverts à ***une concurrence maximale****,* ***conformément aux principes de passation des marchés de l'UE****, et les marchés publics relatifs aux programmes spatiaux devraient être plus largement ouverts aux nouvelles sociétés et aux PME, tout en assurant l'excellence technologique et un bon rapport coût/efficacité ;*

- adjudication concurrentielle de tous les lots par une procédure unique*, dans laquelle toute entité juridique indépendante ou faisant partie d'un groupe peut faire une offre pour être* ***contractant principal pour deux des six principaux*** *lots relatifs à des travaux au maximum.* »

Ces principes de concurrence maximale sous-entendent, et c'est une première pour le secteur spatial européen, une application de l'accord multilatéral du GATT sur les marchés publics adopté en 1994[769]. Une première car pour le moment les marchés spatiaux européens sont du ressort de l'Agence spatiale qui n'est pas soumise aux règles de l'OMC. L'application des règles OMC signifie pour Galileo que les treize États[770] qui appliquent cet accord peuvent remettre des offres sauf si leurs marchés respectifs contiennent des barrières pour les mêmes types d'appels d'offres. Par exemple, les appels d'offres pour les entités publiques

[765] Point 10 a.
[766] Point 10 b.
[767] Point 10 c.
[768] Point 11 a.
[769] Accord plurilatéral sur les marchés publics, http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_01_f.htm.
[770] Les États-Unis, le Canada, Hong-Kong, la Chine, le Japon, la Corée du Sud, la Suisse, Singapour, l'Islande, Israël, la Norvège, le Liechstenstein et Aruba + le Chili et le Mexique qui ont des accords de libre échange bilatéraux avec l'Union européenne.

américaines restreignent la concurrence dans le domaine des lanceurs. Par conséquent, en appliquant le principe de réciprocité, la Communauté peut interdire à Delta, le lanceur de Boeing, de participer.

La Commission a publié des appels d'offres le 2 juillet 2008 suivant les indications du Conseil. En septembre, une première liste de candidats a été retenue pour chaque lot :

- lot 1 : « Système d'appui en ingénierie système » : filiale italienne de Thales-Alenia Space, filiale néerlandaise de Logica ;
- lot 2 : « Système de mission au sol » : filiale française de Thales-Alenia Space, filiale britannique de Logica ;
- lot 3 : « Système de contrôle au sol » : filiale britannique d'Astrium (groupe EADS), groupement G-Nav représenté par Lockheed Martin ;
- lot 4 : « Gestion des opérations » : groupement Nav-up représenté par Inmarsat, consortium entre l'allemand DLR et l'italien Telespazio ;
- lot 5 : « Construction des satellites » : filiale allemande d'Astrium (groupe EADS), l'allemand OHB System ;
- lot 6 : « Services de lancement » : Arianespace.

Cette situation dans laquelle l'acquéreur public d'un système de haute technologie ayant une dimension régalienne est juridiquement tenu d'organiser une concurrence maximale, constitue un cas unique dans le monde car les autres acteurs mondiaux du spatial sont des États qui possèdent une agence spatiale nationale comme les États-Unis et la Nasa pour ne prendre que l'exemple le plus connu.

L'ESA, en tant qu'organisation internationale, s'est toujours tenue à l'écart de toute règle internationale et des mises en concurrence ouvertes. Au niveau national, les activités spatiales militaires sont également exclues du champ d'application de la directive marché public 2004/18[771]. L'article 10 de la directive relatif aux marchés de défense renvoie à l'article 296 b du Traité de la Communauté : il permet aux États membres de restreindre la concurrence pour des produits à des fins spécifiquement militaires. En France, l'achat de satellites, de stations au sol, de lanceurs, est inclus dans la catégorie des matériels assimilés à des matériels de guerre au sens du décret n° 95-589 du 6 mai 1995. En ce qui concerne les activités spatiales civiles françaises, le champ d'application de la directive marchés publics 2004/18[772] n'inclut pas les organismes publics à vocation commerciale. Le CNES a été qualifié d'établissement public industriel et commercial dans son décret constitutif de 1961[773], par conséquent il échappe également au code des marchés publics. Depuis 2005, l'Agence spatiale française a

[771] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30 avril 2004, p. 114 à 240.

[772] Article 1, point 9a : « Par "organisme de droit public", on entend tout organisme : a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. »

[773] Loi n° 61-1382 du 19 décembre 1961 portant création du Centre national d'études spatiales, art. 1er : « Il est institué, sous le nom de Centre national d'études spatiales, un établissement public scientifique et technique, de caractère industriel et commercial, doté de l'autonomie financière et placé sous l'autorité du Premier ministre. »

choisi d'appliquer les procédures de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés entre certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics[774]. En outre, l'article 16 de la directive 2004/18 relatif aux exclusions prévoit dans son point F : « *La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services* […] *: concernant des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.*[775] » C'est sur cette base que bon nombre de contrats entre l'industrie et les entités publiques dérogent au droit des marchés publics car ces contrats incluent des éléments de recherche et développement.

B GMES : bien public européen

La notion de bien public européen a été introduite par le conseil en 2008 ; les objectifs de ce concept et son régime juridique doivent être précisés.

1 Le bien public dans les résolutions du Conseil liées à GMES

La présidence française de l'Union a introduit par petites touches le concept de bien public européen pour qualifier GMES. Adoptée une première fois lors du Conseil espace informel de Kourou de juillet 2008, ce concept est consacré dans la résolution du Conseil espace formel du 28 septembre 2008 :

« […] *souligne que de nombreux services d'informations GMES ont la nature d'un bien public européen et doivent être fournis conformément au principe d'un accès libre et sans restriction, pour autant que certaines contraintes, telle que la sécurité, soient prises en compte.*[776] »

Les conclusions du Conseil compétitivité du 2 décembre 2008 donnent quelques éléments sur ce qu'il faut entendre par bien public : « *tous les services GMES devraient répondre aux normes de qualité et de fiabilité requises par leurs utilisateurs.* […] *Les services GMES devraient être considérés comme un bien public, et les informations qu'ils fournissent devraient être librement accessibles à tous les utilisateurs, sauf dans le cas de restrictions, principalement pour raisons de sécurité ou de respect des règles nationales et communautaires.* […] *Les services GMES devraient en particulier, grâce aux économies*

774 L'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés entre certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JO, 7 juin 2005, p. 10014.

775 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

776 Résolution du Conseil compétitivité dans sa formation « espace » du 26 septembre 2008, p. 26. http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/intm/103074.pdf.

d'échelle induites par la disponibilité des services GMES d'intérêt général et des infrastructures d'observation connexes, stimuler le secteur aval pour la fourniture de services d'information à valeur ajoutée à destination des utilisateurs institutionnels et privés[777]; […] *définir, en conformité avec les lignes directrices de Kourou qui reconnaissent la nature de bien public des services GMES et le principe de libre accès à leurs informations, une politique détaillée d'accès et de diffusion pour les services et données GMES.*[778] »

L'expression « *bien public européen* » ne doit pas être considérée comme une reformulation ou une référence au bien public mondial[779]. Elle n'a pas non plus de lien avec la philosophie thomiste. Il s'agit dans la mise en œuvre de GMES d'éviter le recours à un financement des capteurs ou des satellites sous forme de PPP, comme ce fut le cas dans le programme Galileo.

« Bien public européen » est une formulation « leurre » qui signifie que l'infrastructure GMES sera la propriété de l'Union européenne. Leurre parce que l'expression « bien public européen » laisse supposer que le Conseil a créé une catégorie supplémentaire de services protégés à côté des SIG, SIEG et SSIG. Il n'en est rien. GMES constitue un service d'intérêt général.

2 Régimes d'utilisation du bien public

En ce qui concerne GMES, l'Union a une conception un peu particulière des conséquences liées à la propriété d'une infrastructure publique. Le Conseil considère que l'infrastructure est payée par les contribuables européens et que, par conséquent, les données brutes liées et à l'infrastructure publique et issues de celle-ci doivent être fournies gratuitement.

Cela est très différent de ce qui peut exister en Europe continentale. Par exemple, les satellites de météorologie sont publics, mais l'accès aux informations de météo sont payantes, que ce soit pour les services nationaux de météo ou les chaînes de télévision.

Pour GMES, les produits et infrastructures générés par les services, donc après le passage par une chaîne de valeur ajoutée, sont, d'une part, libres d'accès (à l'exception des informations liées à la sécurité), et, d'autre part, gratuites. La gratuité permet à de nombreuses entreprises de concevoir des logiciels pour imaginer des services avals innovants utilisant les données. Ces services, quant à eux, seront commercialisés et permettront de créer des activités économiques liées aux technologies sur le continent européen.

Ces trois programmes de l'Union sont les symboles de la politique spatiale européenne. L'Union considère Galileo et GMES comme des services publics qu'elle offre dans le monde

[777] Conseil compétitivité du 2 décembre 2008, p. 3.
[778] Conseil compétitivité du 2 décembre 2008, p. 5.
[779] Voir le paragraphe « Bien public mondial », partie I, titre I, chapitre 2, p. 52

entier et qui participent à des initiatives internationales de navigation et d'observation de la Terre. Ces activités nous apparaissent être des services publics internationaux. La politique spatiale de l'Union européenne est organisée de manière assez complexe car l'Union européenne ne dispose pas de compétences dans le domaine spatial.

Section 2 Une politique spatiale sans compétence

L'ambition d'une politique spatiale menée par les Communautés européennes est ancienne. Depuis 1975, l'essentiel de la politique spatiale européenne est décidée dans une organisation internationale régionale : l'Agence spatiale européenne, dotée de compétences techniques unanimement reconnues mais dénuée d'influence politique sur la scène internationale.

En 1981, le Parlement européen a posé dans une résolution les trois points clefs qui résument toujours la situation actuelle dans laquelle l'espace reste soustrait à la méthode communautaire.

« *Le Parlement invite fermement le Conseil à débattre dans le meilleur délai de ces problèmes en réunissant une conférence spatiale européenne à un niveau ministériel, et faire appel tant à l'Agence spatiale européenne qu'aux centres de recherche des États membres pour établir et entreprendre des projets en rapport avec ces ambitions et à examiner, en outre, dans quelle mesure la réalisation de ces projets peut être encouragée par le développement d'une politique spatiale européenne ;*

Souligne la nécessité de promouvoir l'évolution du rôle de l'Agence spatiale européenne en tant qu'instrument de coopération en matière de politique spatiale et en tant qu'organe technique chargé de la recherche et du développement des programmes scientifiques et d'application précédent leurs phase commerciale ; […]

Invite la Commission à faire des propositions […] *pour que tous les instruments financiers nécessaires soient mis au service des projets spatiaux de l'Europe.*[780] »

Sur ces trois points adoptés en 1981, le premier est devenu réalité en deux temps, tout d'abord en 2004 avec un accord-cadre Communauté européenne-ESA, puis, en 2007, avec le point de départ d'une politique spatiale de l'Union. Quant aux deux derniers points, l'ESA agence technique de l'Union est toujours en débat et les instruments financiers adaptés au temps long du spatial sont toujours revendiqués en 2008 par le Conseil espace et le Parlement européen[781].

---

[780] Résolution du Parlement européen du 18 septembre 1981, points 5, 6 et 8, JO C 260 du 12 octobre 1981, p. 103-104.

[781] Résolution du parlement européen du 20 novembre 2008, point O : « *considérant que le prochain cadre financier devrait prendre en considération des instruments et mécanismes de financement de l'Union adaptés pour permettre des investissements communautaires à long terme en faveur d'activités de recherche spatiale* », P6_TA-PROV(2008)0564 ;

La gouvernance spatiale européenne reste toujours expérimentale (SS1) mais le Traité de Lisbonne pourrait faire véritablement entrer l'espace dans la méthode communautaire et faire évoluer la répartition des compétences spatiales en Europe (SS2).

Sous-section 1 Une gouvernance expérimentale

Le rapprochement des objectifs de l'Union et de l'Agence a véritablement débuté en juin 1998 à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la conférence spatiale européenne de 1973. Le Conseil de la Communauté et le Conseil de l'ESA ont adopté une même résolution sur le renforcement de la synergie entre l'ESA et la Communauté européenne dans laquelle ils invitent la Commission à étudier des définitions communes de besoin et à promouvoir des synergies pour éviter les « doubles emplois inutiles[782] ».

Deux autres éléments concomitants ont également rapproché les deux organisations : d'une part, l'élaboration de deux programmes communs : Galileo dès 1994 mais surtout après 1999, et GMES dès 1998, d'autre part la stratégie de Lisbonne sur l'économie de la connaissance.

En 2000, sur proposition de la Commission, le Conseil a demandé la création d'une « *task force* » commune ESA/UE qui sera notamment chargée d'élaborer l'accord-cadre, finalement signé le 23 novembre 2003 et approuvé le 26 avril 2004 par le Conseil[783].

§ 1 L'accord UE-ESA

L'expression « accord UE-ESA » est la plus souvent utilisée même si, juridiquement, l'Union n'a pas de personnalité juridique. Les parties sont bien les Communautés européennes et l'ESA. Nous présenterons successivement la lettre de l'accord (A) puis la pratique institutionnelle (B).

A La lettre de l'accord

Outre des articles sur le fonctionnement général, l'accord créée des organes de fonctionnement pour élaborer une politique spatiale commune.

1 Objet, formation et litige

L'accord UE-ESA vise « *la définition harmonieuse et progressive d'une politique européenne*

---

résolution du V^e^ Conseil espace 29 septembre 2008 : « *constate qu'il convient de s'employer à élaborer des instruments et mécanismes de financement de l'UE adaptés, en tenant compte des spécificités du secteur spatial* », document Conseil n° 13569/08.

[782] Résolution du Conseil du 22 juin 1998 sur le renforcement de la synergie entre l'Agence spatiale européenne et la Communauté européenne, JO C 224 du 17 juillet 1998, p. 224.

[783] Conseil du 26 avril 2004, décision du Conseil relative à la « conclusion de l'accord-cadre entre la Communauté européenne et l'Agence spatiale européenne », document Conseil n° 8755/04.

globale de l'espace[784] ». Il s'agit de définir en commun les principales orientations de la politique spatiale des deux organisations.

Cet accord est conclu pour une durée de quatre années renouvelables par tacite reconduction. L'accord prend fin douze mois après qu'une des parties a notifié à l'autre son intention de se retirer.

Les éventuels différends entre l'ESA et l'Union dans l'application de l'accord sont réglés par le secrétariat conjoint et par voie d'arbitrage. Chaque partie nomme un arbitre, les arbitres nommés choisissent un troisième arbitre. La sentence est définitive et lie les parties.

2 Organes de décision et de préparation

Les décisions sont adoptées dans un Conseil ministériel commun nommé « Conseil espace » par l'article 8 de l'accord. Celui-ci énonce :

« *La coordination et la facilitation des activités de coopération dans le cadre du présent accord sont assurées par des réunions régulières conjointes du Conseil de l'Union européenne et du Conseil de l'ASE au niveau ministériel ("Conseil espace").*

2. Les objectifs des réunions conjointes sont, entre autres, les suivants :

a) donner des orientations en vue de l'accomplissement des objectifs du présent accord et déterminer les mesures requises ;

b) faire des recommandations concernant notamment les éléments principaux des accords spécifiques ;

c) conseiller les parties sur les moyens de renforcer la coopération dans le respect des principes énoncés dans le présent accord ;

d) vérifier que l'accord est appliqué efficacement. »

La coopération entre les parties est assurée de manière permanente par un secrétariat conjoint composé de fonctionnaires de la Commission et de l'ESA. Cet organe est notamment chargé de consolider les différentes positions des États membres pour élaborer les résolutions du Conseil espace.

Cet accord, signé en 2004 pour quatre années renouvelables, avait été conçu de manière transitoire. L'échéance de la première période devait concorder avec l'entrée en vigueur de la constitution européenne. Le 28 mai 2008, l'accord a été prolongé pour quatre années[785].

[784] Article 1, premier alinéa de l'accord.

[785] COM (2008) 561 final, document de travail de la Commission, rapport sur l'état d'avancement de la politique spatiale européenne, p. 11. La version française est erronée : il est indiqué une prolongation de cinq ans au lieu de quatre.

B La pratique institutionnelle de l'accord Communauté-ESA

De l'aveu même de la Commission européenne, « *les approches différentes, les procédures juridiques distinctes et les compositions divergentes au niveau des membres de l'UE et de l'ESA peuvent conduire à des processus décisionnels peu pratiques.*[786] » Ce fut particulièrement le cas lors des premières années des programmes Galileo et GMES. L'accord de 2004 a quelque peu rationalisé les relations UE/ESA, mais le système demeure imparfait.

1 La préparation des Conseils espace, le High level space policy group

Pour préparer les réunions des Conseils espace, les deux organisations internationales ont créé un groupe de travail informel nommé Groupe de haut niveau espace (High level space policy group). Ce groupe est composé des représentants de 29 États membres de l'Union et de l'ESA (27 membres de l'Union européenne + Confédération suisse et Norvège, membres de l'ESA).

Ce groupe de travail est coprésidé par le directeur général de l'Agence spatiale européenne et le directeur général de la Direction entreprise et industrie de la Commission européenne. Il se réunit environ six fois par an à Bruxelles ou à Paris (siège de l'ESA).

Les représentants des États sont issus des administrations nationales et sont davantage accoutumés aux enceintes internationales comme le COPUOS[787] ou l'ESA qu'à la méthode communautaire.

Les décisions sont établies par consensus des membres présents.

Le texte proposé est élaboré dans un comité nommé « quadrige » comprenant les deux exécutifs et les deux présidences : la Commission européenne, les services de l'ESA et les États présidents de l'Union et l'ESA. Ce travail préparatoire est pour le moins surprenant du point de vue de la répartition des pouvoirs car il associe la Commission européenne à la rédaction d'une résolution du Conseil, ce qui n'est bien évidemment pas la procédure prévue dans les Traités communautaires.

Une fois le texte soumis aux représentants des États, chacun propose des modifications. Le texte étant adopté à l'unanimité, chaque opposition entre États édulcore le contenu de tel ou tel paragraphe du projet de résolution du prochain Conseil espace.

Une fois le consensus dégagé sur le contenu, le texte n'a toujours pas la moindre valeur juridique puisque le groupe de travail est informel.

Le texte est alors introduit officiellement, au sein du Conseil de l'Union, dans le groupe de travail recherche qui reçoit pour consigne de la présidence tournante d'éviter de modifier la version du HSPG. La consigne est d'autant plus aisément suivie que sur les conseillers du

[786] COM 2007 212 final du 26 avril 2007, « politique spatiale européenne », p. 13.

[787] Committee of peaceful use of space. Voir Gérard BRACHET, Rôles et acte du COPUOS, annuaire français de relations internationales, tome IX, 2008.

groupe recherche des 27 États membres, moins de dix participent ou assistent aux négociations spatiales informelles dans le HSPG - les autres conseillers qui ne sont pas chargés des affaires spatiales (qui, une nouvelle fois, n'existent pas dans les Traités), découvrent le texte quelques jours avant son adoption – et que lors du processus parallèle au sein de l'ESA, toute modification du texte remettrait en cause le processus dans l'UE et inversement.

Une fois que le groupe « recherche » a adopté le texte, celui-ci est abordé au sein du Comité des Représentants Permanents1 (COREPER 1). Les Représentants Permanents adjoints des États sont également invités à ne pas toucher au texte. La résolution est adoubée par le Conseil espace coprésidé par les ministres assurant la présidence de l'Union et de l'ESA. Enfin, la formation recherche du conseil compétitivité endosse formellement le texte pour l'Union.

2 Les insuffisances du système

Ce mode d'adoption des décisions présente plusieurs difficultés majeures. En premier lieu, il échappe totalement au système communautaire de négociation et de vote à la majorité qualifiée[788]. La politique spatiale est adoptée par le Conseil compétitivité recherche. Cette politique recherche est votée à la majorité qualifiée depuis l'adoption du Traité de Nice. Dans le cas de l'espace, le texte est élaboré à l'unanimité sur un mode informel alors qu'ensuite, il est approuvé réellement par un groupe de travail dont le fonctionnement est à la majorité qualifiée. Cela signifie que tout État peut opposer son veto à certains points alors qu'en groupe de travail formel les objections, si elles sont isolées, seraient rejetées.

Ensuite, au Coreper, l'espace ne peut être « négocié » comme les autres politiques de l'Union. Le Coreper est une instance politique qui négocie des accords entre les États sur toutes les politiques de l'Union. Ainsi des alliances se nouent et se défont sur certains groupes de textes. Pour prendre un exemple fictif : un État A peut soutenir un texte sur les quotas de pêche au thon rouge qu'il trouve un peu excessifs si, en échange, l'État B bénéficiant du quota de pêche donne son accord pour aider les producteurs de lait de l'État A qui sont en difficulté.

En matière spatiale, on échappe à ce processus de négociation interétatique et inter-domaines, ce qui a pour effet de figer les positions entre États.

Le grand absent de ce système est le Parlement européen qui est soigneusement tenu à l'écart par l'accord UE-ESA et par les États membres alors qu'il est tout de même l'autorité

[788] Le vote à la majorité n'est pratiquement jamais appliqué. Il reste cependant un moyen de pression des États si l'un d'entre eux est déraisonnable au cours d'une négociation.

budgétaire de l'Union. Le représentant des citoyens des États membres ne peut donc même pas formuler un avis consultatif.

§ 2 La naissance d'une politique spatiale de l'Union européenne

La politique spatiale de l'Union européenne permet à l'Union de déterminer ses besoins et de mettre en œuvre les infrastructures pour les satisfaire. L'espace constitue un vecteur de service public. Peu à peu, l'ensemble des institutions de l'Union commence à percevoir l'intérêt de ce nouveau champ de compétence.

A La politique spatiale, vecteur de services publics de l'Union européenne

Façonnée par les cinq réunions du Conseil espace qui se sont tenues depuis 2004, la politique spatiale européenne fut officialisée en mai 2007 par la résolution du quatrième Conseil espace sous présidence allemande. Cette politique transverse contribue directement à l'affermissement d'une stature politique pour l'Union européenne sur la scène internationale. La politique spatiale européenne constitue l'un des principaux pourvoyeurs de services publics de l'Union.

Ainsi, dans la résolution du 21 mai 2007, le Conseil rappelle l'intérêt stratégique de l'espace et le but de la politique spatiale :

« *L'Europe ne peut se permettre de laisser échapper les avantages que représente l'espace pour ses citoyens et ses politiques et que la politique spatiale européenne permettra à l'Europe de continuer à développer des infrastructures et des applications spatiales d'un niveau d'excellence mondiale et à en faire le meilleur usage possible, de façon à rester un acteur de premier plan, à résoudre les problèmes à l'échelle mondiale et à améliorer la qualité de vie.*[789] »

Cela signifie que, pour le Conseil, la politique spatiale est exercée dans l'intérêt des politiques de la Communauté et des citoyens de l'Union. Cet objectif est également poursuivi par la Commission : « *La clé pour assurer le maximum de retour politique, économique et social sur les investissements consentis dans les technologies spatiales réside dans le développement et l'exploitation d'applications spatiales répondant aux objectifs des politiques de l'UE ainsi qu'aux besoins des entreprises et des citoyens européens*.[790] »

Si l'on rappelle nos critères pour identifier les services publics de l'Union, une activité dans l'intérêt de l'Union et de ses citoyens, l'espace constitue le premier vecteur de services publics de l'Union.

---

[789] Résolution du conseil espace du 25 mai 2007, p. 3, document Conseil n° 10037/07.
[790] COM 2007 212 du 26 avril 2007, « Politique spatiale européenne », p. 3.

L'espace est par nature international. Ainsi un programme spatial européen peut contribuer à des missions internationales d'intérêt général. Par exemple, comme l'affirme la Commission, « *l'espace peut, en outre, contribuer à la cohésion et à l'identité européennes, dans la mesure où il touche les citoyens de tous les pays. L'espace peut, enfin, apporter un appui précieux aux politiques extérieures européennes, en particulier dans les domaines de l'aide humanitaire et du développement durable*.[791] »

B Les objectifs de la politique spatiale européenne

Afin de relever les défis décrits ci-dessus, la politique spatiale poursuit les objectifs suivants :

• développer et exploiter des applications spatiales au service des objectifs de politique publique de l'Europe ainsi que des besoins des entreprises et des citoyens européens, y compris dans les domaines de l'environnement, du développement et du changement climatique mondial ;

• répondre aux besoins de sécurité et de défense de l'Europe, en ce qui concerne l'espace ;

• assurer la force et la compétitivité de l'industrie spatiale, en encourageant l'innovation, la croissance, ainsi que le développement et la fourniture de services durables, de haute qualité et rentables ;

• contribuer à la société de la connaissance, en investissant fortement dans la science spatiale et en jouant un rôle significatif dans l'effort international d'exploration ;

• garantir un accès sans restriction aux technologies, systèmes et capacités de type nouveau et d'importance critique, en vue d'assurer des applications spatiales européennes indépendantes ;

• établir un programme spatial européen et une coordination des activités spatiales menées aux niveaux national et européen, en se concentrant sur les besoins des utilisateurs ;

• accroître les synergies entre les technologies et programmes spatiaux militaires et civils, en tenant compte des compétences des différentes institutions ;

• élaborer une stratégie conjointe de relations internationales en matière d'espace.

C Un intérêt croissant des institutions pour l'espace

Lors de la présidence française de l'Union du deuxième semestre 2008, le Conseil européen a, pour la première fois, apporté son soutien au développement des activités spatiales. Le point 18 des conclusions du Conseil européen des 11 et 12 décembre énonce :

« *L'Europe doit continuer à investir dans son avenir. Sa prospérité future est à ce prix. Le Conseil européen appelle au lancement d'un plan européen pour l'innovation, en liaison avec*

[791] COM 2007 212 du 26 avril 2007, « Politique spatiale européenne », p. 3.

le développement de l'Espace européen de la recherche ainsi qu'avec la réflexion sur l'avenir de la stratégie de Lisbonne au-delà de 2010, embrassant toutes les conditions du développement durable et les principales technologies du futur (notamment l'énergie, les technologies de l'information, les nanotechnologies, les technologies spatiales et les services qui en découlent, les sciences du vivant). »

Le Conseil européen possède un pouvoir d'impulsion considérable qui fixe les grands objectifs de l'Union. Pour atteindre les objectifs de Lisbonne, le Conseil a donc privilégié cinq secteurs parmi lesquels figure le spatial.

Le Parlement européen a également élaboré une résolution le 20 novembre 2008[792] à l'initiative du député Pierre Pribetich. Le Parlement approuve la résolution du Conseil espace de septembre 2008 et souligne le caractère stratégique de l'espace pour la défense, l'environnement et l'indépendance technologique de l'Union. Il souhaite que l'ensemble des États de l'UE et de l'ESA restent associés au processus législatif au côté du Parlement.

Le Conseil compétitivité des 5 et 6 mars 2009 souligne également l'importance des technologies spatiales pour l'Union :

« *Dans le même temps, la Commission et le Conseil sont invités à lancer une évaluation approfondie de la stratégie d'innovation élargie mise en place en 2006, en vue de l'adoption, en 2009, d'un plan d'innovation européen ambitieux réunissant les principales technologies du futur, y compris les technologies spatiales et les technologies utiles au développement durable. Les technologies spatiales et les services à valeur ajoutée en aval offrent des possibilités majeures à l'Europe en termes d'innovation, de compétitivité et d'accès aux marchés mondiaux, en particulier aux PME. Parallèlement au développement des programmes GNSS (systèmes EGNOS et Galileo) et GMES, il convient de poursuivre, tant au niveau communautaire que national, les efforts européens en matière de recherche et développement et de financement opérationnel ainsi que l'amélioration du cadre réglementaire.*[793] »

Les institutions de l'Union sont de plus en plus attentives au potentiel économique et politique du développement des activités spatiales en Europe. L'introduction d'une compétence spatiale dans le Traité de Lisbonne va profondément modifier le fonctionnement de la politique spatiale européenne.

[792] Résolution du 20 novembre 2008, sur « la politique spatiale européenne : l'europe et l'espace », P6_TA-PROV(2008)0564.

[793] Conseil compétitivité des 5 et 6 mars 2009, point 21, document Conseil 7232/09.

Sous-section 2 : L'introduction d'une compétence spatiale dans le Traité : une révolution copernicienne ?

Tout comme le Traité établissant une constitution pour l'Europe, le Traité de Lisbonne confère une compétence spatiale à l'Union européenne. Cette compétence est d'un genre nouveau (§ 1), son exercice par les institutions va bouleverser le fonctionnement de la politique spatiale européenne (§ 2) et accélère l'opportunité de repenser les relations entre l'Union européenne et l'Agence spatiale européenne (§ 3).

§ 1 Un nouveau type de répartition des compétences dans l'Union

L'espace constitue un nouveau type de compétence qui déroge au principe de subsidiarité. Cette nouvelle répartition n'est pas sans risque.

A L'espace dans le Traité de Lisbonne

Classiquement il y a trois types de compétences pour l'Union : les compétences exclusives[794], les compétences d'appui[795] et les compétences partagées qui, selon l'article 4.1 du Traité, sont « *toutes les compétences qui ne relèvent pas des domaines visés aux articles 3 et 6.* »

L'espace est introduit au titre XIX du Traité, intitulé « Recherche, développement technologique et espace ». Dans ce titre, l'article 189 du Traité dispose : « *Afin de favoriser le progrès scientifique et technique, la compétitivité industrielle et la mise en œuvre de ses politiques, l'Union élabore une politique spatiale européenne.* »

L'espace est donc une compétence partagée entre l'Union et les États membres. L'exercice de ce type de compétence s'exerce selon les principes codifiés à l'article 2.2 du Traité de Lisbonne : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.* »

Cela signifie donc que dans les domaines de compétence partagées, une fois que l'Union légifère par le biais de règlements ou de directives, les États membres perdent leur faculté d'agir dans le même domaine. Pour illustrer ceci, imaginons que l'Union donne les critères

[794] Selon l'article 3 du Traité de Lisbonne, il s'agit de a) l'union douanière, b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, e) la politique commerciale commune.

[795] Énumérées par l'article 6 du Traité de Lisbonne : a) la protection et l'amélioration de la santé humaine, b) l'industrie, c) la culture, d) le tourisme, e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport.

définissant ce qu'est l'eau potable en arrêtant un taux maximal de nitrates par litre - car une action au niveau communautaire peut se justifier pour la protection de l'environnement et des consommateurs. Il est ensuite impossible pour un État d'adopter des normes moins restrictives que celles de l'Union. L'État perd donc sa compétence lorsque l'Union exerce la sienne.

Dans deux domaines, la « coopération au développement et l'aide humanitaire » et « l'espace », les rédacteurs des Traités ont créé un nouveau type de répartition des compétences qui n'est pas sans conséquences sur le fonctionnement de l'Union.

L'article 4.3 du Traité énonce : « *Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur.* »

B Une répartition des compétences risquée

Ce type d'utilisation d'une compétence partagée est novateur et semble en contradiction avec le mode de répartition des compétences de l'Union qui, depuis le Traité de Maastricht, s'exerce selon les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Ainsi, pour deux domaines, les États membres font échec à l'un des éléments clefs de l'ordre juridique communautaire.

L'exercice de cette compétence qu'il conviendrait de nommer « compétence parallèle », où chacun reste maître de son action, ne pose aucun souci dans des domaines des programmes tels que l'exploration spatiale. Par exemple, l'Union européenne peut décider de lancer une impulsion politique pour réaliser, d'ici à 2030, avec le concours de l'ESA, un vol habité vers la planète Mars. L'exercice de cette compétence n'entraverait pas l'Agence spatiale tchèque dans sa volonté d'organiser, au niveau national, un autre programme de vol habité vers Mercure.

En revanche, l'ordre juridique communautaire pourrait être inquiété dans le domaine normatif. En effet, les activités spatiales sont économiques : les opérateurs de satellites achètent des satellites, les font lancer sur orbite et louent les capacités principalement aux chaînes de télévision. De nombreux États membres ont élaboré et voté des lois spatiales nationales qui réglementent les activités exercées depuis leurs territoires ou par leurs ressortissants situés dans des États tiers[796]. Le but de ces lois est de limiter les conséquences de la responsabilité internationale illimitée[797] des États due aux dommages causés par un objet spatial placé sous leur juridiction.

[796] Cas particulier prévu par la loi spatiale des pays de 2006.

[797] Article 2 de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets

Les conventions internationales sur l'immatriculation des objets spatiaux[798] et sur la responsabilité des activités spatiales[799] ont été négociées dans les années 1970, lorsque les entreprises commerciales n'avaient pas d'accès à l'espace. Depuis, la renégociation des conventions internationales s'avère difficile. Les principaux États spatiaux (États-Unis, Russie, Japon) ont donc préféré adopter des lois nationales pour réglementer les activités spatiales puisque les activités privées engagent la responsabilité des États sur lesquels elles sont établies ainsi que celle de l'État depuis lequel le satellite à l'origine du dommage a été lancé.

Ainsi en Europe, la Belgique, la France, les Pays-Bas et l'Allemagne ont chacun élaboré une loi spatiale. Ces lois créent un régime d'autorisation préalable au lancement, une action récursoire des États contre les entreprises en cas de dommages. Les dommages et intérêts que les entreprises devraient verser peuvent être plafonnés à un montant variable selon les États ou illimités si l'entreprise ne respecte pas les nombreuses obligations de notifications aux États de leurs activités dans l'espace (changement d'orbite, accident, rentrée dans l'atmosphère, droit d'inspection, etc.).

La Commission européenne, forte de la nouvelle compétence spatiale et donc de son droit d'initiative, pourrait proposer, dans l'intérêt du marché commun, d'uniformiser les règles auxquelles doivent être soumises les entreprises. Ce projet peut tout à fait se concevoir car les États ont des dispositions tout à fait différentes. Ainsi la France, pour rendre le site de Kourou attractif, a une loi imposant de faibles montants à rembourser pour les entreprises en cas de sinistre. En outre, les opérateurs de satellites européens sont répartis dans sept États différents (France, Royaume-Uni, Espagne, Italie, Luxembourg, Grèce, Norvège).

Cette proposition spatiale ne rendrait pas caduques les lois nationales puisque les États restent libres de mener leurs politiques indépendamment de celle de l'Union. Il y a là un écueil conséquent pour le principe de primauté du droit communautaire.

§ 2 Le Traité de Lisbonne bouleverse la gouvernance actuelle

L'introduction d'une compétence dans la politique de la recherche confère un nouveau rôle à la Commission et au Parlement. Cette nouvelle répartition des pouvoirs entre les institutions doit faire l'objet d'une réorganisation au sein de chacune d'elles. En outre, l'exercice d'une

---

spatiaux du 29 mars 1972 : « Un État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol. »

[798] Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, le 12 novembre 1974.

[799] Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux.

compétence spatiale de l'Union européenne risque d'exclure la Confédération suisse et la Norvège du processus décisionnel[800].

A Un rééquilibrage des pouvoirs au profit de la Commission européenne et du Parlement

La mécanique communautaire - le vote à la majorité qualifiée et la procédure de codécision - vont inéluctablement faire disparaître le système de gouvernance actuel.

1 Le double renforcement des pouvoirs de la Commission

L'espace devient une compétence de l'Union européenne, ce qui entraîne deux conséquences majeures pour la Commission européenne : elle va recouvrir son droit d'initiative (a) et pourra influencer la prise de décision au cours du processus de codécision (b).

a L'initiative

Dans le système actuel, l'État membre de l'Union qui va assurer la présidence du Conseil organise des rencontres informelles avec la Commission au cours desquelles il lui fait part de ses projets pour les affaires spatiales. La Commission amende et négocie le contenu en fonction de ce qu'elle estime être dans l'intérêt commun de l'Union.

Dans le système du Traité de Lisbonne, à tout moment, la Commission européenne sera en mesure de soumettre une proposition visant à réglementer, de compléter telle ou telle activité spatiale ou même de lancer une nouvelle initiative dans un domaine inexploré pour le moment au niveau de l'Union.

Ce n'est que par la suite que le Conseil et le Parlement discuteront du bien-fondé de la proposition de la Commission.

Ce pouvoir ne sera pas effectif dans les faits, dès l'entrée en vigueur du Traité. Car pour le moment, l'Union est contenue dans les perspectives financières 2007-2013 et indépendamment du Traité applicable. Il faudra donc attendre les perspectives 2014-2020 qui seront négociées dès 2012 pour savoir s'il y aura un budget consacré à l'espace et, si oui, de quel montant il sera. La reconnaissance du caractère prioritaire des activités spatiales par le Conseil européen de décembre 2008 laisse présager qu'il y aura un budget spatial de l'Union. Le plafond des ressources de l'Union pour les perspectives 2007-2013 est de 1,24 %[801] du

[800] Il existe cependant des moyens pour associer ces deux Etats comme c'est le cas dans l'administration de l'espace Schengen. Voir « *Accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen*» du 22 octobre 2004, doc Conseil n° 13054/04

[801] 1,24 avec une marge de 0,24 % inclue. Le plafond est constant sur la période mais la marge augmente au détriment des crédits. En 2007, les crédits de paiement représentent 1,06 % avec une marge de 0,18 %. En 2013,

Revenu national brut des États avec une moyenne de crédit de paiement sur 2007-2013 à 1 % du RNB des États membres. Sachant que les Produits intérieurs bruts nationaux sont en diminution, le budget de l'Union risque d'être, au mieux, stabilisé, et la part spatiale, congrue.
La seconde difficulté dans ce nouveau rôle d'initiative exclusivement entre les mains de la Commission se situe sur le plan technique. Pour le moment, la Commission européenne dispose d'environ dix fonctionnaires et experts nationaux détachés chargés de la politique spatiale.

b La codécision : zone d'influence de la Commission

La codécision sera le second moyen de pression de la Commission sur le processus d'adoption de la politique spatiale européenne. D'une part, sur le terrain informel, la Commission assistera aux différents trilogues[802] et aura autant d'occasions de convaincre du bien-fondé de ses propositions.
D'autre part, les articles 251 § 2 C et 251 § 3 du Traité CE confèrent un rôle non négligeable à la Commission européenne dans le processus de codécision.
Ces articles concernent la deuxième lecture du texte proposé par la Commission. Une fois que le Parlement a amendé, à la majorité absolue de ses membres, la position commune du Conseil, la Commission donne un avis sur les amendements du Parlement.
Si la Commission se prononce négativement, sur certains des amendements du Parlement, le Conseil devra se prononcer à l'unanimité sur tous les amendements pour que le texte soit adopté. Cette procédure se déroule dans un délai de trois mois, donc de manière bien plus rapide que le fonctionnement de l'actuel HSPG.
Si, dans ce délai, il n'y a toujours pas de consensus entre le Conseil et le Parlement, le président du Parlement convoque le comité de conciliation qui a six semaines pour dégager un *modus vivendi* entre les deux branches du pouvoir législatif communautaire. Dans ce comité, c'est la Commission qui prend les initiatives pour trouver un accord.

2 Le Parlement européen, nouvel acteur fort de la gouvernance spatiale

Depuis la fin des années 1970, les prérogatives du Parlement européen dans le domaine spatial sont limitées à un rôle d'encouragement, sans aucun pouvoir de décision.
Le vote de la politique spatiale en codécision scelle mécaniquement la fin de la gouvernance actuelle à l'unanimité au Conseil entre les représentants de l'UE, de l'ESA et de leurs États membres. Dans le système actuel, le HSPG se réunit tous les deux à trois mois pour définir

---

le budget prévoit une diminution des crédits de paiement à 0,94 % et une marge de 0,29 %. http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l34020.htm.
[802] Voir définition note 553, p. 198.

une position unanime sur un projet de résolution du Conseil, coélaboré par la Commission. Ici, l'entrée du Parlement se prononçant en premier sur proposition de la Commission bouleverse le système. Les représentants des États vont être strictement encadrés en termes de délais et seront obligés de compromettre avec un Parlement qui n'aura que faire des us et coutumes instaurés par un ancien groupe informel.

Le Parlement traitera uniquement selon la procédure communautaire avec le groupe de travail « recherche et espace », le Coreper 1 et le Conseil.

Ceci a deux conséquences : la première est la disparition du groupe de travail informel, la seconde l'exclusion *a priori* de la Suisse et de la Norvège de la politique spatiale de l'Union européenne.

B La gouvernance au sein des institutions

Après avoir montré l'évolution probable des pouvoirs respectifs des institutions dans la politique spatiale de l'Union, il faut déterminer, au sein des trois branches du triangle institutionnel, les organes qui seront chargés de la conception et de la mise en œuvre de la politique spatiale.

Le premier élément à prendre en compte est le fait que la politique spatiale n'est pas un pouvoir économique : ce secteur d'activité représente environ 40 000 salariés en Europe et un chiffre d'affaires assez faible. Si l'on additionne les chiffres d'affaires respectifs d'Astrium, Thales-Alénia Space, Eutelsat et SES, qui sont les deux grands fabricants de satellites en Europe et les deux principaux opérateurs de satellites, on obtient un chiffre d'affaires d'environ 11 milliards d'euros[803]. Ce secteur d'activité a donc un poids économique marginal à l'échelle de l'Union.

L'espace est, cependant, une activité clef qui procure surtout une influence notamment diplomatique et une puissance politique aux États sur la scène internationale. Ces activités de haute technologie permettent aux États de conserver une indépendance vis-à-vis des industries américaines ou chinoises. Pour l'Union européenne, si l'axiome est qu'une politique spatiale constitue un outil pour affirmer sa puissance sur la scène internationale, cette politique ne peut qu'être rattachée aux plus importants dirigeants de l'Union.

Le Traité de Lisbonne met fin à la présidence tournante du Conseil européen. La présidence tournante du Conseil des ministres persisterait mais perdrait l'essentiel de son prestige et de son impulsion politique au profit du président nommé par les États pour deux ans et demi. C'est donc à ce niveau de responsabilité que doivent être confiées les orientations de la

[803] Chiffres d'affaires de l'exercice 2008 : Astrium : 4,3 milliards, Thales pour la branche espace et aéronautique : 4,2 milliards, SES : 1,6 milliard, Eutelsat : 0,9 milliard d'euros (exercice décalé : juillet 2007 à juin 2008). Sources : sites internet d'EADS, Thales, SES, Eutelsat, relations investisseurs, résultats annuels.

politique spatiale de l'Union. La politique spatiale sera également *de facto* du ressort du futur haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, secrétaire général du Conseil et vice-président de la Commission. Il pourra à la fois gérer les aspects sécurité et défense de la politique spatiale[804] et coordonner la position des États de l'Union au sein des organisations internationales traitant de l'espace comme l'UIT, la Commission des Nations unies pour le désarmement et le Comité pour l'utilisation pacifique de l'espace.

En ce qui concerne la Commission, la situation est plus complexe. La politique spatiale et sa mise en œuvre sont pour le moment éclatés entre les directions générales des transports (Galileo), de l'entreprise et des industries (GMES, secrétariat conjoint UE-ESA), et de la recherche.

L'une des possibilités serait de créer une direction des affaires spatiales qui fédérerait l'ensemble de ces politiques. Cette solution nous paraît à proscrire car le secteur d'activités est trop étroit et cette direction serait trop faible pour être conduite par un commissaire emblématique.

On peut également imaginer une montée en puissance de la direction générale « entreprise » qui gère actuellement la politique spatiale. Cependant il nous paraît difficile pour cette direction générale de coordonner les aspects défense, affaires extérieures et transports.

La solution qui nous semble la plus adéquate est de conserver les périmètres actuels des directions mais de rattacher la gestion de la politique spatiale, sous tous ses aspects, au président de la Commission européenne. Ce n'est qu'à ce niveau politique que peut se faire une réelle coordination avec des prises de décisions qui s'imposent à l'ensemble des directions concernées. En outre, seul le président de la Commission pourrait négocier avec le président du Conseil européen et le haut représentant.

La politique spatiale de l'Union serait donc dirigée par un triumvirat composé du président de la Commission, de celui du Conseil européen, et du haut représentant.

Si l'Union met en œuvre sa compétence spatiale par ses plus importants dirigeants politiques, ses relations avec l'Agence spatiale européenne, organisme technique et scientifique, doivent être adaptées.

[804] À ce sujet, voir les rapports du député européen Karl von Wogau (PPE-DE), notamment « espace et sécurité » du 10 juin 2008, A6-0250/2008.

§3 Les relations Union européenne-ESA

Les relations actuelles entre l'Union et l'ESA ont été déterminées par l'accord de 2004 et précisées lors de la deuxième réunion du Conseil espace (A). Ces relations sont véritablement spécifiques dans le cadre de la commande publique et font ressentir le besoin de renforcer le partenariat entre ces deux organisations (B).

A Les relations actuelles : le cadre fixé par le deuxième Conseil espace

Lors de la deuxième réunion, le Conseil espace a précisé la répartition des rôles entre l'Union et l'Agence spatiale européenne :

« *L'UE exploitera pleinement son rôle de chef de file*[805] *pour recenser les besoins des utilisateurs, les rapprocher et réunir la volonté politique nécessaire pour soutenir ces besoins et des objectifs politiques plus vastes. Tout en se conformant aux exigences d'une discipline budgétaire stricte et d'une évaluation objective, elle sera chargée de garantir la disponibilité et la continuité des services opérationnels d'appui à ses politiques, et elle contribuera à la mise en place, au déploiement et au fonctionnement d'une infrastructure spatiale européenne spécialisée correspondante, notamment pour Galileo et le GMES. Elle s'efforcera également de garantir un cadre réglementaire optimal, afin de faciliter l'innovation, l'accès aux marchés internationaux et la coordination efficace avec l'ASE de la position européenne dans les enceintes internationales.*

L'ASE, ses États membres et ses États coopérants mettront au point des technologies et des systèmes spatiaux propres à soutenir l'innovation et la compétitivité mondiale et permettant de préparer l'avenir. Ils concentreront leurs activités sur l'exploration de l'espace et sur les outils essentiels sur lesquels reposent l'exploitation et l'exploration de l'espace: l'accès à l'espace, la connaissance scientifique et les technologies spatiales. Ils rechercheront l'excellence dans le domaine de la recherche scientifique spatiale. Sur une base volontaire, ils apporteront leur soutien à la préparation technologique, y compris la validation, de systèmes spatiaux répondant aux besoins des utilisateurs, notamment ceux ayant une importance pour les politiques de l'UE.[806] »

L'Union est donc chargée de définir les besoins et le cadre juridique du développement des programmes. L'Agence devra mettre en œuvre les solutions pour répondre à ces besoins. Cette répartition des compétences risque d'évoluer avec l'introduction de la compétence

[805] La version originale est moins affirmative sur le rôle de chef de file : elle parle d'un important potentiel pour diriger : « *The EU will use its full potential to lead in identifying and bringing together user needs and to aggregate the political will in support of these and of wider policy objectives* », Conseil espace du 7 juin 2005, document Conseil n° 9440/05, p. 4.

[806] Conseil espace du 7 juin 2005, document Conseil n° 9440/05, p. 4.

spatiale dans le Traité même si certains États membres, comme l'Allemagne, restent très attachés à la distinction politique spatiale européenne-politique spatiale de l'Union européenne. Pour ces États, la politique spatiale doit être décidée communément par l'Union et l'Agence, ce qui permet d'assurer le financement de leur industrie avec la règle du juste retour industriel. La décision par la seule Union impliquerait le financement des programmes spatiaux avec le budget de celle-ci et donc des règles de concurrence ouvertes.

B Répartition des missions dans le cadre de la commande publique : l'exemple du programme Galileo.

Dans le cadre spécifique du programme Galileo, l'Agence spatiale européenne devient le maître d'ouvrage des projets. Cette qualification juridique n'existe pas en droit communautaire mais elle correspond tout à fait à la situation et est utilisée par la Commission. L'ESA est chargée par la Commission de sélectionner les meilleures offres pour les six lots et gérer les fonds communautaires en appliquant le droit de l'Union européenne.

À cette fin, le Coreper explique que « *La Communauté européenne devrait conclure avec l'ASE une convention de délégation pluriannuelle couvrant les aspects techniques et les aspects relatifs à la programmation des programmes. Afin de permettre à la Commission, représentant la Communauté européenne, d'exercer pleinement son pouvoir de contrôle, la convention de délégation devrait notamment inclure les conditions générales de la gestion des fonds confiés à l'ASE.*[807] »

Le Coreper donne quelques indices sur le contenu de la convention de délégation :

« *Sur la base des principes définis à l'article 12 bis*[808]*, la Communauté européenne, représentée par la Commission, conclut une convention de délégation pluriannuelle avec l'ASE sur la base d'une décision de délégation adoptée le xx par la Commission conformément à l'article 54, paragraphe 2, du règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, qui couvre l'exécution du budget et des tâches faisant l'objet de la délégation dans le cadre de la mise en oeuvre du programme Galileo, en particulier la phase de déploiement.*

2. La convention de délégation stipule, dans la mesure nécessaire pour l'exécution des tâches et du budget faisant l'objet de la délégation visée au paragraphe 1, les conditions générales de la gestion des fonds confiés à l'ASE, et notamment les actions à mettre en oeuvre, le financement associé, les procédures de gestion, les mesures de suivi et de contrôle, les

[807] Rapport du Coreper au Conseil, « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la poursuite de la mise en œuvre des programmes européens de radionavigation par satellite (EGNOS et Galileo), Orientation générale 4 avril 2008 », document Conseil 8046/08, point 19, p. 10.

[808] Toutes les conditions d'organisation de concurrence dans les appels d'offres, voir *op. cit.* p. 273-274.

mesures applicables en cas d'exécution déficiente des contrats, ainsi que le régime de la propriété des biens corporels et incorporels.[809] »

Cette convention a été signée le 19 décembre 2008 et le Coreper indique qu'elle est conclue sur la base de l'article 54 du règlement financier relatif à l'exécution déléguée du budget de la Communauté. Cet article stipule : « *Dans les limites prévues au paragraphe 1 la Commission peut, lorsqu'elle exécute le budget en gestion centralisée indirecte ou en gestion décentralisée selon les articles 53 bis ou 53 ter, déléguer des tâches de puissance publique et notamment des tâches d'exécution budgétaire à* […] *c) des organismes de droit public national ou international ou des entités de droit privé investies d'une mission de service public présentant les garanties financières suffisantes et respectant les conditions prévues dans les modalités d'exécution.* »

L'article 38.3 du règlement du 23 décembre 2002[810] établissant les modalités d'exécution du règlement financier précise au sujet de l'exécution budgétaire déléguée que « *lorsque la Commission envisage de confier des tâches de puissance publique, et notamment des tâches d'exécution budgétaire, à un organisme visé à l'article 54, paragraphe 2, point c), du règlement financier, elle procède à une analyse du respect des principes d'économie, d'efficacité et d'efficience.* »

Le recours à cet article est assez judicieux mais on peut être amené à s'interroger sur l'utilisation de la notion d'exécution budgétaire déléguée pour qualifier la Convention pluriannuelle de délégation entre l'Union et l'ESA.

Dans les faits, la convention conclue entre l'Union et l'Agence encadre les relations entre un maître d'ouvrage et un maître d'œuvre. Il s'agit donc d'un recours à une prestation de services : le recours à une mission d'expertise technique et de sélection d'offres concurrentielles.

Les articles 2 et 4 du projet de convention en date du 2 décembre 2008 énoncent l'objet du contrat et le contenu de la délégation : « *I) activités de marchés publics, II) gestion de projets et des activités de système principaux.*[811] »

Selon l'article 4.1 relatif aux activités de marchés publics, l'ESA est chargée en particulier de l'évaluation des candidats pour les six lots d'un commun accord avec la Commission. La décision finale d'octroi du contrat est prise par la Commission sur recommandation de la

[809] « Rapport du Coreper au Conseil proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la poursuite de la mise en œuvre des programmes européens de radionavigation par satellite (EGNOS et Galileo), Orientation générale 4 avril 2008 », document Conseil 8046/08, article 13, p. 28, « le rôle de l'ESA ».

[810] Règlement CE Euratom n° 2342/2002 de la Commission, du 23 décembre 2002, établissant les modalités d'exécution du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.

[811] Article 2 de la convention : *I) procurement activities, II) Project Management and System Prime Activities.*

Commission. L'article 4.2 sur la gestion du projet confère treize missions techniques sur la bonne marche technologique de la constellation de satellites et de la gestion des stations de réception au sol.

L'objet du contrat porte donc essentiellement sur une mission de conseil scientifique pour assister la Commission dans la sélection des offres pour l'octroi des marchés publics Galileo et la définition des spécificités techniques pour la bonne marche du système.

Les modalités de paiement sont détaillées aux articles 15 à 18 de la Convention. Outre le fait que l'ESA accepte de se soumettre aux investigations de l'Office de lutte anti-fraude de l'Union, le paiement des marchés est établi en deux temps. Dans un premier temps, la Commission transfère les fonds à l'ESA pour que celle-ci paie les industriels. C'est à ce moment qu'il y a exécution déléguée du budget.

L'ESA déduit du montant transféré par la Commission les frais occasionnés pour les prestations effectuées : salaires, coût des études en interne ou en externe avec l'interdiction de faire du bénéfice. Il s'agit donc d'une facturation à prix coûtant. Cela ne suffit pas à exclure cette prestation de la sphère économique car la Cour de justice considère que « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.*[812] » L'ESA effectue ainsi principalement une mission de conseil. Dans ce contexte, la qualification juridique retenue par les institutions de l'Union semble audacieuse. Certes il y a « exécution déléguée du budget », au sens où l'ESA sert de zone de transit financier. Cette mission nous apparaît néanmoins subalterne dans le contrat. On peut également s'interroger sur la « tâche de puissance publique » déléguée. Sauf à considérer que l'analyse technique de réponses à un appel d'offres constitue une tache de puissance publique, celle-ci semble inexistante.

La Commission a eu ici recours à un marché de prestation de services attribué sans mise en concurrence préalable.

D'autres agences, éventuellement nationales, comme le CNES, le DLR ou des cabinets d'expertise situés dans l'Union ou dans les États signataires de l'Accord multilatéral sur les marchés publics de 1994 ou d'une Convention bilatérale sur les marchés publics avec l'Union auraient tout aussi bien pu réaliser la sélection à la place de l'ESA. La Commission aurait dû publier un appel d'offres sauf à démontrer qu'il existe une relation du type *in house* entre l'Union et l'ESA. Les deux critères pour ce type de contrat[813] sont un contrôle identique à celui que le pouvoir adjudicateur a sur ses propres services et la réalisation de l'essentiel du chiffre d'affaires avec le pouvoir adjudicateur. Les relations entre Union européenne et

[812] CJCE, 11 décembre 1997, c-55/96, recueil I, p. 7119.
[813] Voir *op. cit.*, chapitre « entreprises communes », p. 235

Agence spatiale européenne ne répondent pas à ces critères. La convention de délégation prévoit bien que l'ESA applique le droit et le critère de l'Union en matière de marchés publics et reste soumise aux contrôles de l'Office européen de lutte anti-fraude. On peut donc admettre le contrôle sur les activités de l'ESA. Cependant le critère selon lequel l'ESA devrait réaliser l'essentiel de son chiffre d'affaires lors de ses contrats avec la Commission n'est pas rempli puisque ce contrat-ci est marginal. En outre, l'ESA tire l'essentiel de son financement des contributions versées par ses États membres et non de ses quelques prestations de conseil.

Une nouvelle fois, la situation juridique dans laquelle se trouve l'Union vis-à-vis de l'ESA est unique. Dans les autres États spatiaux, ce type de convention est inexistant. Les États possèdent et dirigent des organismes nationaux chargés de la politique spatiale. Ce sont ces organismes qui réalisent naturellement les évaluations techniques des offres soumises par les industries. La situation créée par les États européens avec d'une part une organisation intergouvernementale chargée de missions scientifiques et de la politique industrielle, et d'autre part une fédération dont les compétences et la légitimité politique croissent mais qui reste dénuée de services propres à compétences techniques, suscite bon nombre de difficultés politiques, financières et juridiques. Peut-être serait-il temps que l'ESA devienne l'Agence spatiale de l'Union européenne ?

C Vers un partenariat renforcé ou une intégration de l'ESA à l'UE

L'Agence spatiale européenne a été créée en 1975 pour permettre à l'Europe un accès autonome à l'espace. Cet objectif est aujourd'hui pleinement rempli. La politique des lanceurs Ariane, le ravitailleur Jules Verne pour l'ISS et les robots envoyés sur Mars et Titan sont autant de succès qui démontrent le savoir-faire de l'Europe en matière spatiale. Cependant, le fonctionnement de l'Agence avec une voix par État a voué à l'échec la réalisation de certains objectifs de l'Agence déterminés à l'article 2 de la Convention de 1975. Ainsi l'Agence est notamment chargée de « *mettre en oeuvre une politique spatiale européenne à long terme, en recommandant aux États membres des objectifs en matière spatiale et en concertant les politiques des États membres à l'égard d'autres organisations et institutions nationales et internationales* »; Les États ont préféré choisir à la carte dans un panel de programmes facultatifs auxquels ils participent dans l'intérêt de leurs industries respectives. Cette situation a conduit l'ESA vers l'échec dans sa capacité à disposer d'un quelconque *leadership* politique.

1 Vers une agence spatiale de l'Union

En 2000, à la demande du directeur de l'ESA, un groupe de travail composé de l'ancien Premier ministre suédois M. Carl Bildt, du président du Crédit Lyonnais M. Jean Peyrelevade et de l'ancien Premier ministre du Baden-Württemberg, M. Lothar Späth, a remis un rapport intitulé « Vers une agence spatiale de l'Union européenne[814] ».

La principale proposition est d'intégrer l'ESA dans le Traité CE. Le rapport énonce ainsi : « *We also see the need for a process of institutional convergence that does not exclude bringing the present ESA within the treaty framework of the European Union.*[815] »

Les conclusions du quatrième Conseil espace soutiennent également l'idée que l'Union européenne décide des politiques spatiales et que l'ESA doit avoir un rôle de mise en œuvre : « […] *APPELLE la Commission européenne à exploiter la gestion et l'expertise technique de l'ASE pour gérer les programmes de recherche et développement en matière d'infrastructures spatiales financés par la Communauté européenne, l'ASE coordonnant les agences et organismes compétents en Europe*[816] ».

2 La loi du juste retour industriel, ciment et sclérose de l'Agence

Le principe du juste retour industriel est certainement la règle de fonctionnement la plus connue de l'ESA. Elle est présentée dans la Convention de 1975[817] dans l'article 7.1.C relatif à la politique industrielle. Cet article énonce que la politique industrielle « *doit être conçue notamment de façon à* […] *garantir que tous les États membres participent de façon équitable, compte tenu de leur contribution financière, à la mise en oeuvre du programme spatial européen et au développement connexe de la technologie spatiale ; en particulier, pour l'exécution de ses programmes, l'Agence donne, dans toute la mesure du possible, la préférence aux industries de l'ensemble des États membres, qui reçoivent les plus grandes possibilités de participer aux travaux d'intérêt technologique entrepris pour son compte.* »

Ce principe est antérieur à l'ESA elle-même. Il s'agit d'un reliquat de l'une des deux agences qui ont fusionné pour créer l'ESA[818]. Les statuts de l'organisation européenne de recherche spatiale prévoyaient que l'organisation devait « *repartir ses commandes d'équipement et contrats industriels aussi équitablement que possible entre les États membres* ». Ce principe a

[814] « *Towards a space agency for the European union* », http://esamultimedia.esa.int/docs/annex2_wisemen.pdf
[815] Nous voyons également le besoin d'un processus de convergence institutionnelle qui n'exclut pas l'apport de l'ESA dans le cadre des Traités de l'Union européenne.
[816] Résolution du IV[e] Conseil espace, 27 mai 2007, p. 12, document conseil 10037/07.
[817] Voir CHAPPEZ Jean, « la création de l'Agence spatiale européenne », Annuaire français de droit inetrnational, 1975, p.801
[818] voir CHAPPEZ Jean, « La cessation des activités de l'ELDO et la relance de l'Europe spatiale », Annuaire français de droit international, 1973.

assuré les États d'un retour sur investissement et a donc créé un enthousiasme sur la participation des États à l'ESA. En 2008 encore, l'adhésion de la République tchèque est en grande partie motivée par les perspectives d'un retour pour l'industrie tchèque.

Le plus difficile est de déterminer à quel État appartient une entreprise. Si, dans les années 1970, les industries étaient nationales, en 2009, les industries européennes ont fusionné entre elles et sont largement transnationales. Les branches spatiales des entreprises ne sont, en outre, qu'un des éléments de l'activité de l'entreprise et le plus souvent secondaires en termes de chiffre d'affaires. L'article 2 de l'annexe V de la Convention ESA énonce à ce sujet : « *L'appartenance d'une entreprise à l'un des États membres est jugée à la lumière des critères suivants : localisation de son siège social, de ses centres de décision et de ses centres de recherche, et territoire sur lequel les travaux doivent être exécutés. Dans les cas douteux, le Conseil décide si une entreprise doit être considérée comme relevant ou non de l'un des États membres*. » Ce panel de critères constitue une incontestable source de complications. Le siège d'une entreprise n'a, de nos jours, plus véritablement de liens avec les lieux de production ou l'établissement des centres de recherche. L'économie mondialisée a établi les centres de production dans les pays où la main d'œuvre est la moins onéreuse. Les sièges sociaux sont le plus souvent à l'endroit où les règles fiscales sont les moins défavorables. L'exemple d'Astrium, le leader européen de la construction de satellite, illustre la difficulté dans l'attribution d'une nationalité à une entreprise : Astrium est une filiale d'EADS. EADS a son siège aux Pays-Bas, ses deux grands actionnaires sont l'État français via la Sogeade avec 25 % du capital et l'État allemand via Daimler avec également 23 % du capital. Les centres de décisions sont situés en France et en Allemagne. Les usines d'Astrium sont établies en France, en Allemagne, en Angleterre, en Espagne et aux Pays-Bas.

La complexité atteint donc son paroxysme lorsque le co-contractant est un consortium composé de nombreuses entreprises, elles-mêmes établies dans divers États européens. La convention prévoit, en outre, le calcul d'un coefficient de retour dans ses annexes. Ce retour industriel fut salutaire pour faire émerger une industrie spatiale dans les années 1960-70 ; il constitue aujourd'hui le nœud le plus important dans les relations UE-ESA. La raison de l'adhésion des États membres de l'Agence est principalement cette assurance que leurs entreprises vont bénéficier de commandes chaque année à hauteur de leur contribution.

L'incorporation de l'ESA à l'Union serait déjà réalisée si le droit communautaire primaire et dérivé n'existait pas. Ce juste retour est totalement en contradiction avec les principes fondateurs du marché commun que sont la liberté de circulation des marchandises et des services, et la concurrence libre et non faussée.

Le retour industriel n'est en réalité qu'une aide d'État indirecte légalisée et attribuée selon un

protocole de quota par nationalité. *Primo*, ce principe est pénalisant pour les entreprises situées dans les petits États. L'exemple du Luxembourg illustre cette discrimination à raison de la nationalité. SES, une entreprise luxembourgeoise, leader mondial de la gestion des satellites de télécommunication, est assurée de ne pas remporter les appels d'offres de l'ESA car la quote-part du Luxembourg est infime parmi les 18 États de l'Agence spatiale.

Ce système est également coûteux pour l'acquéreur public. En effet, la restriction de la concurrence permet aux industries de vendre plus cher à l'ESA qu'elle ne le fait aux États tiers lorsque ceux-ci organisent un appel d'offres.

La Commission européenne, dans le Livre vert de 2003 sur la politique spatiale estime au sujet du juste retour: « *Les efforts de coopération et de rapprochement déjà entrepris mettent cependant en évidence des différences et l'absence de certains liens entre les deux organisations au plan institutionnel et procédural, ce qui complique les relations et les décisions. Au titre des questions soulevées – dont certaines ne pourront être résolues dans le cadre des conditions existantes -, on peut citer les exemples suivants, portant sur :* […] *les principes de fonctionnement, par exemple "le juste retour"*[819]. Le Livre blanc indique de manière lapidaire : « *Le principe du juste retour (qui n'a pas lieu d'être dans le contexte de l'UE, qui vise à optimiser les intérêts collectifs) motive en général les investissements nationaux*[820]. »

L'intégration de l'Agence spatiale à l'Union européenne est nécessaire mais deux écueils nécessitent la création d'un statut spécifique. Le premier est le fait que l'ESA est tenue par l'utilisation pacifique de l'espace, cela signifie que sa participation au développement de programmes spatiaux dans le cadre de la PESD est incertaine, voire impossible.

L'argumentation du directeur général selon laquelle l'agence ne participerait qu'à des programmes spatiaux non offensifs nous paraît insuffisante pour respecter la Convention de 1975. Certains de ses membres comme la Suisse ou l'Autriche risqueraient d'invoquer leur neutralité pour bloquer la participation à toute étude ou tout test lié à l'espace militaire. Le second est l'OMC : le statut d'organisation internationale qu'a l'Union européenne permet aux États européens d'instaurer un protectionnisme légal pour protéger leurs industries. Le juste retour, s'il contrevient nettement aux règles du marché commun de l'Union, est le ciment de l'Agence. Sans lui, le savoir-faire européen se disperserait et les États réduiraient drastiquement leurs contributions à l'ESA, soit au profit de leurs organismes nationaux, soit d'investissement dans d'autres secteurs.

[819] Communication de la Commission du 21 janvier.2003: « Livre vert : Politique spatiale européenne », COM (2003) 17 final, p. 28.

[820] Livre blanc : Espace: une nouvelle frontière européenne pour une Union en expansion. Plan d'action pour la mise en œuvre d'une politique spatiale européenne, 11 novembre 2003 COM (2003) 673, p. 37.

Conclusion du chapitre 1

Les activités spatiales de l'Union européenne vont modifier la gouvernance communautaire. Pour la première fois, l'Union se dote d'infrastructures propres financées avec son budget dans le but de dispenser des services publics aux citoyens et aux entreprises de l'Union. Ces programmes spatiaux s'inscrivent dans une démarche internationale de surveillance de l'environnement, des débris spatiaux, ou de la navigation par satellite.

De par leurs caractéristiques transverses, les programmes spatiaux contribuent à des politiques communautaires diverses comme l'environnement, les transports, la défense ou encore la recherche. L'espace constitue ainsi l'un des premiers pourvoyeurs de services publics internationaux. Sur le plan de la gouvernance, l'absence de compétence spatiale et les règles de fonctionnement de l'ESA rendent le processus décisionnel insatisfaisant eu égard aux principes de transparence et de bonne gouvernance de l'Union. Le Traité de Lisbonne, s'il est adopté par le second referendum irlandais prévu en octobre 2009, fera significativement évoluer le processus décisionnel vers le processus de droit commun. Reste à résoudre l'équation du financement dans une période où les finances publiques sont exsangues dans une Union européenne en sous-investissement en matière de recherche et de développement.

Le second grand domaine dans lequel l'Union et les Communautés organisent et participent à des services publics internationaux est le service de la sécurité.

Chapitre 2 L'Union européenne, prestataire du service public de la sécurité internationale

L'Union européenne et les Communautés interviennent de plus en plus dans les domaines régaliens. La sécurité constitue le fondement des États. Selon Hobbes dans le *citoyen ou les fondements de la politique*, les individus à l'état de nature sont menacés, sa célèbre maxime « l'homme est un loup pour l'homme [821]» symbolise à ses yeux l'objet du contrat social : assurer la sécurité de tous. Que ce soit au niveau national ou international, la notion de service public renvoie le plus souvent à des activités de nature économique. En France, dès la fin du XIX[e] siècle, le juge national a reconnu la qualité de service public à de multiples activités comme les transports publics, l'éclairage public ou encore, et c'est à peine concevable de nos jours, aux activités des compagnies de tabac. À cette époque, les États furent amenés à étendre leur champ d'action vers des activités économiques et ce, dans l'intérêt général. C'est sur cette approche solidariste que sont basées les idées du doyen Duguit. Or, les premiers champs d'action de l'État résident dans des activités régaliennes, expression de la souveraineté. Il s'agit de la défense et la diplomatie pour protéger le territoire des agressions extérieures, de la détermination des règles de droit et de l'instauration d'un monopole sur la monnaie, la justice et la police pour assurer la sécurité à l'intérieur du pays. Ces activités sont basées sur la puissance publique et non sur le solidarisme, mais elles n'en constituent pas moins les premiers services publics.

L'Union et les Communautés européennes, instaurées dans un but économique, commencent à exercer des activités autrefois réservées à leurs États membres. Par activités réservées aux États membres, la Commission[822] a défini en 1988 cinq grands secteurs à l'occasion de l'interprétation de l'article 39 § 4 du Traité CE qui permet aux États de restreindre l'accès à leur administration aux travailleurs communautaires. La Cour de justice[823] estime que dans les domaines de la diplomatie, de la fiscalité, de la défense et de la police, les États peuvent interdire l'accès à ces fonctions aux ressortissants communautaires si le poste visé comprend l'exercice de prérogatives de puissance publique. L'Union gagne aujourd'hui de plus en plus de compétences dans ces domaines traditionnellement réservés aux États. Par exemple, en matière de fiscalité, l'établissement des taux de TVA est en partie déterminé au niveau

[821] HOBBES Thomas, « epître dédicatoire à Monseigneur le Comte de Devonshire », in le citoyen ou les fondements de la politique, 1642, p.23 : « et certainement il est également vrai, et qu'un homme est un dieu à un autre homme, et qu'un homme est aussi un loup à un autre homme.»
Voir également Le Chapitre XIII du Léviathan.

[822] DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, Droit matériel de l'Union européenne, 4[e] édition, Montchrestien, 2006, n° 113, p. 86.

[823] CJCE Commission/Belgique, 17 décembre 1980, affaire 149/79 R.3881.

supranational. Les États ne peuvent octroyer de taux réduits de TVA dans un secteur spécifique sans l'aval du Conseil à l'unanimité. Il y a deux grands domaines régaliens qui sont aujourd'hui dominés par l'Union : la justice et la politique monétaire. La justice communautaire s'est imposée rapidement comme le juge suprême pour l'ensemble du droit économique y compris en matière de marchés publics. La politique monétaire est devenue depuis l'existence physique de l'euro et sans que le Traité ne le mentionne explicitement, une compétence exclusive de l'Union[824]. Le troisième domaine où l'influence de l'Union est croissante est la sécurité internationale.

L'Union initie des activités purement régaliennes que sont les missions de police et les opérations de défense en dehors du territoire de ses États membres (section 1). Elle dispose également d'un outil de stabilité et d'autres moyens non coercitifs pour contribuer à la sécurité internationale (section 2).

Section 1 L'Union prestataire de la sécurité internationale

La sécurité internationale est la mission de service public international la plus importante. La sécurité est, sur un territoire donné, le préalable au développement, aux investissements publics et privés. La sécurité internationale doit être garantie par les Nations unies. Le préambule [825] de la Charte de San Francisco énonce en effet :

« *Nous, peuples des Nations unies,* […] *résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre* […], *et à ces fins* […] *à unir nos forces pour maintenir la paix et la sécurité internationales*[826]». L'article 1.1 de la Charte détermine le but premier des Nations unies : « *Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix* ». L'article 24 confère cette mission de sécurité internationale au Conseil de sécurité. La Charte confère des moyens d'action coercitifs au Conseil, aux articles 43[827] et 45[828]. Ces articles prévoient la négociation d'accords spéciaux dans lesquels les États

[824] Le Traité de Nice ne reconnaît pas la politique monétaire comme exclusive mais elle l'est dans les faits. Le Traité de Lisbonne consacre cet état de faits.
[825] Préambule de la Charte des Nations unies, 1945, http://www.un.org/french/aboutun/charte/preamb.htm.
[826] Voir le commentaire de ce préambule par Mohamed BEDJAOUI *in La Charte des Nations unies, commentaire article par article*, ss dir. Jean-Pierre COT, Alain PELLET et Mathia FORTEAU, Paris, Économica, 2005, p. 313.
[827] Voir le commentaire de l'article 43 de Marie-Françoise FURET, *in La Charte des Nations unies, commentaire article par article*, ss dir. Jean-Pierre COT, Alain PELLET et Mathia FORTEAU, Paris, Économica, 2005, p. 1261.

membres des Nations unies s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité les forces nécessaires au rétablissement de la paix. L'article 45 prévoit même le maintien par les États de contingents immédiatement disponibles pour des missions d'urgence des Nations unies. Le mécanisme de la Guerre froide a faussé la mise en œuvre de la sécurité internationale et les dispositions des articles 43 à 45 n'ont jamais été mises en œuvre. Une telle force au service des Nations unies aurait desservi les intérêts des deux grands. Les Nations unies n'en ont pas moins mis en œuvre de multiples opérations de maintien de la paix toujours plus nombreuses. Les troupes des Nations unies sont détachées par certains États pour la durée de l'opération. Les missions de sécurité sont également externalisées conformément au chapitre VIII de la Charte à certains États ou à des organisations internationales telle l'Otan ou, de plus en plus, à l'Union européenne. L'Union européenne et les Nations unies ont adopté deux déclarations conjointes le 24 septembre 2003 et le 7 juin 2007 pour clarifier leurs rôles respectifs dans la sécurité collective : « *Les Nations unies et l'Union européenne partagent le principe selon lequel la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales incombe au premier chef au Conseil de sécurité des Nations unies, conformément à la charte des Nations unies. Dans ce cadre, l'Union européenne réaffirme son engagement à contribuer aux objectifs des Nations unies dans la gestion des crises*[829] ». Toutes ces missions extérieures de l'Union sont inscrites dans le cadre de l'article XI du Traité de l'Union et sont donc créées par les actions communes au sens de l'article 12 du Traité UE. L'Union remplit trois types de mission contribuant au service public international de la sécurité : des opérations militaires terrestres (§ 1), la lutte contre la piraterie (§ 2) et des missions de police (§ 3).

§ 1 Missions de maintien de la paix

Depuis 2003, l'Union européenne a mené six opérations purement militaires. Ces missions sont soit menées d'une manière autonome, c'est-à-dire avec les forces de ses États membres et le recours à une nation cadre, soit en empruntant des capacités de l'OTAN en application des accords de Berlin Plus[830]. Nous allons les présenter par zone géographique d'intervention : l'Afrique (A) et l'Europe(B).

---

[828] voir le commentaire de l'article 45 Marie Françoise Furet in la Charte des Nations Unies *commentaire article par article* ss Dir Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathia Forteau, Paris, economica, 2005, p.1273.
[829] Déclaration conjointe sur la coopération entre les Nations unies et l'UE dans le cadre de la gestion des crises, 24 septembre 2003, document Conseil 12510/03. Complété le 7 juin 2007, document Conseil 10310/07.
[830] Voir ci-après, p. 307

A Missions en Afrique : les soutiens opérationnels aux Nations unies

Les deux principales opérations menées en Afrique par l'Union furent l'opération Artemis au Congo (2) et une opération déployée au Tchad et en République centrafricaine dans le cadre de la crise humanitaire du Darfour (2).

1 L'opération Artemis[831] : première opération autonome de l'Union

La première mission en Afrique a été déployée en République démocratique du Congo, en Ituri[832], elle s'insère dans les tentatives de stabilisation de la région des Grands lacs[833].

La mission EUFOR Artemis intervient en support de la mission des Nations unies en RDC (MONUC[834]) qui essuie de nombreuses attaques en Ituri. Le Secrétaire général des Nations unies soumet un rapport[835] au Conseil de sécurité dans lequel il préconise une intervention extérieure transitoire, le temps pour les Nations unies de préparer le renforcement de la MONUC : « *J'invite donc le Conseil de sécurité à envisager d'urgence le déploiement rapide à Bunia d'une force ayant reçu une formation intensive, bien équipée et placée sous l'égide d'un État membre, qui assurerait la sécurité de l'aéroport ainsi que d'autres installations essentielles dans cette ville et protégerait les populations civiles. Il s'agirait d'un dispositif temporaire, dans l'attente du possible renforcement de la présence des Nations unies sur place. Un tel déploiement – pour une période limitée – devrait être autorisé par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies.*[836] ».

La résolution du Conseil de sécurité 1484 du 30 mai 2003 a autorisé la création d'une force d'urgence. L'Union européenne a envoyé une force de 2 000 hommes avec la France comme nation cadre[837].

La mission est strictement définie par le Conseil de sécurité. L'action commune[838] renvoie à la mission définie dans la résolution 1484 qui énonce : « […] *autorise le déploiement, jusqu'au 1er septembre 2003, d'une force multinationale intérimaire d'urgence à Bunia, en coordination étroite avec la MONUC, en particulier son contingent déployé dans la ville, en*

[831] Pour une étude globale de cette mission, voir Alexis Wahlas, « Le prototype Artemis d'agencement multinational et la diversification de l'action militaire de l'union européenne », Annuaire français de relations internationales, 2005, p. 262 à 275.
[832] Région de 65 000 km² au nord-est du Congo, aux frontières avec le Soudan et l'Ouganda.
[833] Pour une étude sur les conflits dans cette région, voir Roland Pourtier, Afrique des Grands lacs-Congo : la guerre est -elle fatale ? », *Questions internationales*, n° 5, janvier-février 2004, p. 32 à 34.
[834] Résolutions du Conseil de sécurité 1279 et 1291.
[835] Deuxième rapport spécial du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo, 2003/566.
[836] Idem, p. 29.
[837] Force principale de l'opération qui commande l'ensemble de la mission. Pour Artemis, la France a fourni 1 700 hommes sur 2 000.
[838] Action commune 2003/423 du Conseil du 5 juin 2003 relative à l'opération militaire de l'Union européenne en République démocratique du Congo, JO L 145 du 11 juin 2003, p. 50.

vue de contribuer à y stabiliser les conditions de sécurité et à y améliorer la situation humanitaire, d'assurer la protection de l'aéroport et des personnes déplacées se trouvant dans les camps de Bunia et, si la situation l'exige, de contribuer à assurer la sécurité de la population civile et du personnel des Nations unies et des organisations humanitaires dans la ville. »

2 Tchad et République centrafricaine

Cette opération située dans le contexte de la crise au Darfour, fut déployée de janvier 2008 au 15 mars 2009 sur une zone s'entendant de l'est du Tchad au nord-est de la République centrafricaine.

Le point 6.a de la résolution 1778 adoptée le 25 septembre 2007 par le Conseil de sécurité détermine la mission de la force de l'Union européenne :

« *I) Contribuer à la protection des civils en danger, en particulier les réfugiés et les personnes déplacées ;*

II) Faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire et la libre circulation du personnel humanitaire en contribuant à améliorer la sécurité dans la zone d'opérations ;

III) Contribuer à la protection du personnel, des locaux, des installations et du matériel des Nations unies et à assurer la sécurité et la liberté de circulation de son personnel, du personnel des Nations unies et du personnel associé. »

La particularité de cette opération de l'Union est qu'elle associe trois États tiers : la Croatie[839], la Russie[840] et l'Albanie[841]. L'Union a négocié et signé un accord international avec chacun de ces États pour cette opération spécifique.

B Les opérations militaires en Europe : la stabilisation des Balkans[842]

Les opérations menées dans les Balkans furent des succès et ont permis à ces États de devenir candidats à l'adhésion dans l'Union.

[839] Accord entre l'Union européenne et la République de Croatie sur la participation de la République de Croatie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L268 du 9 octobre 2007, p. 33 à 36.

[840] Accord entre l'Union européenne et la Fédération de Russie sur la participation de la Fédération de Russie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L307 du 18 novembre 2007, p. 16 à 20.

[841] Accord entre l'Union européenne et la République d'Albanie, sur la participation de la République d'Albanie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L217 du 13 août 2008, p. 19 à 22.

[842] Pour une étude sur les circonstances politiques, historiques et les enjeux des Balkans, voir « Les Balkans et l'Europe », *Questions Internationales*, n° 23, La documentation française, janvier-février 2007.

1 EUFOR Concordia - Macédoine (mars-décembre 2003)[843]

Cette première opération militaire de l'Union s'est déroulée en application des arrangements de Berlin Plus adoptés le 17 mars 2003. Il s'agit d'un accord UE-OTAN qui vise à mettre à disposition de l'UE certaines capacités de l'OTAN. L'accord prévoit notamment :

- la garantie d'accès de l'Union aux capacités de planification de l'OTAN pour la planification de ses propres opérations,
- la présomption de disponibilité au profit de l'Union des capacités et moyens collectifs de l'OTAN. Il s'agit essentiellement de la mise à disposition des moyens propres de l'Alliance atlantique telle une flotte d'avions Radar AWACS.

La mission Concordia a été organisée à la demande des autorités macédoniennes le 17 janvier 2003. Elle a relevé les forces de l'OTAN et avait pour but de mettre en œuvre l'accord d'Ohrid de 2001 visant à établir un État démocratique et stable.

2 EUFOR Althea

Cette opération fut déployée en Bosnie-Herzégovine le 2 décembre 2004 après avoir été autorisée par le Conseil de sécurité des Nations unies dans la résolution 1551 du 9 juillet 2004. Cette mission est projetée à la suite des forces de l'OTAN SFOR pour achever la mise en œuvre des accords de Dayton sur la stabilité de la Bosnie. La force Althea est composée de 7 000 hommes. Le but est de dissuader des actes de violence, de contribuer à la sécurisation de la Bosnie et assister le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans la recherche et l'appréhension des personnes soupçonnées de crime de guerre. Cette mission sera vraisemblablement arrêtée courant 2009 car la situation sécuritaire est stabilisée. Le Conseil affaires étrangères de l'Union a déclaré dans ses conclusions des 10 et 11 novembre 2008 :

« *Dans le cadre de l'engagement global de l'Union européenne en Bosnie-Herzégovine, le Conseil a relevé les progrès décisifs réalisés par l'opération Althea vers l'accomplissement de son mandat, et en particulier l'achèvement des tâches militaires et de stabilisation prévues dans l'accord de Dayton-Paris. Dès lors, le Conseil a estimé que les travaux préparatoires pour une éventuelle évolution de l'opération devront être poursuivis, en prenant en compte le futur rôle du représentant spécial de l'Union européenne. Le résultat de ces travaux préparatoires sera soumis au Conseil en mars 2009, afin que celui-ci puisse se prononcer sur l'avenir de l'opération dès que les conditions seront réunies. L'évolution de l'opération Althea devra tenir compte des développements politiques*[844]. »

[843] Action commune 2003/92 sur l'opération militaire de l'Union européenne dans l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, JO L 34 du 11 février 2003, p. 26 à 29.

[844] Conclusions du Conseil sur la politique européenne de sécurité et de défense, Conseil relations extérieures, 10 et 11 novembre 2008. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/esdp/103933.pdf.

Cette mission a donc été un succès dans le rétablissement de la paix en Bosnie.

§ 2 La lutte contre la piraterie : l'opération Atalanta

La piraterie est née en même temps que le commerce maritime. Idéalisée par les récits d'aventures et d'expéditions de la marine à voile, la piraterie connaît un nouvel essor au XXI^{e} siècle, notamment en mer de Chine. La piraterie contrevient au principe de liberté de navigation en haute mer. Elle constitue ainsi un trouble à l'ordre public international. Sur le plan juridique, la lutte contre la piraterie est dans le droit coutumier le premier cas de compétence pénale universelle. Les tribunaux nationaux ont toujours été compétents pour juger les pirates appréhendés en haute mer.

La convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer, puis la convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, consacrent plusieurs articles à la piraterie. L'article 101 de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer définit les actes de piraterie :

« *On entend par piraterie l'un quelconque des actes suivants :*

a) tout acte illicite violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé agissant à des fins privées, et dirigé :

I) contre un navire ou un aéronef, ou contre des personnes ou des bien à leur bord, en haute mer,

II) contre un navire ou aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État ;

b) tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire ou d'un aéronef, lorsque son auteur a connaissance de faits dont il découle que ce navire ou aéronef est un navire ou aéronef pirate,

c) tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) ou b), ou commis dans l'intention de les faciliter. »

En ce qui concerne l'arrestation des pirates, l'article 107 de la Convention de Montego Bay énonce : « *Seuls les navires de guerre ou aéronefs militaires, ou les autres navires ou aéronefs qui portent des marques extérieures indiquant clairement qu'ils sont affectés à un service public et qui sont autorisés à cet effet, peuvent effectuer une saisie pour cause de piraterie.* »

La lutte contre la piraterie par des forces navales battant pavillon européen constitue donc une mission de service public international au sens de la Convention de Montego Bay.

Depuis 2007, les actes de piraterie ont connu une croissance exponentielle dans le golfe d'Aden situé entre le Yémen et la Somalie ainsi que sur la côte Est de la Somalie jusqu'au large du Kenya. On y recense des actes de petite piraterie avec des vols de biens, et de grande piraterie (détournement de navire, prise d'otages). Le point d'orgue des attaques est le détournement d'un super-pétrolier saoudien, *Sirius Star*, et de sa cargaison le 15 novembre 2008. Ce bâtiment de 330 mètres de long, le plus grand jamais détourné par des pirates, fut attaqué à 850 kilomètres au sud-est du Kenya. Les enjeux financiers étaient conséquents : la valeur du navire était estimée à 150 millions de dollars et sa cargaison de 300 000 tonnes de pétrole brut à 100 millions de dollars. Ce navire et son équipage de 25 marins furent retenus par les pirates jusqu'au 5 janvier 2009 et libéré contre une rançon estimée à 5 millions de dollars.

Le Conseil de sécurité des Nations unies a consacré en 2008 par moins de sept résolutions[845] à la piraterie au large des côtes somaliennes. Dans la résolution 1814 du 15 mai 2008, le Conseil de sécurité fait une première demande pour la sécurisation des convois maritimes du Programme alimentaire mondial : « […] *RÉAFFIRME son appui à la contribution apportée par certains États à la protection des convois maritimes du PAM, DEMANDE aux États et aux organisations régionales […] de prendre des mesures pour protéger les navires participant au transport et à l'acheminement de l'aide humanitaire destinée à la Somalie et aux activités autorisées par l'ONU*[846] ». La résolution 1838 du 5 octobre 2008 reconnaît la carence de l'État fédéral somalien à assurer la sécurité des côtes et la demande d'aide internationale émise par les autorités somaliennes pour lutter contre la piraterie. Dans les points 3 et 5 de cette résolution, le Conseil de sécurité fait une demande beaucoup plus ferme aux États et aux organisations internationales de mettre en œuvre la résolution 1814 :

« *3. Demande à tous les États dont les navires de guerre ou les aéronefs militaires opèrent au large des côtes somaliennes, en haute mer ou dans l'espace aérien surjacent, d'utiliser tous les moyens nécessaires au large des côtes somaliennes, en haute mer ou dans l'espace aérien surjacent, en conformité avec le droit international tel qu'édicté dans la Convention, pour réprimer les actes de piraterie ;*[…]

5. <u>Demande instamment</u> aussi à tous les États et à toutes <u>les organisations régionales</u> de continuer à agir, conformément aux dispositions de sa résolution 1814 (2008), pour <u>protéger les convois maritimes du Programme alimentaire mondial</u>, ce qui revêt une importance vitale pour l'acheminement de l'aide humanitaire à la population somalienne. »

[845] 1814 (2008), 1816 (2008), 1838 (2008), 1844 (2008), 1846 (2008) et 1851(2008).
[846] Résolution 1814, point 11.

Le Conseil de l'Union européenne a décidé de mettre en œuvre la première opération maritime de l'Union dans l'action commune du 10 novembre 2008[847]. Le mandat donné à l'EUNAVFOR est très vaste et nettement tourné sur l'opérationnel.

Il s'agit notamment :

- de protéger les navires du Programme alimentaire mondial par des moyens d'escorte et l'installation à bord d'unité militaire ;
- de protéger les navires marchands ;
- de prendre les mesures nécessaires pour dissuader, intervenir et mettre fin aux actes de piraterie ou vol à main armée[848] ;
- d'appréhender les pirates, leur navires et les biens capturés à la suite d'actes de piraterie.

Dans la résolution 1851 du 16 décembre 2008, le Conseil de sécurité se félicite « *du lancement de l'opération Atalanta de l'Union européenne visant à lutter contre la piraterie au large des côtes somaliennes et à protéger les bateaux vulnérables à destination de la Somalie* […] ».

Les missions de maintien de la paix de l'Union constituent de véritables missions de service public international décidées par les Nations unies. Les forces protègent les populations civiles, la distribution de l'aide humanitaire mondiale aux réfugiés. L'Union agit avec les moyens de ses États membres ou utilise certaines capacités de l'Alliance atlantique. Les opérations sont véritablement internationales. À titre d'exemple, l'opération au Tchad est « *commandée par un général Irlandais, à partir d'un quartier général français et avec une force et des contingents polonais, autrichien suédois, et irlandais*[849]. » Ces missions constituent donc des missions réalisées dans l'intérêt général des États membres des Nations unies organisées par l'Union et ses États membres. Elles constituent des missions de service public de la sécurité internationale prise en charge, mises en œuvre par l'Union.

§ 3 Les missions de police : stabilisation et formation des autorités locales

L'Union européenne a développé en complément des opérations terrestres des missions de police, moins coercitive et dont les missions sont le plus souvent tournées vers le conseil et la formation. Six États européens ont toutefois créé, en dehors de l'Union, une force européenne

[847] Action commune 2008/851/PESC du Conseil du 10 novembre 2008 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la dissuasion, à la prévention et à la répression des actes de piraterie et de vols à main armée au large des côtes de la Somalie, JO CE L 301 du 12 novembre 2008, p. 33-37.

[848] Conformément à l'article 100 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, la piraterie n'existe qu'en haute mer, pour les actions des mêmes individus dans les eaux territoriales on retient les qualifications de « vol à main armée » du droit national.

[849] BENTÉGEAT Henri, « Défense et sécurité européennes », *Défense nationale*, février 2009, p. 138.

de gendarmerie capable de mener des opérations avec des missions de police judiciaire et administrative.

A Éléments généraux sur les missions de police de l'Union

Les opérations extérieures de l'Union ne nécessitent pas uniquement des forces militaires chargées d'établir la paix. Elles ont également besoin, par la suite, d'opérations moins coercitives de nature civile : des missions de police. Ces missions sont de nature assez diverses, de la formation des policiers locaux à la substitution aux défaillances des États.

L'implication de l'Union européenne dans les missions de police internationale fut décidée par le Conseil européen de Santa Maria da Feira (Portugal) les 19 et 20 juin 2000. L'annexe 1 appendices 3 et 4 des conclusions du Conseil détaillent les objectifs des chefs d'État et de gouvernement en termes de gestion civile des crises. Le premier de ces objectifs est de renforcer la capacité des forces de police. « *Le premier domaine prioritaire, recensé à la lumière des crises auxquelles l'Europe a dû récemment faire face et auxquelles elle se trouve encore confrontée, est celui de la police.*[850] »

Ce renforcement est nécessaire car le Conseil européen « *reconnaît le rôle central que joue la police dans les opérations de gestion des crises internationales et la nécessité croissante d'affecter des policiers à ces opérations*.[851] »

Les États se sont fixés des objectifs en termes capacitaire et de doctrine. Ainsi, le Conseil européen souhaite la création d'une force de 5 000 hommes : « *les États membres devraient, à titre d'objectif final, être en mesure de fournir 5 000 policiers à affecter à des missions internationales englobant les opérations de prévention et celles de gestion des crises ainsi qu'en réponse aux nécessités spécifiques, aux différents stades de ces opérations*.[852] »

En termes de conceptualisation des missions, le Conseil prévoit un travail de définition des missions de police. « *Les États membres et l'UE peuvent jouer un rôle de catalyseur pour le relèvement des normes relatives aux opérations de police internationales, y compris dans le cadre et par le biais des Nations unies et de l'OSCE. Par conséquent, l'UE et les États membres entameront les travaux en vue de définir un concept communautaire d'opérations de police internationales.* »

Depuis 2000, l'Union a organisé six missions de police principalement en Europe et en

[850] Conseil européen de Santa Maria da Feira, 19 et 20 juin 2000, appendice 3, « Étude des objectifs concrets des aspects civils de la gestion des crises, ».
http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f0.htm/
[851] *Idem*, appendice 4, A, point 1.
[852] *Idem*, appendice 4, A, point 2.

Afrique, mais également en Asie. Ces missions sont très hétérogènes en termes d'objectifs, d'effectifs mobilisés et de résultats.

B Des missions favorablement accueillies par les Nations unies

Les premières missions de police de l'Union furent déployées dans la région des Balkans. La première, nommée « Mission de Police de l'Union européenne » fut créée en mars 2002[853] pour relever les forces de police sous mandat des Nations unies en Bosnie-Herzégovine.

L'envoi de cette force fut décidé par le Conseil de l'Union le 18 février 2002 et salué par le Conseil de sécurité des Nations unies dans sa résolution n° 1396 du 5 mars 2002 : « […] *accueille avec satisfaction l'acceptation par le Comité directeur du Conseil de mise en œuvre de la paix, le 28 février 2002, de l'offre faite par l'Union européenne d'organiser une mission de police de l'Union européenne à compter du 1er janvier 2003 pour suivre la fin du mandat de la MINUBH*[854] ».

Cela signifie donc que la décision de l'Union d'envoyer une mission de police est autonome et ne répond pas à une injonction ou à un mandat des Nations unies.

C Les missions des forces de police internationale : des missions non opérationnelles

La première mission de police fut projetée en Ancienne République yougoslave de Macédoine. Elle avait des objectifs assez étendus mais cette ambition ne fut pas reconduite dans les autres missions de police, limitées à un rôle de conseil et de formation.

1 Le mandat de la mission en Macédoine : des objectifs étendus

La première mission en Macédoine comprend tout un panel orienté vers l'ensemble du spectre de la police locale au ministère de l'Intérieur, l'article 5 de l'action commune énonce notamment :

- la consolidation de l'ordre public, y compris la lutte contre la criminalité organisée, en privilégiant les zones sensibles,
- la mise en œuvre concrète de la réforme globale du ministère de l'intérieur, y compris de la police,
- la transition opérationnelle vers une police des frontières et la création de cette police, dans le cadre plus large de l'effort déployé par l'Union européenne pour promouvoir une gestion intégrée des frontières,
- l'assistance à la police locale dans ses efforts visant à instaurer des relations de confiance

[853] Action commune 2002/210 du 11 mars 2002, JO CE L70 du 13 mars 2002, p. 1 à 6.
[854] Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies n° 1396, « situation en Bosnie-Herzégovine », du 5 mars 2002, point 3.

avec la population,

- le renforcement de la coopération avec les États voisins.

La mission de la force de Bosnie est détaillée en annexe de l'action commune, elle comprend :

- des objectifs au niveau politique : veiller à « *renforcer le professionnalisme dans le ministère […], veiller à ce qu'un contrôle politique approprié soit exercé sur la police […],*

- *des objectifs opérationnels : des règles éthiques et du savoir faire pour appréhender les suspects.* »

En 2002, ces vastes missions furent assurées dans le cas de la Bosnie par 500 officiers de police. Aujourd'hui, cette projection des forces de police a été prolongée et compte encore 200 agents chargés de superviser, encadrer et contrôler la mise en œuvre d'une police multiethnique professionnelle et viable.

La première mission en Macédoine a compté jusqu'à 200 agents de police. Elle a été remplacée en janvier 2006 par la mission EUPAT[855], allégée en personnel, chargée de poursuivre la création d'une police professionnelle appliquant les « normes européennes en matières de police ».

La présence importante et l'ambition donnée à ces missions de police est due au statut de candidat potentiel de la Bosnie[856] et de candidat de la Macédoine[857] à l'adhésion à l'Union européenne. Les forces présentes décroissent progressivement au fil de la stabilisation de la situation politique locale.

2 Les missions en Afrique et au Moyen-Orient : missions de conseils

L'Union a organisé quatre missions de police hors du continent européen. Deux furent déployées en République démocratique du Congo[858], une en Afghanistan[859] et une dans les territoires palestiniens[860].

---

[855] Action commune 2005/826 du Conseil du 24 novembre 2005 relative à la mise en place d'une équipe consultative de l'UE chargée des questions de police dans l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, JO L 307, du 25 novembre 2005, p. 61 à 64.

[856] Décision du Conseil 2008/211/CE du 18 février 2008 relative aux principes, aux priorités et aux conditions figurant dans le partenariat européen avec la Bosnie-Herzégovine, JO L 80 du 19 mars 2008, p. 18 à 31.

[857] Le Conseil européen des 15 et 16 décembre 2005 a accordé le statut de pays candidat à l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, points 23 et 24, document Conseil n° 15914/1/05.

[858] Eupol RD Congo Action commune 2007 405 du 12 juin 2007 modifiée par l'action Commune 2008/485 du 23 juin 2008.

Eupol Kinshasa action commune 2004/847 du 9 décembre 2004 JO L 367 du 14 décembre 2004,P.30.

[859] Action Commune 2007/369/PESC du Conseil du 30 mai 2007 relative à l'établissement de la Mission de police de l'Union européenne en Afghanistan JO L 139 du 31.5.2007 P.33.

Décision 2008/884/PESC du Conseil du 21 novembre 2008 mettant en œuvre l'action commune 2007/369/PESC relative à l'établissement de la Mission de police de l'Union européenne en Afghanistan (EUPOL AFGHANISTAN).

[860]Action Commune 2008/958/PESC du Conseil du 16 décembre 2008 modifiant l'action commune 2005/797/PESC concernant la mission de police de l'Union européenne pour les territoires palestiniens.

Les deux missions projetées en République démocratique du Congo se succèdent. La première, EUPOL Kinshasa, s'est déroulée de février 2005 à juin 2007. Il s'agit d'une mission dont l'action géographique est limitée à la ville de Kinshasa et qui avait pour but de sécuriser les élections et de former des policiers selon les standards européens et internationaux. « *Cette action se limite à la formation d'unité d'élite chargée notamment de la protection des bâtiments et personnalités officiels et prend la forme d'activité d'expertise et de conseil auprès des plus hauts responsables.*[861] »

La seconde mission de police au Congo, EUPOL RD Congo, vise, quant à elle, à la réforme du secteur de la sécurité. Cela englobe des questions de police, de droit des conflits armés et de droit humanitaire. Cette mission est assurée par 39 agents internationaux et prend fin le 30 juin 2009.

La mission en Palestine est composée de 57 agents internationaux. Une nouvelle fois, il s'agit d'un rôle de formation et de conseil des cadres de la police palestinienne. « […] *aide la police civile palestinienne (PCP) à mettre en œuvre le programme de développement de la police en conseillant et en encadrant de près son personnel et en particulier ses hauts responsables au niveau des préfectures, du quartier général et du ministère* ».

La mission en Afghanistan, EUPOL Afghanistan, apporte une aide substantielle pour la mise en place, sous gestion afghane, de dispositifs durables et efficaces dans le domaine des opérations civiles de maintien de l'ordre. Il s'agit là encore d'un rôle de formation des forces locales.

D Des missions ouvertes aux États tiers

La résolution du Conseil de sécurité des Nations unies n° 1396 du 5 mars 2002, relative à la situation en Bosnie-Herzégovine et particulièrement à la décision de l'UE d'envoyer une mission de police énonce au point 3 qu'elle « *accueille avec satisfaction* […] *l'intention de l'Union européenne d'inviter également des États qui ne sont pas membres de l'Union à participer à cette mission de police* ».

Depuis lors, chaque action commune portant création d'une force de police européenne comprend un article, toujours identique, qui traite de la participation des États tiers :

« *Sans préjudice de l'autonomie décisionnelle de l'UE et de son cadre institutionnel unique, des États tiers peuvent être invités à apporter une contribution à la mission, étant entendu qu'ils prendront en charge les coûts découlant du personnel qu'ils détacheront, y compris les salaires, l'assurance « tous risques », les indemnités journalières de subsistance et les frais de voyage à destination et au départ de la (lieu), et qu'ils contribueront d'une manière*

[861] Valhas, Alexis, « le concept européen des missions de police internationales », AFRI, 2007, P. 498.

appropriée aux frais de fonctionnement de la mission.

2. Les États tiers qui apportent des contributions à la mission ont les mêmes droits et obligations en termes de gestion quotidienne de la mission que les États membres de l'UE.

3. Le Conseil autorise le COPS à prendre les décisions pertinentes relatives à l'acceptation des contributions proposées et à mettre en place un comité des contributeurs.

4. Les modalités précises relatives à la participation des États tiers font l'objet d'un accord conclu conformément à la procédure visée à l'article 24 du Traité. Le SG/HR, qui assiste la présidence, peut négocier ces modalités au nom de celle-ci. Si l'UE et un État tiers ont conclu un accord établissant un cadre pour la participation dudit État tiers à des opérations de gestion de crise de l'UE, les dispositions dudit accord s'appliquent dans le cadre de la mission. »

L'Union conclut ainsi des accords internationaux qui organisent la participation de certains État tiers à des missions de police. Ces accords peuvent être ponctuels, c'est-à-dire liés à une seule mission ou globaux, à toutes les opérations de sécurité de l'Union. En guise d'illustration, la Turquie a signé un accord spécifique à la mission en Bosnie[862] qui règle les question de chaîne de commandement, d'ouverture du feu, d'objectifs de missions et de contributions financières.

Le Canada a, quant à lui, signé un accord global avec l'Union européenne[863] prévoyant la possibilité de participer à l'ensemble des opérations.

Dans ces accords, les États tiers s'engagent à respecter et à mettre en œuvre les actions communes et leurs modifications. L'Union invite les États tiers à participer à des opérations et évalue les propositions de contribution des États.

E Un embryon opérationnel : la force européenne de gendarmerie

Cette force imaginée au cours d'un Conseil informel des ministres de la Défense de l'Union fut créée par un traité spécifique et a vocation à être projetée au service d'organisation internationale ou de coalition *ad hoc* pour mener des missions de maintien de l'ordre sur des théâtres d'opérations où l'intensité des conflits régresse.

1 Genèse

La création d'une force européenne de gendarmerie fut suggérée par Michèle Alliot-Marie, au

[862] Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la participation de la République de Turquie à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie–Herzégovine, JOUE L 239 du 25 septembre 2003, p. 35 à 37.

[863] Accord entre l'Union européenne et le Canada établissant un cadre pour la participation du Canada aux opérations de gestion de crise menées par l'Union européenne.

sein du Conseil informel des ministres de la Défense réuni à Rome en octobre 2003. Un an plus tard, lors du Conseil informel de la défense de Noordwijk, le 17 septembre 2004, les ministres de la Défense de cinq États (France, Italie, Espagne, Pays-Bas, Portugal) ont signé une déclaration d'intention de créer une force de gendarmerie européenne destinée à la gestion de crises internationales.

Au cours d'une audition par l'Assemblée nationale, le général de gendarmerie Gérard Deanaz, premier commandant de la force, résume les objectifs d'une telle force : « *la création de la FGE vise à combler le manque opérationnel constaté entre le moment où des forces armées entrent sur un théâtre d'opérations et le moment où des forces de police peuvent y remplir normalement leur mission. La FGE est capable, dans un environnement non sécurisé, d'intervenir et de remplir la plupart des missions de police en substitution d'une force de police locale inexistante ou défaillante.*[864] »

Cette initiative de cinq États de l'Union a été accueillie favorablement par le haut représentant pour la PESC Javier Solana : « *Je me réjouis de la création de la Force européenne de gendarmerie (FEM), avec la signature aujourd'hui d'une Déclaration des intentions de la France, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et les Pays-Bas. Heureux que la proposition faite par le ministre français de la Défense Michèle Alliot-Marie il y a un an arrive à maturité si rapidement. J'ai hâte que cette force devienne opérationnelle l'année prochaine. Elle promet d'être un outil utile que l'Union européenne, ainsi que d'autres organisations, seront en mesure d'utiliser, dans des domaines couvrant des activités telles que la sécurité, des missions et de l'ordre public, de suivi et de conseils, de formation ainsi que des enquêtes criminelles dont l'expérience a montré qu'elle est une partie cruciale de la gestion des crises*[865] ».

Entre 2004 et 2007 la force s'est constituée, a élaboré une doctrine de mise en œuvre et organisé des exercices.

---

[864] Assemblée nationale, Commission de la défense nationale et des forces armées, Compte rendu n° 32, mercredi 12 avril 2006. Présidence de M. Guy Teissier, président « Audition du général Gérard Deanaz, commandant de la force de gendarmerie européenne (EUROGENDFOR) » ; http://www.assembleenationale.fr/12/pdf/cr-cdef/05-06/c0506032.pdf.

[865] Summary of the remarks made by Javier SOLANA, September 17, 2004, EU High Representative for the Common Foreign and Security Policy, at the informal meeting of eu defense ministers in Noordwijk (Brussels), http://www.eu-un.europa.eu/articles/fr/article_3816_fr.htm : « *I very much welcome the establishment of the EuropeanGendarmerie Force (EGF) with the signature today of a Declarationof Intent by France, Spain, Italy, Portugal and the Netherlands. Happy that the proposal made by (French Defence Minister) Michèle Alliot-Marie a year ago is coming to fruition so rapidly.Look forward to this force becoming operational next year. It promises to be a useful tool that the EU, as well as other relevant organisations, will be able to draw on, in a field - covering activities such as security and public order missions, monitoring and advice, training as well as criminal investigations - which experience has shown is a crucial part of crisis management.* »

2 Création par un Traité *ad hoc*

Le 18 octobre 2007, les cinq États ont signé un Traité portant création d'une Force européenne de gendarmerie. Ces États furent rejoints par la Pologne en décembre 2008. Cette force n'appartient pas à l'Union européenne : les États l'ont créée à part, comme ce fut le cas lors de la création de la zone Schengen ; les États mettent cette capacité à la disposition de l'Union mais également d'autres organisations internationales. Ainsi l'article 5 du Traité énonce : « Eurogendfor est susceptible d'être mis à la disposition de l'Union européenne (UE) et de l'Organisation des Nations unies (ONU), l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et d'autres organisations internationales ou d'une coalition *ad hoc*.[866] ».

Cependant c'est bel et bien l'Union européenne qui en est prioritaire. Le général Deanaz explique que « *bien que la FGE ne soit pas un instrument de l'UE, les rédactions de la déclaration d'intention de 2004 se sont largement appuyés et inspirés des textes de l'UE, en particulier de conclusion du Conseil européen de Santa Maria da Feira et de Nice. Les rédactions de plusieurs parties de ces textes sont très proches tandis que la force est prioritairement mise à disposition de l'Union européenne*.[867] »

3 Les missions de l'Eurogendfor

Le Traité créeant la Force européenne de gendarmerie lui attribue des missions potentielles très étendues et couvrant l'ensemble du spectre des polices judiciaire et administrative : l'article 4b mentionne notamment : « *protection des personnes et des biens,*[…] *ordre public, enquête de police judiciaire,* […] *lutte contre le crime organisé, lutte contre le terrorisme, contrôle des frontières,* […] *conseil et assistance des polices locales dans leurs différentes missions*[868], […] *appréhension et transfert des suspects aux autorités judiciaires* ».

L'envoi de la force est décidé à l'unanimité des États parties au Traité.

Depuis novembre 2007, des éléments de la Force européenne de gendarmerie participent à la mission ALTHEA en Bosnie. Les conclusions du Conseil des ministres des Affaires étrangères de l'Union du 16 juin 2008 énoncent : « *The Council welcomed the successful participation of elements of the European Gendarmerie Force in the Integrated Police Unit of*

---

[866] http://www.gnr.pt/eurogendfor/pdf/Treatyenglishversion.pdf. *Eurogendfor may be placed at disposal of the European Union (EU) and also of the United Nations (UN), the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) and other international organisations or an ad hoc coalition.*

[867] DEANAZ Gérard, « la Force de gendarmerie européenne : un outil qui s'insère dans le dispositif des actions civilo-militaires pour faciliter un retour à l'État de droit », 6 février 2007, Les actions civilo-militaires - université de Nice-Sophia-Antipolis - UFR Institut du Droit de la Paix et du Développement. http://www.droit-international-humanitaire.org/telechargements/pictures/06.02.2007.

[868] « Monitoring, advising, mentoring and supervising local police in their day-to-day work, including criminal investigation work », article 4 b du Traité constitutif de l'eurogendfor.

EUFOR since November 2007.[869] »

Les missions de police projetées par l'Union dans les États en reconstruction sont nécessaires car les forces armées traditionnelles n'ont pas l'équipement non létal ni le savoir-faire spécifique aux missions d'enquête et de maintien de l'ordre. Cependant, la plupart des mission de police de l'Union sont non-opérationnelles. Il s'agit le plus souvent de missions de formation et de conseil des élites et des agents nationaux. Le volume de ces missions est également très faible: beaucoup sont composées de moins de 50 personnes. Certes la formation et le conseil contribuent au service public de la sécurité mais c'est encore modeste. En revanche, la Force européenne de gendarmerie est véritablement conçue pour mener des opérations concrètes de maintien de l'ordre et d'enquêtes. Sa projection en Bosnie et vraisemblablement en Afghanistan constitue de véritables missions de service public international. Même si cette force est créée en dehors de l'Union sur le modèle de l'espace Schengen, elle a vocation à intégrer le Traité Communautaire lors des prochaines révisions de celui-ci.

Section 2 Les instruments financiers et diplomatiques au service de la sécurité internationale

Les moyens coercitifs, s'ils visent à rétablir une situation de paix et à soutenir l'émergence d'un État respectant les principes démocratiques, ne sont pas suffisants pour mener une politique de sécurité efficace. Les actions militaires et policières traitent les conséquences des conflits telles que : les déplacements de population, la stabilisation d'un territoire, la reformation des structures étatiques. L'Union européenne mène également sur la scène internationale une politique de prévention des situations de conflits. Pour ce faire, elle a mené un travail doctrinal pour identifier les causes de l'insécurité et essaie, par plusieurs moyens, de les atténuer. Ainsi, elle a créé en 2007 un instrument de stabilité qui a pour fonction d'intervenir immédiatement lors de la survenance d'une crise et de mener une politique de long terme dans les zones ou les thématiques vecteurs d'insécurité internationale (§ 1). L'Union mène également une action diplomatique d'envergure pour amener les États à adopter un code de conduite dans l'espace pour assurer la sécurité des infrastructures spatiales (§ 2).

[869] Council Conclusions on Operation ALTHEA, 2878th GENERAL AFFAIRS Council meeting, Luxembourg, 16 June 2008, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/gena/101217.pdf.

§ 1 L'instrument de stabilité : une action complémentaire aux moyens coercitifs

En 2006, le Conseil et le Parlement ont adopté un règlement, donc dans le cadre du premier pilier, instaurant un instrument de stabilité[870]. La base juridique et le contenu de ce règlement ont suscité bon nombre de négociations interinstitutionnelles. Dans sa proposition initiale[871], la Commission souhaitait fonder le règlement sur la base de l'article 308 du Traité CE et 203 du Traité Euratom pour les questions liées à la sécurité nucléaire.

Le règlement final fut adopté sur la base des articles 179 § 1 et 181 § 1 du Traité CE relatifs à la coopération, au développement et à l'aide financière et technique avec les pays tiers et adopté selon la procédure de codécision. Le volet sur la sécurité nucléaire a fait l'objet d'un règlement spécifique[872]. Ce changement est très vraisemblablement dû à la tenue de trilogues, préalablement à la première lecture. En effet, le premier amendement du Parlement est relatif au titre même du projet « règlement du Parlement européen et du Conseil » et justifié de la manière suivante : « *Le Conseil et le Parlement s'accordent sur le fait que la base juridique ne devrait pas être l'article 308 du Traité CE, mais les articles 179 (Coopération au développement) et 181 A (Coopération économique, financière et technique avec des pays tiers). La commission des affaires juridiques a émis un avis positif, conformément à l'article 35, paragraphe 2. Cette modification implique un certain nombre de changements quant au domaine d'application de la proposition (toutes les mesures relatives à la sécurité nucléaire doivent être supprimées et feront l'objet d'une proposition séparée).* » L'expression « le Conseil et le Parlement s'accordent » mentionnée dans un rapport du Parlement préalable au vote en première lecture indique donc la tenue de réunions informelles en amont, le plus souvent sous la forme de trilogues. Ainsi, sur le plan politique, le Parlement a obtenu du Conseil lors des réunions informelles d'être pleinement associé à l'élaboration de ce règlement clef de la Communauté. La mise à l'écart de l'élément nucléaire est due au passage en codécision qui n'existe pas dans le cadre du Traité de l'énergie atomique.

Cet instrument de stabilité permet à la Communauté d'intervenir en cas de crise et de répondre à des menaces à long terme. Le budget octroyé pour cet instrument dans le cadre des perspectives financières 2007-2013 est de 2,06 milliards d'euros. Cet instrument n'est pas une création *ex nihilo* : il regroupe et simplifie les instruments existant de l'aide extérieure de la Communauté en abrogeant huit règlements communautaires relatifs à la lutte contre les mines antipersonnelles dans les pays en voie de développement, la lutte contre la toxicomanie ou

[870] Règlement n° 1717/2006 du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité, JO L327 du 24 novembre 2006, p. 1 à 11.
[871] Proposition de règlement instituant un instrument de stabilité, COM 204 630 final du 29 septembre 2004.
[872] Règlement Euratom n° 300/2007 du Conseil du 19 février 2007 instituant un instrument relatif à la coopération en matière de sûreté nucléaire. JO L 81 du 22 mars 2007, p. 1 à 10.

encore aux actions dans le domaine de l'aide aux populations déracinées dans les pays en développement d'Amérique latine et d'Asie. Nous étudierons les objectifs poursuivis avant d'examiner leur mise en œuvre et les conséquences institutionnelles de ce nouvel instrument.

A Les objectifs : l'action en temps long et en temps court

L'instrument de stabilité a été conçu pour mener une action de fonds afin de contribuer à la sécurisation et au développement à long terme (1). Ce fonds dispose également de vastes moyens pour pallier les situations de crise (2).

1 Répondre aux situations de crise ou de crise émergente

Ce volet du règlement répond aux situations de crise. Il est exceptionnel et intérimaire. L'instrument de stabilité intervient uniquement en complément des volets militaire et policier de la PESD. Le champ d'application est très vaste et énuméré à l'article 3 du règlement : « *aide en réponse aux situations de crise ou de crise émergente* ». Il vise à répondre « *à une situation constituant une menace pour la démocratie, l'ordre public, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou la sécurité et la sûreté des personnes, ou à une situation menaçant d'évoluer en conflit armé ou de déstabiliser gravement le pays ou les pays tiers concernés. Ces mesures peuvent également s'appliquer aux situations où la Communauté a invoqué les clauses sur les éléments essentiels d'accords internationaux en vue de suspendre, partiellement ou totalement, la coopération avec des pays tiers*.[873] »

Pour ce faire, le soutien technique et financier couvre seize domaines potentiels parmi lesquels : soutien au développement d'institutions publiques démocratiques, d'un système judiciaire et indépendant, de la bonne gouvernance et de l'ordre public, réhabilitation des victimes de conflits armés, renforcement du rôle des femmes dans le processus démocratique, mesure de démobilisation et réintégration des combattants à la société civile, etc.

2 Les actions de fond

Le programme de long terme regroupe l'ensemble des actions extérieures luttant contre les causes des troubles à la sécurité internationale. Le règlement prévoit trois grandes catégories de domaines. Il s'agit, en premier lieu, des menaces à l'ordre public, à la sécurité, à la sûreté des individus, des infrastructures critiques et à la santé publique. Il s'agit aussi bien de la lutte contre le terrorisme que de la gestion des stocks de vaccins ou de la coopération. Le deuxième domaine protégé est l'atténuation des risques concernant les substances nucléaires, radiologiques, bactériologiques ou chimiques.

[873] Article 3.1 du règlement 1717 du 15 novembre 2006.

Enfin, l'instrument de stabilité permet d'aider les organisations régionales à construire des capacité pré et post-crise. Il s'agit de détecter le plus tôt possible la survenance de conflits, de donner des conseils en médiation, réconciliation et prévention des tensions intracommunautaires.

B Mises en œuvre et conséquences institutionnelles

La Commission européenne a publié un rapport dans lequel elle dresse un premier état des lieux de ses actions menées grâce à ce nouvel instrument. L'ampleur des actions menées sur chaque continent font de cet instrument une politique étrangère en partie communautarisée.

1 Premier bilan de l'utilisation de cet instrument

La Commission européenne a publié un premier rapport annuel le 11 avril 2008[874] pour détailler l'utilisation de l'instrument de stabilité. Sur le plan budgétaire, l'article 24 du règlement financier pose une clef de répartition des instruments entre gestion des crises et politique de long terme. Les objectifs de l'article 4 relatifs aux opérations de long terme ne peuvent dépasser un plafond de 27 % de l'enveloppe financière de 2,06 milliards d'euros sur la période 2007-2013. La gestion de crise dispose donc d'un budget de 1,505 milliards sur sept ans.

En 2007, le volet « réponse aux crises » de l'instrument de stabilité de 100 millions d'euros a été entièrement utilisé. La partie réaction aux crises, de 93 millions d'euros, a été utilisée à 99 %[875]. Sur les plans thématique et géographique, les actions sont menées selon des objectifs et sur des théâtres d'opérations extrêmement divers :

- Conception et la promotion d'une réforme du système de sécurité au lendemain d'un conflit (RDC, Guinée-Bissau, Liban),
- soutien des capacités régionales en matière de consolidation de la paix (force de paix de l'UA en Somalie-AMISOM),
- médiation Union Africaine-Nations unies au Darfour,
- État de droit et système judiciaire provisoire (Afghanistan, Colombie, Haïti),
- soutien des missions d'administration intérimaire (ICO Kosovo),
- règlement des conflits et réconciliation (Ouganda, Zimbabwe, Myanmar, Thaïlande),
- évaluation des besoins et reconstruction au lendemain des conflits (camp de réfugiés au Liban), soutien aux populations déplacées (Liban, Syrie),

[874] Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Rapport annuel de la Commission concernant l'instrument de stabilité en 2007 – Synthèse », COM 2008 181 final du 11 avril 2008. Document de service l'accompagnant : Sec 2008 446.
[875] *Idem*, p. 5, note de bas de page n° 5.

– lutte contre l'utilisation des ressources pour le financement des conflits (processus de Kimberley - « facilité » spécifique).

2 Une politique étrangère en partie communautarisée

La politique étrangère et défense de l'Union a été créée et introduite dans le Traité de Maastricht. Ce Traité accorde un monopole au Conseil qui décide à l'unanimité des actions et positions communes de l'Union européenne. Cette situation ne permet de dégager une position commune que sur les sujets consensuels. La crise irakienne du dernier trimestre 2002 a mis en lumière la fragilité de la politique étrangère de l'Union. Les divergences de position entre le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont interdit toute position commune de l'Union et de son haut représentant à la politique étrangère[876]. Cependant, ce cas très sensible est marginal car dans la grande majorité des situations de crise, les États de l'Union parviennent à dégager un consensus. Les décisions en matière de PESC et PESD échappent même au contrôle de la Cour de justice puisque l'article 46 du Traité de l'Union européenne n'inclut pas les décisions des deuxième et troisième piliers. En revanche, la Commission européenne, gardienne des Traités, n'omet pas de veiller à ce que les décisions de la PESC n'empiètent pas sur le domaine du Traité de la Communauté. La Commission est en mesure de saisir la Cour en vertu de l'article 47 du Traité de l'Union qui dispose : « *Sous réserve des dispositions portant modification du Traité instituant la Communauté économique européenne en vue d'établir la Communauté européenne, du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et du Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique et des présentes dispositions finales, aucune disposition du présent Traité n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés.* »

Ces saisines de la Commission sur la base de l'article 47 constituent des recours pour incompétence du Conseil à légiférer dans certains domaines.

L'article 47 permet à la Commission et au Parlement de préserver et protéger leurs capacités d'action sur la scène internationale et conforte leurs désirs d'émancipation du monopole du Conseil en matière de politique étrangère.

Le 21 février 2005, la Commission européenne a introduit un recours en annulation[877] contre la décision 2004/833 du Conseil et a déclaré illégale l'action commune 2002/589 organisant la

[876] Voir Jean-Pierre COLIN, « Variations sur la politique étrangère », Annuaire français de relations internationales, 2004, p. 460.

[877] Recours introduit le 21 février 2005 contre le Conseil de l'Union européenne par la Commission des Communautés européennes (affaire C-91/05), JO C 115 du 14 mai 2005, p. 10.

contribution de l'Union européenne à la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest dans le cadre du moratoire sur les armes légères et de petits calibres.
Le Conseil, soutenu par l'Espagne et le Royaume-Uni, soutenait que la Cour était incompétente pour statuer de l'illégalité d'un acte adopté dans le cadre de la PESC. Sur la recevabilité du recours, la Cour a estimé dans l'arrêt du 20 mai 2008[878] aux points 33 et 34 que l'exception d'illégalité d'un acte basé sur le titre V du Traité de l'UE est recevable.
« *33 Il incombe donc à la Cour de veiller à ce que les actes dont le Conseil prétend qu'ils relèvent du titre V du Traité UE et qui, par leur nature, sont susceptibles de produire des effets juridiques n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du Traité CE attribuent à la Communauté (voir, en ce sens, arrêts du 12 mai 1998, Commission/Conseil, C-170/96, Rec. p. I-2763, point 16 ; du 13 septembre 2005, Commission/Conseil, précité, point 39, et du 23 octobre 2007, Commission/Conseil, précité, point 53). Il en résulte que la Cour est compétente pour examiner le recours en annulation introduit par la Commission en vertu de l'article 230 CE et, dans ce cadre, pour examiner les moyens invoqués conformément à l'article 241 CE pour autant que ceux-ci sont tirés d'une violation de l'article 47 UE.* »

La Cour estime que pour déterminer si un acte empiète sur le Traité CE, il faut utiliser un critère finaliste et chercher à établir quel était le but principal du Conseil lorsqu'il a adopté l'acte contesté. Les points 80 et 92 de l'arrêt énoncent en effet : « *Dans la mesure où la décision attaquée constitue la mise en œuvre d'un acte relevant de la PESC, il convient d'examiner au préalable si, en raison de ce fait, cette décision doit être comprise comme visant à atteindre les objectifs de la PESC plutôt que ceux de la politique communautaire de coopération au développement.* »
Lorsque l'acte poursuit à la fois des objectifs de la politique étrangère et des objectifs de la politique de coopération, sans qu'aucun ne soit accessoire, l'acte est illégal *(points 75 à 77 et 108).*
La Cour conclut « *que le Conseil* […], *en adoptant la décision attaquée sur le fondement du titre V du Traité UE, alors que celle-ci relève également de la politique de coopération au développement, a méconnu l'article 47 UE.* »

La Cour a donc décidé l'annulation de la décision PESC pour incompétence. Cette jurisprudence de 2008 est très importante si on l'analyse à l'aune du règlement sur l'instrument de stabilité. Ce dernier couvre des domaines considérables et permet à la

[878] CJCE Commission/Conseil, 20 mai 2008, affaire c-91/2005, recueil I, p. 3651.
Heliskoski, Joni : « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure : An analysis of Article 47 of the EU Treaty », *European Law Review*, 2008, p. 898-912.

Commission d'intervenir dans la quasi-totalité de l'action extérieure de l'Union à l'exception des missions de défense et de police. Tout autre domaine de la PESC dans lequel le Conseil souhaiterait s'affranchir de la Commission et du Parlement pourrait faire l'objet d'un recours en annulation par la Commission qui exciperait de l'instrument de stabilité pour mettre en œuvre par elle-même l'action extérieure de la Communauté et de l'Union.

Le risque sera tout de même diminué grâce à l'effort de coordination, de cohérence que les institutions souhaitent donner à l'action extérieure de l'Union. En outre, le Traité de Lisbonne renforce les pouvoirs du haut représentant à la politique étrangère et de décurité qui devient également vice-président de la Commission et pourra ainsi se prévaloir de la politique étrangère et de son volet instrument de stabilité. Ce nouvel instrument prouve le caractère inapproprié de la structure actuelle de l'Union en trois piliers avec un mode décisionnel différent pour chacun d'entre eux. Une situation de crise est susceptible de mobiliser les trois piliers de l'Union : le premier avec les mesures de prévention et de reconstruction, le deuxième le volet coercitif et, enfin, le troisième si on inclut la lutte contre le terrorisme et le crime organisé. L'instrument de stabilité de la Commission agit dans l'ensemble de ce spectre et permet d'assurer une cohérence à l'action.

§ 2 Une initiative diplomatique pour la sécurité dans l'espace extra-atmosphérique

La sécurité des infrastructures spatiales est un sujet de préoccupation majeure pour l'Union européenne. Outre les risques de collisions liés aux débris[879], la sécurité est menacée, depuis le début de la conquête spatiale, par l'utilisation de l'espace à des fins militaires. L'intérêt stratégique de l'espace est patent. Le contrôle de l'espace par un ou plusieurs États ne constitue que l'adaptation moderne de l'un des préceptes de *L'Art de la guerre* selon lequel il faut « *rechercher un lieu dans lequel il y aurait une montagne assez haute pour se défendre de toute surprise* […]. *Si les ennemis ne peuvent s'y rendre aussi rapidement que vous, il s'agit de les devancer*[880] ».

Au XXI[e] siècle, les États-Unis et la Chine sont entrés dans une course à l'armement dans l'espace ; les deux puissances ont publiquement démontré leur capacité à faire usage d'armes anti-satellites qui mettent en évidence la fragilité de ces objets devenus aujourd'hui indispensables au mode de vie occidental. Pour endiguer cette arsenalisation[881] de l'espace, le Conseil affaires générales et relations extérieures de l'Union européenne a adopté le

[879] Voir partie II titre II chapitre 1 section 1 § 3, Space Situational Awareness.
[880] Sun Tzu, *L'art de la guerre*, article 10, « la topologie ».
[881] Voir Laurence NARDON : « l'arsenalisation de l'espace : projets américains, réactions européennes », note de l'IFRI, octobre 2007. www.ifri.org

3 décembre 2008[882] un projet code de conduite dans l'espace et se donne pour objectif de convaincre l'ensemble des États spatiaux de l'adopter à leur tour.

Cette idée de code de conduite dans l'espace n'est pas nouvelle : déjà, au sein du Comité des Nations unies pour l'utilisation pacifique de l'espace, l'ancien président du Centre national d'études spatiales (l'agence spatiale française) Gérard Brachet avait proposé une initiative similaire.

Sur le plan juridique, ce code est sans aucun effet contraignant, c'est un *gentlemen agreement*, du droit mou[883].

L'objectif de ce code est clairement lié à la sécurité internationale. Le préambule indique : « *le Conseil considère que le renforcement de la sécurité des activités dans l'espace extra-atmosphérique est un enjeu important dans le contexte de l'expansion des activités spatiales au bénéfice du développement et de la sécurité des États. Cet objectif s'inscrit dans la politique spatiale européenne.*[884] ». Ce code vise à renforcer l'utilisation pacifique de l'espace[885]. Pour ce faire, les États s'engagent « *à prendre toutes les mesures appropriées pour éviter que l'espace ne devienne une zone de conflit*[886] ». et à limiter la production de débris notamment en s'abstenant de « *toute destruction intentionnelle d'objet spatiaux en orbite ou de toute autre activité dommageable susceptible de produire des débris spatiaux ayant une longue durée de vie*[887] ».

Les États s'engagent également à prendre les mesures qui s'imposent pour réduire au minimum le risque de collision, à notifier :

« *- les manœuvres programmées susceptibles d'être exécutées à une proximité dangereuse des objets spatiaux ;*

- les changements d'orbite et les rentrées atmosphériques ;

- les collisions ou accidents qui ont eu lieu ;

- les défauts de fonctionnement d'objets spatiaux en orbite entraînant un risque important de rentrée dans l'atmosphère ou de collision en orbite ».

Ce projet de code de conduite dans l'espace constitue la première initiative diplomatique de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité. Si cette initiative est encore loin d'être un

---

[882] Conclusions du Conseil et projet de code de conduite pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, 3 décembre 2008, document Conseil n° 16560/08. Préparés par le groupe désarmement, endossés par le Comité politique et de sécurité et approuvé par le Coreper.

[883] Sur cette notion de « droit mou » ou « soft law », voir le rapport du Parlement européen du 28 juillet 2007, « sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) », A6-0259/2007.

[884] *Idem*, p. 2, annexe I, § 1.

[885] COUSTON Mireille, « éléments de réflexion sur la notion d'utilisation pacifique de l'espace », *Revue française de droit aérien et spatial*, 2006, III, p. 242.

[886] Projet de code de conduite, opus citatum, partie I, principes et objectifs fondamentaux, 2) principes généraux, 4e alinéa.

[887] Projet de code de conduite, article 5, « mesures relatives à la réduction des débris spatiaux », premier point.

succès, elle démontre que l'Union cherche à protéger ses futures infrastructures spatiales : Galileo et GMES, qui sont les premiers services publics de l'Union. Ces deux programmes participent au service public international de la sécurité (civile et militaire) et constituent donc des cibles potentielles en cas de conflits. La promotion internationale d'un code de bonne pratique dans l'espace ayant pour but principal d'assurer la sécurité des infrastructures spatiales participe du maintien de l'ordre public international dans l'espace.

Conclusion du chapitre 2

L'Union européenne assume de plus en plus de responsabilités sur la scène internationale. Le lancement de vingt-deux opérations civiles et militaires depuis 2003 démontre une volonté et une ambition de participer à la résolution de situation de crise. Face à des menaces multiples relatives à la sécurité énergétique, climatique, au terrorisme et au délitement d'États en développement, l'Union a créé un panel d'outils gradués et adaptés au rétablissement de la paix et de la sécurité internationale. Ces actions sont nécessaires au niveau européen en premier lieu dans un souci de visibilité pour une Union réputée inexistante sur le plan politique et pour faciliter l'action de certains États membres qui ne pourraient, seuls, mettre en œuvre ou organiser des opérations de sécurité soit par souci budgétaire ou capacitaire soit en raison de leur neutralité[888]. Ces opérations et missions de l'Union sont projetées après qu'une résolution des Nations unies a invité les États ou des organisations internationales à mettre en œuvre une action en faveur de la paix et de la sécurité. Ces actions sont menées dans l'intérêt général international et nous apparaissent donc entrer dans la catégorie des services publics internationaux.

[888] Cinq États de l'Union sont neutres Finlande, Irlande, Autriche, Suède et malte

Conclusion du titre 2

L'étude de la politique spatiale européenne et de la contribution de l'Union européenne à la sécurité internationale nous permet de faire apparaître que l'Union européenne est un organisme politique. La politique spatiale exercée sans compétence juridique démontre que les institutions de l'Union utilisent les politiques sectorielles comme la recherche, les transports et l'industrie pour se doter d'outils qui lui permettront d'une part de prester des services d'intérêt général sur l'ensemble de la planète et d'autre part d'accroître sa stature internationale. Cette ambition spatiale conduit donc l'Union à anticiper les réformes des Traités pour atteindre des objectifs politiques. Cette ambition de devenir une puissance spatiale conduit l'Union vers l'absorption à terme d'une autre organisation internationale : l'Agence spatiale européenne.

Dans le domaine de la sécurité, l'Union européenne est encadrée par la règle de l'unanimité qui conditionne toute action à un consensus des États. Cependant, l'Union a pu organiser vingt-trois opérations et missions qui contribuent de manière inégale à la sécurité internationale. Le nouvel instrument de stabilité constitue un moyen d'action voté à la majorité qualifiée qui permet à l'Union bon nombre d'actions pour contribuer au maintien de la paix sur un territoire.

L'espace et la politique de sécurité et de défense de l'Union européenne constituent deux vecteurs importants de services publics internationaux. D'une part, dans le cadre de la politique spatiale, l'Union se dote d'infrastructures que les États européens, seuls, ne pouvaient mettre en œuvre. L'Union agit donc ici pour se substituer à la carence des États pour créer des activités de services publics internationaux. Dans le domaine de la sécurité, l'Union constitue également un cadre d'action propice à fédérer l'action d'États européens et d'États tiers dans des opérations organisées le plus souvent à la demande des Nations unies. L'Union crée et participe à des services publics internationaux de nature économique et régalienne.

Conclusion de la partie 2

L'étude de la mise en œuvre organique des services publics communautaires et de la participation de l'Union à des services publics internationaux nous permet d'affirmer que ces nouvelles activités de l'Union constituent son élément moteur. La multiplication des agences, des entreprises communes, l'essor d'une politique spatiale et d'une ambition dans la sécurité internationale toutes ces actions ont été développées et organisées simultanément depuis le début des années 2000. Le point commun de ces quatre sujets, à première vue hétérogènes, est la contribution de chacun d'entre eux à l'organisation de services publics internationaux par l'Union européenne. Cette création de services publics est revendiquée par l'Union et les Etats. L'Union, en ce qui concerne les agences et la politique spatiale, a agit de manière autonome, sans base juridique extrêmement solide. Les agences furent créées initialement sur la base de la clause de flexibilité, l'article 308, que l'on pourrait dénommer en droit interne clause générale de compétence et par la suite, tout comme la politique spatiale, sur la base des différentes politique sectorielles. L'Union semble ainsi disposer pour la mise en œuvre des services publics internationaux d'une « compétence de la compétence » qui lui permet d'agir pour atteindre les objectifs qu'elle s'est elle-même fixée. La réalisation de l'ensemble des objectifs nouveaux que sont la réalisation de services publics internationaux constitue donc le moteur de l'Union européenne.

Conclusion générale

La finalité première de l'Union européenne n'a jamais été économique. La création des trois Communautés dans les années 1950 était un acte politique de six États européens pour éviter à l'Europe d'enclencher un nouveau processus d'autodestruction. La mécanique de l'intégration économique fut le moyen de parvenir à cette « solidarité de faits[889] » entre les États. L'étude de l'évolution de l'utilisation du service public par les institutions de l'Union nous a permis de démontrer que cette notion, introduite dans les Traités pour déroger au droit du marché commun, est désormais de plus en plus utilisée par les institutions et les États pour qualifier l'accomplissement et la nature des missions de l'Union. Depuis le Traité de Maastricht, les institutions ont élaboré, dans le cadre des directives sectorielles, des définitions matérielles de ce que devaient être les services publics en réseaux. L'Union détermine ainsi dans les directives non seulement le contenu des missions de service public mais également les grandes lois du service public, communes aux vingt-sept États. Cette action a fédéré le fonctionnement et le droit du service public en Europe. Les révisions d'Amsterdam et de Nice ont marqué le glissement de l'*opinio juris* des États d'un service public « dérogation » à un service public « finalité » de l'action de l'Union. Le Traité de Lisbonne accroît la communautarisation du droit des services publics nationaux : c'est par le biais de règlements et non plus de directives que l'Union fixera un cadre commun aux services publics. Ce futur règlement ne pourra faire l'objet d'adaptations nationales comme c'est actuellement le cas lors de la transposition des directives sectorielles dans le droit national des États membres.

Cette autonomie de l'Union dans la définition du contenu du service public ne se fait pas au détriment des États ni des citoyens. Bien au contraire, l'Union adopte une position équilibrée entre respect de la concurrence et préservation des missions d'intérêt général. L'Union nous semble même adopter une position solidariste. La Commission européenne estime en effet que le service public est l'un des piliers du modèle social européen. Les services universels, tournés vers leurs bénéficiaires, ont consacré des niveaux de protection des citoyens de l'Union qui sont parfois supérieurs à ceux des États membres. Le Traité de Lisbonne consacre également, *via* l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, le droit d'accès des citoyens de l'Union aux services d'intérêt général comme un droit fondamental.

À l'échelon communautaire, la création d'agences déconcentrées chargées de la gestion de la politique communautaire marque un changement important dans le fonctionnement de l'Union. Les agences sont considérées par les États membres et la Commission européenne comme des organismes de droit européen chargés de mission de service public. L'Union

[889] SCHUMAN Robert, déclaration du 9 mai 1950.

adopte également un critère finaliste pour qualifier certaines de ses propres activités de service public.

Le déterminisme de l'Union dans la création de services publics s'affirme de manière éclatante dans la politique spatiale. L'Union a élaboré sans compétences formelles une politique spatiale dont les deux programmes phares sont la création d'infrastructures spatiales permettant de délivrer des services publics internationaux. Enfin, l'Union, dans un domaine régalien, participe au service public international de la sécurité en organisant à la demande des Nations unies des opérations militaires et de police, certes d'envergure inégale mais avec des effets positifs sur la stabilisation de nombreux conflits.

L'ensemble de ces interactions entre l'Union européenne et le service public révèlent l'émergence d'un service public international encore innommé. Le service public devient une notion clef du droit communautaire. L'Union crée des services publics internationaux dont les destinataires sont à la fois les États et les citoyens. Le programme Galileo par exemple permet à l'Union et à ses États membres de se doter d'un outil pour les rendre indépendants dans le positionnement par satellite. Cependant, et c'est là l'apport de l'Union à la théorie des services publics internationaux, les citoyens de l'Union sont aussi directement les bénéficiaires de ce programme, qui sera utilisé pour améliorer le fonctionnement des services d'intérêt général.

L'association de l'intégration toujours plus forte des États membres sur le mode fédéral et du service public international, socle d'une théorie de l'État rejetant la souveraineté étatique, forme une alchimie. Le service public international est l'élément qui équilibre l'équation de l'Union européenne sur la voie d'un « nouveau type de fédéralisme[890] ». Le service public international nous apparaît comme l'élément qui fédère l'Union et qui conditionne son action. L'Union européenne promeut également son modèle social au niveau international dans les négociations du cycle de Doha. Le maintien des exceptions, notamment dans les domaines de la culture et de l'éducation, marque l'influence de l'Union dans l'élaboration d'un droit mondial[891].

« *Comme nos provinces hier, aujourd'hui nos peuples doivent apprendre à vivre ensemble sous des règles et des institutions communes librement consenties s'ils veulent atteindre les dimensions nécessaires à leurs progrès et garder la maîtrise de leur destin. Les nations*

[890] PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 243.
[891] Voir DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginaires du droit, le relatif et l'universel*, Le Seuil, 2004.

souveraines du passé ne sont plus le cadre où peuvent se résoudre les problèmes du présent. Et la Communauté elle-même n'est qu'une étape vers les formes d'organisation du monde de demain[892]. »

Mai 2009

[892] MONNET Jean, *Mémoires*, LGF, 1976, rééd. 2007, p. 788.

Bibliographie thématique

Sommaire

1 Ouvrages généraux…….p. 334

2 Articles généraux…….....p. 337

3 Thèses et mémoires……p. 338

4 Service public international……P. 339

5 Service public en droit communautaire……...p. 341

6 Service public en droit français……...p. 346

7 Droit comparé du service public……p. 349

8 La notion de « trust » ……..p. 350

9 Le patrimoine commun de l'humanité…….p. 351

10 Bien public mondial ……..p. 352

11 Les agences de l'Union européenne……..p. 354

12 Les entreprises communes…….p. 359

13 Politique spatiale européenne……....p. 362

14 Politique de sécurité internationale de l'Union européenne……..p. 367

15 Sites internet : accès aux documents officiels de l'Union européenne……..p. 370

1 Ouvrages généraux

ADAM H.T., *Les Établissements publics internationaux*, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1957, tome III, 323 p.

ADAM H.T., *Les organismes internationaux spécialisés. Contribution à la théorie générale des Établissements publics internationaux*, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1977, tome LXXX, 907 p.

ADAM H.T., *Les organismes internationaux spécialisés. Contribution à la théorie générale des Établissements publics internationaux*, tome 5, Paris : LGDJ, bibliothèque de droit international tome CV, 1080 p.

AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, *Droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2007, 1122 p.

BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

CARTOU Louis, *L'Union européenne, Traités de Paris-Rome-Maastricht*, Paris : Dalloz, 1994, 648 p.

CARTOU Louis, CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *L'Union Européenne*, Paris : Dalloz, Droit public sciences politiques, 2002, 4e édition, 774 p.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris : Dalloz, 1920, rééd. 2003, 638 p.

CHEVALIER Jacques, *L'État post-moderne*, Paris : LGDJ, 2004, 2e édition, 226 p.

CONSTANTINESCO Vlad, JACQUE Jean-Paul, KOVAR Robert, SIMON Denys, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris : Économica, 1992, 1648p.

CONSTANTINESCO Vlad, KOVAR Robert, SIMON Denys (sous dir.), *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article,* Paris : Économica, 1995, 1000p.

CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves, MICHEL Valérie, *Le Traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyse et commentaires*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2005, 462 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 8ème édition, Paris, PUF, mai 2008, 986p.

COURTEIX Simone, *Le Cadre institutionnel des activités spatiales des États*, Paris : Pedone, 1997, 380 p.

COUSTON Mireille, *Droit spatial économique : régimes applicables à l'exploitation de l'espace*, Paris : Sides, 1994, 282 p.

DAILLIER Patrick, PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7°ed, 1510 p.

DEHOUSSE Renaud, *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris : Presses de sciences po, coll. Références inédites, 2002, 290 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *les forces imaginantes du droit, le Relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll la couleur des idées, 2004, 440 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *les forces imaginantes du droit II, le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, coll la couleur des idées, 2006, 300 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *les forces imaginantes du droit III, la refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, coll la couleur des idées, 2007, 299 p.

DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris : Montchrestien, 2006, 4e édition, 672 p.

DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris : Litec - JurisClasseur, coll. Manuels, 2004, 610 p.

DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Paris : Armand Colin, coll. La mémoire du droit, 1913, rééd. 1999, 285 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris : Boccard, coll. La règle de droit - Le problème de l'État, 1927, tome 1, 763 p.

GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, 636 p.

GROTIUS Hugo, *Le Droit de la guerre et de la paix*, Paris : PUF, coll. Quadrige grands textes, 1625, rééd. 2005, 868 p.

GUGLIELMI Gilles J., *Introduction au droit des services publics*, Paris : LGDJ, 1994, 177 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit, 1re partie : Théorie générale de l'État*, Paris : éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, 574 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit, 2e partie : Théorie juridique de l'État*, Paris : éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, 593 p.

KAUL Inge, LE GOULVEN Katell, SCHNUPF Mirjam, *Le Financement des biens publics mondiaux : de nouveaux outils pour de nouveaux défis*, Programme des Nations unies pour le développement, 2002, 155 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1979, rééd. 1996, 604 p.

KOLB Robert, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Paris : Pedone, coll. Ouvertures internationales, 2007, 157 p.

LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les Services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, 450 p.

LOUIS Jean-Victor, RONSE Thierry, *L'Ordre juridique de l'Union européenne*, coll. Dossiers de droit européen, Helbing & Lichtenhahn, 2005, 480 p.

MARTIN, Pierre-Marie, *Droit des activités spatiales*, Paris : Masson, 1992, 214 p.

MARTIN, Pierre-Marie, *Les textes du droit de l'espace*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1992, 128 p.

MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'Idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, 415 p.

PEYREFITTE Léopold, *Droit de l'espace*, Paris : Dalloz, 1993, 350 p.

PINGEL Isabelle (sous dir.), *Les Sanctions contre les États en droit communautaire*, coll. Contentieux européen, Paris : Pedone, 2006, 158 p.

QUIN Claude, JEANNOT Gilles, *Un service public européen, diversité des traditions et espaces de convergences*, Paris : La documentation française, 1997, 290 p.

RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris : LGDJ, 2002, 4e édition, 1098 p.

ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, 10° édition, Paris : Dalloz, coll petit précis Dalloz, 1953, 695 p.

SAINT-PIERRE Abbé de, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*,Paris : Fayard, 1715, rééd. 1986, 719 p.

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public, bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.*

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, Paris : Sirey, 1932, tome 1, 332 p.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens*, Paris : Sirey, 1934, tome 2, 558 p.

SCELLE Georges, *Droit international public*, Paris : Montchrestien, 1948, 1008 p.

SCELLE Georges, *Le Fédéralisme international*, cours de doctorat 1947-1948, faculté de Paris, 409 p.

SCHMITT Carl, « théorie de la constitution », 1928, Paris, PUF, 2008, 576 p.

TROPER Michel, *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001, 334 p.

VANDERSANDEN Georges, DUBOUIS Louis, LATHAM Patrick, VANDEN ABEELE Michel, CAPOUET Yvan, VAN ACKERE-PIETRI Michel, GERARD Alain, AYRAL Michel, *Commentaire Mégret : le droit de la CE*, tome 8 : Culture, santé, consommateurs, réseaux transeuropéens, recherche et développement, technologie, environnement, énergie, Bruxelles : éd. de l'Université de Bruxelles, coll. Études européennes dirigée par l'Institut d'études européennes, 1996, 2e édition, 426 p.

VIRALLY Michel, *La Pensée juridique*, Paris : LGDJ, éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 1998, 225 p.

ZOLLER Elizabeth, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris : PUF, coll. Droits fondamentaux, 2000, 1328 p.

2 Articles généraux

BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, remarque sur la méconnaissance de la limite de la révision constitutionnelle », *RFDA*, novembre-décembre 1993, p.1045 à 1068.

BEAUD Olivier, « Fédéralisme et souveraineté, note pour une théorie constitutionnelle de la fédération », *RDP*, 1998, p. 83 à 122.

BEAUD Olivier, « Le projet de constitution européenne sous l'angle du droit constitutionnel », *Annuaire de droit européen*, volume I, Bruylant, 2003, p. 87 à 111.

BURGORGNE-LARSEN Laurence, « A propos de la notion de compétences partagée du particularisme de l'analyse en droit communautaire » RGDIP 2006, p.337 à 396.

CHAUMONT Charles, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris : Pedone, 1960, p. 114 à 151.

CHEVALIER Jacques, « Vers un droit post-moderne, les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659 à 690.

COLIN Jean-Pierre, « Variations sur la politique étrangère », *AFRI*, 2004, p. 457 à 463.

COLIN Jean-Pierre, « Variations sur la construction européennes », *AFRI*, 2005, p.218 à 233.

CONSTANTINESCO Vlad, « Europe fédérale ou fédération d'États-Nations », *in* DEHOUSSE Renaud, *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris : Presses de sciences po, coll. Références inédites, 2002, p. 115 à 149.

DEGOFFE, Michel « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 622 à 629.

DIEZ-PICAZO Luis Maria, « Les pièges de la souveraineté » in DEHOUSSE Renaud, *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris : Presses de sciences po, coll. Références inédites, 2002, p. 39 à 67.

GAUDIN Hélène, « Autour de la constitution européenne : contribution à une théorie de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, volume I, Bruylant, 2003, p. 112 à 134.

GRARD Loïc, « L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile », *AFDI*, 2004, p. 492 à 515.

GRARD Loïc, « l'Union européenne, sujet de droit international », RGDIP, 2006, p.337 à 372.

GROSCLAUDE Laurence, « La clause de retrait du Traité établissant une constitution pour l'Europe : réflexion sur un possible marché de dupes », *RTDE*, avril-juin 2005, p. 535 à 548.

JACQUÉ Jean-Paul, « La participation de la Communauté économique européenne aux organisations internationales universelles », *AFDI*, 1975, p. 924 à 948.

KELSEN Hans, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, tome 14, volume IV, p. 231 à 331.

MARCOU Gérard, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347 à 353.

PIRIS Jean-Claude, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, avril-juin 2005, p. 243 à 260.

RAMBOUR Muriel, « Le patriotisme constitutionnel, un modèle alternatif d'élaboration d'une identité européenne ? », *Études européennes*, mars 2006. http://www.etudes-europenne.fr

SUR Serge, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales », *RGDIP*, 1985, p. 901-927.

VAHLAS Alexis, « L'appartenance à l'Union européenne », *in Le Traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, CONSTANTINESCO Vlad (sous dir.), GAUTIER Yves et MICHEL Valérie, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2005, p. 239 à 278.

VERHOEVEN Joe, « L'international et le projet de constitution européenne », *Annuaire de droit européen*, volume I, 2003, Bruylant, p. 135 à 159.

WEIL Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP,* 1982, p. 5 à 47.

3 Thèses et mémoires

ANDRADE Alessandra Arrojado Lisboa, « The global navigation satellite system: navigating into the new millenium », sous dir. Pr MILDE, 221 p. Québec, Canada : Institut de droit aérien et spatial, Mc Gill : 2001.

ANDRIES Stephanie, « The global navigation satellite system and the European Galileo program: legal issues », Québec, Canada : Mc Gill. 2003, 180 p.

CALANDRI Laurence, « Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français », sous dir. Serge REGOURD, Thèse : Toulouse : 2005. 987 p.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Le principe de continuité du service public international », Thèse : Nancy : 1965. 452 p.

COLIN Jean-Pierre, « Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes », Paris : LGDJ, 1966, 544 p.

CORET Alain, « Le condominium », Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1960, tome XIII, 333 p.

CRAPARD Laurent, « De l'intérêt d contrat de Partenariat public-privé pour le financement des projets spatiaux européens, l'exemple de Galileo », Thèse : Paris XI : 2007. 291 p.

DE CORAIL Jean-Louis, « La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français », Paris : LGDJ, 1954, 372 p.

ESPLUGAS Pierre, « Conseil constitutionnel et service public », Paris : LGDJ, 1994, 328 p.

LARDY Pierre, « La force obligatoire du droit international en droit interne », Neuchâtel : LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1966, tome 36, 279 p.

LAVINA Frédérique, « Risques et responsabilités dans la mise en place et l'exploitation d'une constellation de satellites : le cas Galileo », Thèse : Montpellier I : 2003. 661 p

LINOTTE Didier, « Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français », Thèse : Bordeaux I,1975. 451 p.

MICHEL Valérie, « Recherches sur les compétences de la Communauté », Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p.

ORENGO Céline, « La réparation du dommage écologique en matière maritime »,Thèse : Nice, 2007, 629 p.

RAVILLON Laurence, « Les aspects juridiques de la mise en place et de l'exploitation d'un système de télécommunication », Thèse : Université de Bourgogne, 1997, 700 p.

RODRIGUES Stéphane, « Services publics et SIEG dans la Communauté européenne, éléments de droit comparé et analyse du droit communautaire », Paris, 1999, 854 p.

TRUCHET Didier, « Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État », Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1977, tome CXXV, 394 p.

VIDELIER Caroline, « La responsabilité du fait du signal spatial de navigation par satellite », Thèse : Toulouse I, 2005, 576 p.

ZAHARIADE Zahari, « Le statut financier des services publics internationaux », Paris : Montchrestien, 1938, 181 p.

4 Service public international

ANTONESCO Michel A, « Essai de détermination méthodologique du droit administratif international », *Mélanges Negulesco*, Bucarest, 1935, p. 86 à 103.

BURDEAU Geneviève, « Les organisations internationales, entre gestion publique et gestion privée », *Mélanges Skubiszewski*, La Haye : Kluwer, 1996, p. 611 à 624.

CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain », *Mélanges Georges Scelle*, Paris : LGDJ, 1949. p. 115 à 178.

CHAUMONT Charles, « La signification du principe de spécialité des organisations internationales », *Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de droit des gens*, Paris : Pedone, 1964, p. 55 à 66.

CHAPPEZ Jean, LAIDIE Yan, SIMON Gérald, « Mondialisation et services publics », *in La Mondialisation du droit*, sous dir. FLOQUIN Éric et KESSEDJIAN Catherine, Paris : Litec, 2000, 612 p., p. 503 à 549.

DENDIAS, MICHEL, « Les principaux services internationaux administratifs », *RCADI*, 1938, I, p. 247.

DESINGLY Aurélien, « Le programme Galileo, un service public mondial ? », *in Le programme Galileo, questions juridiques et politiques au temps de la concession*, Paris : IFRI, coll. Travaux et recherches, octobre 2006, p.135 à 142.

GASCON Y MARIN José, « Les transformations du droit administratif international », *RCADI*, 1930, IV, p. 5 à 75.

GONIDEC P.-F., « Un nouveau service public international : l'UNESCO », *RGDIP*, 1948, p. 162 à 185.

GUGGENHEIM Paul, « Léon Duguit et le droit international », *RGDIP*, 1959, p. 629 à 638.

FEUER G., « Une création originale des Nations unies en matière d'assistance technique : le service international d'administrateurs », *AFDI*, 1959, p. 162.

JOHNSON Rebecca, « La sécurité sans armes dans l'espace : difficultés et possibilités », Forum du désarmement, Nations unies, 2003.

KAZANSKY Pierre, « Théorie de l'administration internationale », *RGDIP*, 1902, p. 355 à 367.

KISS Alexandre-Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, II, p. 99 à 256.

LANGROD Georges, « Quelques aspects du problème des Établissements publics internationaux », *Archiv des Völkerrechts*, 1958, p. 113 à 119.

NEGULESCO Paul, « Principes du droit international administratif », *RCADI*, 1935, I, p. 576 à 691.

POLITIS Nicolas, « L'influence de la doctrine de Léon Duguit sur le développement du droit international », *Archives de philosophie du droit et de sociologie politique*, 1932, p. 69 à 81.

REGLADE Marc, « Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du droit international public », *RGDIP*, 1930, p. 381 à 419.

ROLIN Henri, « Établissement publics européens ou compagnies européennes », *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebzigsten Geburtstag*, Hambourg, 1953, p. 83 à 99.

SCELLE Georges, « Théorie du gouvernement international », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1935, p. 41.

SCELLE Georges, « Essai relatif à l'Union européenne », *RGDIP*, 1931, p. 521 à 563.

SCELLE Georges, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 83 à 119.

5 Service public en droit communautaire

5.1 Jurisprudences

- CJCE, 19 mai 1993, procédure pénale contre Corbeau, affaire C-320/91
- CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, affaire C-393/92
- TPI, 27 février 1997, affaire T-106/95, Fédération française des société d'assurance
- CJCE, 17 février 1993, Poucet et pistre, affaire C-159 et 160/91, recueil p. I-637
- TPI, 24 juin 1993, Seghers/Conseil, T-69/92, recueil p. II-651
- CJCE, 19 janvier 1994, Eurocontrol, affaire C-364/92, recueil p. I-43
- CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, affaire C-107/98
- CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03
- CJCE, 21 juillet 2005, Coname, affaire C-231/03
- CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, affaire C-458/03
- CJCE, 10 novembre 2005, Commission contre Autriche, affaire C-29/04
- CJCE, 11 mai 2006, Cabotermo SpA, affaire C-340/04
- CJCE, 6 avril 2006, ANAV, affaire C-410/04
- Tribunal de la fonction publique européenne, ordonnance du 14 juin 2006, Lebedef e.a., F-34/05
- CJCE, 19 avril 2007, ASEMFO, affaire C-295/05
- CJCE, 17 juillet 2008, Commission contre Italie, affaire C-371/05
- CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, affaire C-324/07

5.2 Articles

BERROD Frédérique, « Les services publics à l'européenne entre subsidiarité et politique de l'Union », *Études européennes*, 2003. www.etudes-européenne.fr

BOISSARD Béatrice, « Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques », *RDP*, 2006, n° 5, p. 1301 à 1323.

BOURGUIGNON Didier, « Quel rapport entre libéralisation du marché gazier et sécurité énergétique, comment Bruxelles tente d'assurer son approvisionnement en gaz naturel sur fonds de tensions avec Moscou », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2008, n° 516, p.178 à 185.

CARTELIER Lysiane, « Les services publics européens, la concurrence et l'intérêt général », *Mélanges C. Champaud*, Paris : Dalloz, 1997, p. 149 à 157.

CHALTIEL Florence, « La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, février 2001, p. 89 à 92.

CHALTIEL Florence, « Les apports du Traité de Lisbonne au service public », *AJDA*, 2008, p. 1575 à 1579.

CHAMINADE André, « La notion d'obligation de service public en droit communautaire », *JCP*, 25 octobre 2006, p. 1991 à 1996.

CROZET Yves, « Transport ferroviaire et service public », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 265 à 285.

DAYAN Édouard, « L'évolution des services postaux dans le cadre des services d'intérêt général : une perspective internationale », *in* LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 303 à 338.

DE BAUW Robert, « Énergie et service public communautaire » *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 287 à 331.

DE STREEL, QUECK Robert, « Service d'intérêt économique général et communications électroniques », in LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 339 à 384.

DONY Marianne, « Les notions de "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général" », in LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêts économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 3 à38.

DRIGUEZ Laetitia, RODRIGUES Stéphane, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire, entre spécificité et banalisation », *Actualité juridique droit administratif*, 2008, p. 191 à 197.

DRIJBER Berend Jan, « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 65 à 97.

DUMEZ Hervé, JEUNEMAÎTRE Alain, « Problèmes et enjeux du contrôle aérien en Europe », discours prononcé en 1999, publié en janvier 2003 dans HENRY Claude, QUINET Émile, *Concurrence et service public*, Paris : L'Harmattan, Économiques, ch. 10, p.241 à 268.

GIRARDOT Thierry-Xavier, « Le service public est-il menacé par la construction communautaire? », *in* dossier « La notion de service public dans le cadre européen », *Cahiers de la fonction publique*, 1995, p .6 à 8.

GIRARD Pascal, « Politique commune des transports et aides d'État », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 4, p. 59 à 86.

GRARD Loïc, « Le transport aérien communautaire, entre marché et service public » *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 233 à 264.

GRARD Loïc, « Synthèse de l'approche sectorielle », *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 555 à 570.

GRARD Loïc, « Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de service d'intérêt général », *in* VANDAMME Jacques (dir.) et RODRIGUES Stéphane, *L'accès aux services d'intérêt économique général*, Paris : ASPE Europe, 2002, p.31 à 47.

GRARD Loïc, « Le droit européen des transports, une référence pour le service public en environnement de concurrence », *in* LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 387 à 419.

GRARD Loïc, « Libre concurrence et services publics, avec ou sans constitution, l'Union européenne maintient le cap de la conciliation des impératifs », *Revue des affaires européennes*, 2006, n° 2, p. 255 à 264.

HOUYET Yves, « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », *RTDE*, avril-juin 2007, p. 253 à 276.

HUBRECHT H.-G., « La construction européenne et la crise de la conception française du service public », Les administrations économiques et financières et leurs usagers, Paris : Ministère de l'Économie et des finances, 1996, p. 51 à 69.

IDOT Laurence, « Le paquet de juillet 2005 sur les services d'intérêt économique général : "codification" de la jurisprudence Altmark ou reprise en main de la Commission », *Europe*, octobre 2005, p. 4.

IDOT Laurence, « Concurrence et services d'intérêt général, bref bilan des évolutions postérieures au Traité d'Amsterdam », in LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêts économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 39 à 63.

KARPENSCHIF Michaël, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice de la Communauté européenne », *Actualité juridique droit administratif*, 15 mars 2004, n° 10, p. 526 à 533.

KARPENSCHIF Michaël, « Vers une définition européenne du service public », *RFDA*, janvier-février 2008, p. 58 à 66.

KOVAR Robert, « Droit communautaire et service public ; esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, p. 215 à 242.

LEISTER Klaus Dieter, « Tâches susceptibles d'être confiées à un secteur bancaire public en Europe », in GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 519 à 553.

LEMAIRE Christophe, « Énergie et service d'intérêt économique général », in LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 215 à 301.

LE MESTRE Renan, « Le régime juridique du service public en droit communautaire », *Les petites affiches*, 2 août 1995, p. 30 à 36.

MARTINAND Claude, « Le service public en France et en Europe, un double effort de reconstruction indispensable », *Revue des affaires européennes*, 1994, p. 80 à 88.

MEYER-HORN Klaus, « Services bancaires et financiers publics à l'échelle européenne », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 415 à 518.

MODERNE Franck, « Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen », *Mélanges J. Mas*, Paris : Économica, 1996, p. 239-252.

NIHOUL Paul, « Droit européen, consommateurs et services d'intérêt économique général », *in* LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 163 à 212.

PERALDI-LENEUF Fabienne, « La libéralisation du marché des terminaux de télécommunications et la jurisprudence communautaire : une connexion en cours », Europe, février 1996

PERALDI-LENEUF, Fabienne « Le consommateur citoyen et la mutation des obligations de service public », in « Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché », tome II, Approche transversale et conclusions, actes du colloque de Strasbourg des 17, 18 et 19 octobre 1996, ss dir. Robert KOVAR et Denys SIMON, La documentation française, juin 1998, p. 373 à 396.

PIOTRAUT Jean-Luc, « Recherche et développement (politique) », Répertoire Dalloz de droit communautaire, octobre 2000, p. 1 à 16.

POULLET Yves, VAN DER MENSBRUGGHE François, « Service universel ou public dans la politique européenne des télécommunications », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 333 à 413.

RICHER Laurent, note sous arrêt CJCE Telaustria Verlags, affaire c-324/98, *AJDA*, 20 janvier 2001, p. 106 à 112.

RODRIGUES Stéphane, « Prospective du service public en Europe : le marché intérieur, entre concurrence et utilité publique », *Revue des affaires européennes*, 1994, p. 65-79.

RODRIGUES Stéphane, « Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne, acquis et perspectives », *in* LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 421 à 440.

RODRIGUES Stéphane, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *Actualité juridique droit administratif*, 16 janvier 2006, p. 84 à 90.

ROJANSKI Vladimir, « L'Union européenne et les services d'intérêt général », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002, volume 4, p. 735.

SIMON Denys, LAGONDET Fabien, « La communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe : continuité ou rupture », *Europe*, janvier 1997, p. 1.

SIMON Denys, « Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire », *in Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Paris : La documentation française, 1998, p. 65 à 98.

THIEFFRY Patrick, « Une année en demi-teinte pour les services sociaux d'intérêt général », *Actualité juridique droit administratif*, 2008, p. 176 à 179.

VAN RAEPENBUSCH Sean, « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », *in* LOUIS Jean-Victor, RODRIGUES Stéphane, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 99 à 161.

5.3 Actes officiels de l'Union européenne

5.3.1 Commission européenne

Communication de la Commission : 26 septembre 1996, « Les services d'intérêt général en Europe », COM 96 443 final, JOCE C 281.

Communication de la Commission : 17 octobre 2001, « Les services d'intérêt général en Europe », COM 2001 598 final.

Communication de la Commission : 21 mai 2003, « Livre vert sur les services d'intérêt général », COM 2003 270 final.

Communication de la Commission : 12 mai 2004, « Livre blanc sur les services d'intérêt général », COM 2004 374 final.

Communication de la Commission : 26 avril 2006, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne. », SEC 2006 516.

Communication de la Commission : 20 novembre 2007 ? « Accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du XXIe siècle" - Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen », COM 2007 725.

5.3.2 Parlement européen, Comité économique et social européen, Sénat français.

Avis du Comité économique et social sur la « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - Livre blanc sur les services d'intérêt général », CESE 121/2005, 9 février 2005.

Rapport du Parlement européen sur le Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général A6-0275/2006, 14 septembre 2006.

Avis du Comité économique et social européen sur la « ligne de conduite pour les services d'intérêt général et la mondialisation », JO C 100 du 30 avril 2009

Catherine Tasca. Rapport du Sénat n° 376 du 4 juin 2008, « Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne ». http://www.senat.fr/noticerap/2007/r07-376-notice.html.

6 Service public en droit français

6.1 Jurisprudences

- TC, 8 février 1872 Blanco, S 1873.3.153, conclusions David
- CE, 6 février 1903, Terrier, recueil p. 94, conclusions Romieu
- CE, 4 mars 1910, Theron, recueil p. 193, conclusions Pichat
- CE, assemblée du 13 mai 1938, caisse primaire « aide et protection », Dalloz, 1939, p. 65, conclusions Latournerie
- CE, 31 juillet 1912, société des granits porphyroïdes des Vosges, recueil p. 909, conclusions Blum
- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, recueil p. 125, conclusions Chardenet
- TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, D 1921.3.1, conclusions Matter
- CE, assemblée du 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Dalloz, 1956, p. 729, conclusions Laurent
- CE, sect, 13 janvier 1961, Magnier
- CE, sect, 28 juin 1963, Narcy, *RDP*, 1963, p. 1186, note Waline
- CE, sect, 19 janvier 1973, société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, CJEG, 1973, p. 239, conclusions Rougevin-Baville
- CE, sect, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence.

6.2 Articles

AMSELEK Paul, « Le service public et la puissance publique : réflexions autour d'une étude récente », *Actualité juridique droit administratif*, 1968, p. 492 à 514.

BAZEX Michel, « Le concept de service public en droit national français », in GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 117 à 132.

CARBAJO Joël, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public » *Actualité juridique droit administratif*, 1981, p. 176 à 181.

CHAPUS René, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235 à 282.

CHENOT Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 77 à 83.

DE CORAIL Jean-Louis, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *Actualité juridique droit administratif*, 1997, p. 20 à 28.

DE CORAIL Jean-Louis, « L'identification du service public dans la jurisprudence administrative », *Mélanges G. Burdeau*, Paris : LGDJ, 1977, p. 789.

DEGOFFE Michel, « À propos du service public virtuel », *CJEG*, décembre 1993, p. 535 à 550.

DEMICHEL André, « Vers le self-service public », Dalloz, Chroniques, 1970, p. 77.

DELVOLVE Pierre, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p. 1 à 11.

DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *RDP*, 1907, p. 411 à 439.

ESPLUGAS Pierre, « La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier? », RA, p. 162.

GEOFFROY Jean-Baptiste, « Service public et prérogatives de puissance publique, réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *RDP*, 1987, p. 49 à 88.

GIRARD Pascal, « Politique commune des transports et aides d'État », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 4, p. 59 à 86.

JEZE Gaston, « Entreprises privées industrielles ou commerciales soumises à un régime de service public », *RDP*, 1948, p. 244 à 261.

JOURDAN Philippe, « La formation du concept de service public », *RDP*, 1987, p. 89 à 118.

KOUBI Geneviève, « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'État ? (I) », RA, 1992, p. 492 à 499.

KOUBI Geneviève, « Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'État ? (II) », RA, 1993, p. 9 à 12.

L'HUILLIER Jean, « À propos de la "crise" de la notion de service public », Recueil Dalloz, *Chronique*, 29. Cahier, 1955, p. 122.

LACHAUME Jean-François, « Remarque sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence de la juridiction administrative », *Mélanges Waline*, Paris : LGDJ, 1974, p. 479.

LATOURNERIE Roger, « Sur un Lazare juridique, bulletin de santé de la notion de service public, agonie, convalescence ou jouvence ? », *EDCE*, 1961, p. 708 à 720.

LAUBADÈRE André de, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », *Actualité juridique droit administratif*, 1961, p. 591 à 599.

LOMBARD Martine, « Mot et valeur du service public », *Actualité juridique droit administratif*, 2008, p. 1225.

LIET-VEAUX, Georges, « La théorie du service public, crise ou mythe ? », RA, 1961, p. 256 à 264.

MARCOU Gérard, « Maintenir l'expression et la notion de "service public" » *Actualité juridique droit administratif*, 2008, p. 833.

MODERNE Franck, « Les mutations des services publics en droit français », *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Paris : La documentation française, 1998, p. 21.

MORANGES Georges, « Le déclin de la notion juridique de service public », Recueil Dalloz, *Chronique*, 1947, p. 45 à 48.

NIZARD Lucien, « À propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », Recueil Dalloz, *Chronique*, 1964, p. 147 à 154.

NIZARD Lucien, « À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *Mélanges Eisenmann*, Paris : Cujas, 1975 p. 91 à 98.

PISANI Edgard, « Administration de gestions, administration de mission », *Revue française de science politique*, 1956, p. 315 à 330.

PONTIER Jean-Marie, « Sur la conception française du service public », Recueil Dalloz, *Chronique*, 1996, p. 9 à 14.

PONTIER Jean-Marie, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », Recueil Dalloz, *Chronique*, 1998, p. 327.

PONTIER Jean-Marie, « Les étrangetés du service public », *Actualité juridique droit administratif*, 2009, p. 65.

REGOURD Serge, « Le service public et la doctrine, pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP*, 1987, p. 5 à 48.

RODRIGUES Stéphane, « Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2, *JCPE*, 2004, p. 2 à 27.

RIVERO Jean, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *Mélanges Mestre*, Paris : Sirey, 1956, p. 461 à 471.

RIVERO Jean, « Les deux finalités du service public industriel et commercial », *CJEG,* juin 1994, p. 375 à 378.

STRIN Bernard, « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299 à 305.

SUPIOT Alain, « La crise de l'esprit de service public », *Droit social*, 1989, p. 777 à 783.

SUPIOT Alain, « Les virtualités du droit communautaire : l'avenir des métiers de services publics », *CJEG*, 1994, p. 379 à 387.

TRUCHET Didier, « Label de service public et statut de service public », *Actualité juridique droit administratif*, 1982, p. 427 à 440.

TRUCHET Didier, « Unité et diversité des "grands principes" du service public », *Actualité juridique droit administratif*, 1997, p. 38 à 46.

TRUCHET Didier, « Renoncer à l'expression "service public" », *Actualité juridique droit administratif*, 2008, p. 553.

VENEZIA Jean-Claude, « Gaston Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p. 93 à 103.

VENEZIA Jean-Claude, « Puissance publique, puissance privée », *Mélanges Eisenman*, Paris : Cujas, 1974, p. 363 à 378.

VLACHOS Georges, « Fondements et fonction de la notion de service public », Recueil Dalloz, *Chronique*, 1978, XLV, p. 257 à 262.

7 Droit comparé du service public

AUSTIN Rodney C., « Le concept de service public en droit britannique », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 133 à 162.

BELL John, KENNEDY T.P., « La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande » *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, mars 2003, p. 225 à 258.

CANANEA Giancinto della, « Continuité et changement dans la discipline des services publics en Italie », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 163 à 196.

ELIASSEN K.A., MEYER J., « Le concept de service public dans un État-providence social-démocrate - le cas de la Norvège » *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 197 à 221.

GARRIDO FALLA Fernando, « Le concept de service public en droit espagnol » *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 81 à 115.

MARCOU Gérard, « Les services publics en droit allemand » *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 83 à 192.

MARCOU Gérard, « De l'idée de service public au service d'intérêt général » *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 365 à 411.

MODEEN Tore, « Le service public en droit finlandais et suédois » *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 205 à 215.

MODERNE Franck, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public » *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 9 à 81.

MODERNE Franck, « La notion de service public (servicio público) en Espagne », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 313 à 363.

RAPP Lucien, « L'expérience américaine », *Actualité juridique droit administratif*, dossier « service public », 20 juin 1997, p. 159 à 164.

SABBIONI Paolo, « Le service public et l'État de droit en Italie », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 259 à 312.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas P., « La notion de service public en droit hellénique », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 217 à 223.

STOFFAES Christian, « La régulation des réseaux aux États-Unis, enseignements pour l'Europe », *Revue des affaires européennes*, 1994, p. 123 à 138.

TETTINGER Peter J., « Les services publics dans la conception du droit allemand », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 55 à 80.

VAN GEHUCHTEN Pierre-Paul, « Le concept de service public en droit belge », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 25 à 53.

VARIN Katherine, « Les services publics au Royaume-Uni », *in Un service public pour les Européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, Paris : La documentation Française, 1997, p. 185 à 209.

ZILLER Jacques, « Absence et présences de la notion de service public dans le droit des États membres du Benelux », *in* MODERNE Franck, MARCOU Gérard, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 193 à 204.

8 La notion de « trust »

Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, 1er juillet 1985.

BERAUDO Jean-Paul, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Paris : LGDJ, coll. Droit des affaires, 1992, 250 p.

KANNER Allan, *The public trust doctrine, parens patriae, and the attorney general as the guardian of the state's natural resources*, Duke environment law and policy forum, 2005, p. 58 à 115.

KLASS Alexandra B, « Modern public trust principles : recognizing rights and integrating standards », *Notre Dame law review*, 2006, volume 82, p. 731.

RITCHIE J., ALFORD N. H., EFFLAND R. W., « Cases and materials on decedent's estates and trusts », Aspen, 1977, 5e edition.

SAX Joseph, « The public trust doctrine in natural resources law », *Michigan Law review*, 1970, volume 68, p. 471 à 566.

SCANLAN Melissa, « The evolution of the public trust doctrine and the degradation of trust resources : Courts, Trustees and political power in Wisconsin », *Ecology law quarterly*, 2004, p. 135 à 149.

Jurisprudences

Cour suprême du New Jersey : 1821, Arnold v. Mundy, 6 NJL 1.78.

Cour suprême des États-Unis : 1892, Illinois century Road v. Illinois, 146 US 387.

Cour suprême des États-Unis : 1896, Geer v. Connecticut, 161 US 519.

9 Le patrimoine commun de l'humanité

9.1 Traités et conventions

Traité sur l'Antarctique du 1er décembre 1959, recueil des Nations unies, volume 402, I, p. 5778.

Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, 30 novembre 1967, volume 610, I, p. 8843.

Accord sur la Lune et les corps célestes, 5 décembre 1979, recueil des Nations unies, volume 1363, p. 3.

Convention de Montego Bay relative au droit de la mer signée en 1982 et son protocole d'application du chapitre 11 adopté en 1994. Recueil des Nations unies, volume 1833, I, texte authentique en français dans le volume 1833.

9.2 ouvrages et Articles

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Droit international et démocratie mondiale, les raisons d'un échec*, Paris : Textuel, coll. La discorde, 2002, 269 p.

DUPUY René-Jean, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Paris : Julliard, coll. Conférences, essais et leçons du Collège de France, 1991, 250 p.

GEOUFFRE DE LAPRADELLE Albert, « Le droit de l'État sur la mer territoriale », *RGDIP*, 1898, p. 283.

HOBE Stephan, « ILA resolution 1/2002 with regard to the Common Heritage of Mandkind Principle in the Moon Agreement », *Mélanges Simone Courteix*, Paris: Pedone, 2007, p. 301 à 307.

KISS Alexandre-Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, tome II, p. 99.

KISS Alexandre-Charles, « Retour sur la Lune, mais comment protéger son environnement ? », *Mélanges Simone Courteix*, Paris : Pedone 2007, p. 293 à 300.

TERRE François, « L'humanité, un patrimoine sans personne », *Mélanges Philippe Ardant : droit et politique à la croisée des cultures*, Paris : LGDJ, 1999, p. 339.

TICEHURST Rupert, « La clause de Martens et le droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1997, p. 133.

ZARK Nasser, *Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international*, *RGDIP*, 2001, p. 281.

10 Bien public mondial

AGGARWAL Vinod K., DUPONT Cédric, « Goods, Games, and institutions », *International Political Science review*, « New developments in International Institutions and Organizations », octobre 1999, volume 20, n° 4, p. 393 à 409.

BATTISTELLA Dario, « Faire de la paix un bien public global ? Plaidoyer pour la paix démocratique », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 191 à 215.

CONSTANTIN François, « Les biens publics mondiaux, un imaginaire pour quelle mondialisation ? », *in* CONSTANTIN François *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 19 à 39.

COUSSY Jean, « Biens publics mondiaux : théorie scientifique, réalité émergente et instrument rhétorique », in CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 67 à 99.

CHAVAGNEUX Christian, « La stabilité financière internationale, un bien public mondial pour quoi faire ? », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 137 à 147.

CHIFFOLEAU Sylvia, « Santé et inégalités Nord-Sud : la quête d'un bien public équitablement mondial », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 245 à 268.

COMPAGNON Daniel, « La conversion de la biodiversité, un improbable bien public mondial », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 163 à 189.

DUMOULIN David, « Les aires naturelles protégées : de l'humanité aux populations locales, un bien composite à la recherche de son public », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 269 à 306.

GENIEYS William, « Patrimoine mondial ou enjeux locaux ? Le classement du canal du Midi », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 345 à 366.

HEATHCOTE Sarah, « Les biens publics mondiaux et le droit international. Quelques réflexions à propos de la gestion de l'intérêt commun », *L'Observateur des Nations unies*, 2002, n° 13, p. 137 à 161.

KINDLEBERGER Charles, « International public goods without international government », *American economic review*, 1986, volume 76, p. 1 à 13.

KINDLEBERGER Charles, « The International Economic Order : Essays on Financial Crisis and International Public Goods », *The Economic Journal*, septembre 1989, volume 99, n° 397, p. 871à 873.

LE CACHEUX Jacques, « La sécurité alimentaire en débat : bien public et commerce international », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 150 à 161.

LOEHR William, « Collective Goods and International Cooperation : Comments », *International Organization*, été 1973, volume 27, n° 3, p. 421 à 430.

RYFMAN Philippe, « Les campagnes globalisées des ONG : les biens publics mondiaux au service de la société civile ? », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 309 à 344.

SCHEMEIL Yves, « Les biens publics premiers : Babel côté tour et côté jardin », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 101 à 131.

SMOUTS Marie-Claude, « Une notion molle pour des causes incertaines », *in* Constantin François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 369 à 382.

TAITHE Alexandre, « Tempête dans un verre d'eau. L'eau : droit, besoin, ou quel bien public ? », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 219 à 243.

WORMSER Gérard, « La négociation, norme fonctionnelle d'un bien public mondial ? », *in* CONSTANTIN François, *Les Biens publics mondiaux, un mythe légitimateur pour l'action collective ?*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2002, p. 41 à 65.

11 Les agences de l'Union européenne

11.1 L'agence d'approvisionnement de la Communauté européenne de l'énergie atomique

11.1.1 Articles

BLANCHARD Patrick, Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice « ENU/Commission », *Cahier juridique de l'électricité et du gaz*, octobre 1997, p. 359.

VEDEL Georges, « Euratom », *Revue économique*, 1958, n° 2, p. 213 à 232.

11.1.2 Actes officiels de la Communauté de l'énergie atomique

CEEA Conseil : Statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, JO n° 27, 6 décembre 1958, p. 534 à 540.

Règlement de l'Agence d'approvisionnement de la Communauté européenne de l'énergie atomique déterminant les modalités relatives à la confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales, JO P 32, 11 mai 1960, p. 777-779.

CEEA Commission : Décision fixant la date à laquelle l'Agence d'approvisionnement d'Euratom assumera ses fonctions et portant approbation du règlement de confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales établi par l'Agence en date du 5 mai 1960, JO n° 032 du 11 mai 1960, p. 776.

Règlement de l'Agence d'approvisionnement de la Communauté européenne de l'énergie atomique portant modification du règlement de l'Agence d'approvisionnement, du 5 mai 1960, déterminant les modalités relatives à la confrontation des offres et des demandes de minerais, matières brutes et matières fissiles spéciales, JO L 193 du 25 juillet 1975.

Proposition de règlement du Conseil portant règlement financier applicable à l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, 16 mars 2007, COM(2007) 108 final.

Proposition de décision du Conseil du 16 mars 2007 établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, COM(2007) 119/2 final.

Commission ITRE, rapport provisoire du 15 juin 2007 2007/0043 (CNS) ; ITRE, rapport du 12 novembre 2007, P6_A(2007)0376 ; avis Commission du budget, 14 septembre 2007 2007/0043.

Décision du Conseil du 12 février 2008 (2008/114 CE, Euratom) établissant les statuts de l'Agence d'approvisionnement d'Euratom, JO 15 février 2008, L 41/15.

11.1.3 Jurisprudences de la Cour de justice des Communautés et du Tribunal de première instance

CJCE, 14 décembre 1971, Commission des Communautés européennes contre République française, Agence d'approvisionnement, affaire 7/71, recueil 1971, p. 1003.

TPI (deuxième chambre élargie), 15 septembre 1995, Empresa Nacional de Urânio SA (ENU) contre Commission, affaires jointes T-458/93 et T-523/93, recueil 1995, partie II, p. 2459.

TPI, Kern Kraftwerke Lippe ens/Commission européenne, 25 février 1997, affaires jointes T-149/94 et T-181/94, recueil de jurisprudence 1997, p. II-00161.

CJCE, 11 mars 1997, ENU/Commission, affaire C-357/95P, recueil 1997, I, p. 1329.

11.2 Agences exécutives

11.2.1 Réglementations communes aux agences exécutives

Proposition de règlement du Conseil portant le statut des agences d'exécution chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires, 14 décembre 2000, COM 2000 788 final, JO C 120 E 140, 24 avril 2001.

Proposition modifiée du règlement du Conseil portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires, 28 décembre 2001, (2002/C 103 E/21) COM(2001) 808 final, JO C 103 E 253, 30 avril 2002.

Règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JO L 11/1, 16 janvier 2003.

Règlement (CE) n° 1653/2004 de la Commission du 21 septembre 2004 portant règlement financier type des agences exécutives en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JO L 297, 22 septembre 2004.

11.2.2 Décisions portant création d'agences exécutives

Décision 2004/20/CE de la Commission du 23 décembre 2003 instituant une agence exécutive, dénommée « Agence exécutive pour l'énergie intelligente », pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de l'énergie en application du règlement (CE) n°58/2003 du Conseil, JO L 5, 9 janvier 2004.

2004/858/CE, « Agence exécutive pour le programme de santé publique » pour la gestion de l'action communautaire dans le domaine de la santé publique, JO CE L 369, 16 décembre 2004.

2005/56/CE, Décision de la Commission du 14 janvier 2005 instituant l'agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture », JO L 024, 27 janvier 2005, p. 35 à 38.

Décision 2007/60/CE de la Commission du 26 octobre 2006, instituant l'Agence exécutive du réseau transeuropéen de transport, en application du règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil, JO L 32, 6 février 2007.

Décision 2007/372/CE de la Commission du 31 mai 2007 modifiant la décision 2004/20/CE pour transformer l'Agence exécutive pour l'énergie intelligente en Agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation, JO L 140/52, 1er juin 2007.

2008/37/CE, Décision de la Commission du 14 décembre 2007 instituant l'Agence exécutive du Conseil européen de la recherche pour la gestion du programme communautaire spécifique. Idées en matière de recherche exploratoire, en application du règlement CE n° 58/2003 du Conseil, texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 009, 12 janvier 2008, p. 15 à 17.

2008/544/CE, Décision de la Commission du 20 juin 2008 modifiant la décision 2004/858/CE aux fins de transformer l'Agence exécutive pour le programme de santé publique en Agence exécutive pour la santé et les consommateurs, JO L 173, 3 juillet 2008, p. 27 à 29.

11.3 Les agences déconcentrées

11.3.1 Articles

CHITI Edoardo, « The emergence of a community administration : the case of European agencies », *Common Market law review*, 1997, n° 37, 2000, p. 309 à 343.

CHITI Edoardo, Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne, sous dir. AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 99 à 107.

CHITI Edoardo, Les agences, l'administration indirecte et la coadministration, *in* Droit administratif européen, AUBY Jean-Bernard et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 267 à 281.

COMTE Françoise, « Agences européennes : relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, n° 3, p. 461 à 505.

COUZINET Jean-François, « Les agences de l'Union européenne », Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. Les études de l'IREDE, février 2002, n° 3.

DELLA CANANEA Giacinto, *European regulatory agencies*, coll. ISUPE, 2004, 219 p.

DEHOUSSE Renaud, « Regulation by networks in the European community : the role of European agencies », *Journal of European public policy*, juin 1997, n° 4, p. 246 à 261.

FRUITHOF Evanna, « Le service public et les nouvelles agences de l'Union européenne. », *in* GRARD Loïc, VANDAMME Jacques, VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, Paris : ASPE Europe, 1996, p. 573 à 614.

GRARD Loïc, « Sécurité et transports dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation » *in* « Rapport du groupe présidé par Christian STOFFAËS. Vers une régulation européenne des réseaux », 2003, annexe III h, p. 221 à 232.
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000531/index.shtml.

GRARD Loïc, « L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications », *JCPE*, *Cahier de l'entreprise*, n° 2, 2004, p. 11 à 13.

GROVE-VALDEYRON Nathalie, « Les agences de la Communauté sont-elles des autorités de régulation ? », *JCPE*, *Cahier de l'entreprise*, n° 2, 2004, p. 22 à 27.

LENAERTS Koen, « Regulating the regulatory process : delegation of powers in the European Community », *Common law review*, 1993, p. 23.

MÜLLER Isabelle, « Les organismes communautaires décentralisés », *Les petites affiches*, 22 janvier 1997, n° 110, p. 23 à 30.

RODRIGUES Stéphane, « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des agences européennes », *in* Rapport du groupe présidé par Christian STOFFAËS, Vers une régulation européenne des réseaux, 2003, annexe III h, p. 199 à 206.
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000531/index.shtml.

STEINBERG Philip, « Agencies, Co-regulation and Comitology - and what about politics ? », New York University School of Law, *A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, The Jean Monnet Program.
HTTP://WWW.JEANMONNETPROGRAM.ORG/PAPERS/01/012901.HTML

VOS Ellen, « Reforming the European Commission : what role to play for EU agencies ? », *Common market law review*, 2000, n° 37, p. 1113 à 1134.

11.3.2 Jurisprudences

- CJCE, 13 juin 1958, Meroni & CO contre Haute autorité, affaires 9 et 10-56, recueil 1958, p. 11
- CJCE, 14 mai 1981, Romano/Institut national d'assurance maladie invalidité, affaire C98/80, recueil 1981 p. 124.

11.3.3 Décisions portant création d'agence, par ordre chronologique

Centre européen pour le développement de la formation professionnelle, règlement CE

n° 337/75 du 10 février 1975, JO L 039 du 13 février 1975, p. 1 à 4.

Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, règlement CE n° 1365/75 du 26 mai 1975, JO L 139 du 30 mai 1975, p. 1 à 4.

Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, règlement CE n° 302/93 du 8 février 1993, JO L 341 du 30 décembre 1994, p. 7.

Agence européenne des médicaments, règlement CE n° 2309/93 du 22 juillet 1993, JO L 214 du 24 août 1993, p. 1 à 21.

Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, règlement CE n° 40/94 du 20 décembre 1993, JO L 011 du 14 janvier 1994, p. 1 à 36.

Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, règlement CE n° 2062/94 du 18 juillet 1994, JO L 216 du 20 août 1994, p. 1.

Office communautaire des variétés végétales, règlement CE n° 2100/94 du 27 juillet 1994, JO L 227 du 1er septembre 1994, p. 1 à 30.

Centre de traduction des organes de l'Union européenne, règlement CE n° 2965/94 du 28 novembre 1994. JO L 314 du 7 décembre 1994, p. 1 à 4.

Agence européenne pour la reconstruction, règlement CE n° 2666/2000 du 5 décembre 2000, JO L 306 du 7 décembre 2000, p. 1 à 6.

Autorité européenne de sécurité des aliments, règlement CE n° 178 2002 du 28 janvier 2002, JO L 31 du 1er février 2002, p. 1 à 24.

Agence européenne pour la sécurité maritime, règlement CE n° 1406/2002 du 27 juin 2002, JO L 208 du 5 août 2002, p. 1 à 16.

Agence européenne de la sécurité aérienne, règlement CE n° 1592/2002 du 15 juillet 2002, JO L 240, 7 septembre 2002, p. 1 (abrogé).

Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, règlement CE n° 460/2004 du 10 mars 2004, JOUE n° L 77 13 mars 2004, p. 1 à 11.

Centre européen pour la prévention et le contrôle des maladies, règlement CE n° 851/2004 du 21 avril 2004, JO L 142 du 30 avril 2004, p. 1 à 11.

Agence ferroviaire européenne, règlement CE n° 881/2004 du 29 avril 2004, JO L 164, 30 avril 2004, p. 1 à 19.

Autorité européenne de surveillance relative au « système de radionavigation par satellites », règlement CE n° 1321/2004 du 12 juillet 2004, JO L 246, 20 juillet 2004, p. 1.

Agence européenne pour la gestion opérationnelle des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, règlement CE n° 200/2004 du 26 octobre 2004, JO L 349, 25 novembre 2004, p. 1.

Agence communautaire du contrôle des pêches, règlement CE n° 768/2005 du 26 avril 2005, JO L 128, 21 mai 2005, p. 1.

Agence européenne pour les produits chimiques, règlement CE n° 1907/2006 du 18 décembre 2006, JO L 396 du 30 décembre 2006.

Institut pour l'égalité entre les hommes et les femmes, règlement CE n° 1922/2006 du 20 décembre 2006, 30 décembre 2006, JO L 403, p. 9.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, règlement CE n° 168/2007 du 15 février 2007, JO L 53 du 22 février 2007, p. 1.

Projet agence énergie, COM 2007/530 final du 19 septembre 2007, JO C 4 du 9 janvier 2008.

Projet agence Telecom, COM 2007/699 du 13 novembre 2007, JO 2008/C 224/11.

Agence européenne de la sécurité aérienne, règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une agence européenne de la sécurité aérienne, JO L 79 du 13 mars 2008.

11.3.4 Projets de rationalisation des agences : textes par ordre chronologique

Communication de la Commission européenne, « Gouvernance européenne : mieux légiférer », COM 2002/275 final 6 juin 2002.

Communication de la Commission européenne, « L'encadrement des agences européennes de régulation », COM 2002 du 11 décembre 2002, COM (2002) 718 final.

Communication de la Commission européenne, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation », 25 février 2005, COM (2005) 59 final.

Avis du service juridique du Conseil, document n° 78/05, 6 avril 2005, « Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation. Choix de l'acte juridique et base juridique ».

Assemblée nationale, rapport n° 3069 sur les agences européennes présenté par Christian PHILIP le 3 mai 2006, 87 p.

Communication de la Commission européenne, « Agences européennes, orientations pour l'avenir », COM 2008 135 final du 11 mars 2008.

Cour des comptes de l'Union européenne, « Agence de l'Union européenne, obtenir des résultats », rapport spécial n° 5, publié le 4 juillet 2008.
http://eca.europa.eu/portal/pls/portal/docs/1/1383546.PDF

Rapport sur « Une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation », Commission des affaires constitutionnelles, rapporteur Georgios PAPASTAMKOS, 17 septembre 2008, A6-0354/2008.

12 Les entreprises communes

12.1 Entreprises communes dans le Traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique

12.1.1 Articles

DE BAUW R. « L'entreprise commune d'Euratom », *in* GRARD Loïc (dir.), VANDAMME Jacques et VAN DER MENSBRUGGHE François, *Vers un service public européen*, ss Dir GRARD Loïc, VANDAMME jacques et François van der MENSBRUGGHE, ASPE europe, ISUPE, 1996, p. 312 à 316.

12.1.2 Actes officiels des Communautés européennes

CEEA Conseil : décision relative à la constitution de l'entreprise commune « Société d'énergie nucléaire franco-belge des Ardennes », JO 065 du 9 octobre 1961, p. 1173 à 1189.

Décision du Conseil 63/27 Euratom du 18 juin 1963, relative à la constitution de l'entreprise commune « Kernkraftwerk » RWE-Bayernwerk GmbH, JO B 093 du 22 juin 1963, p. 1745 à 1748.

Décision du Conseil 74/295 Euratom du 4 juin 1974 relative à la constitution de l'entreprise commune Hochtemperatur-Kernkraftwerk GmbH (HKG), JO L 325 du 20 juin 1975, p. 9 à 13.

Décision du Conseil 74/296 Euratom du 4 juin 1974 relative à l'octroi d'avantages à l'entreprise commune Hochtemperatur-Kernkraftwerk GmbH (HKG), JO L 165 du 20 juin 1974, p. 14 à 15.

Décision du Conseil 74/590 Euratom du 26 novembre 1974, relative à la constitution en entreprise commune de la société belgo-française d'énergie nucléaire mosane (SEMO), JO L 325 du 5 décembre 1974, p. 9 à 18.

Décision du conseil 75/591 Euratom du 26 novembre 1974, relative à l'octroi d'avantages à l'entreprise commune société belgo-française d'énergie nucléaire mosane (SEMO), JO L 325 du 5 décembre 1974, p. 19.

Décision du Conseil, 75/328 Euratom du 29 mai 1975 relative à la constitution de l'entreprise commune Schnell-Brüter-Kernkraftwerksgesellschaft mbH (SBK), JO L 152 du 12 juin 1975, p. 8 à 10.

Décision du Conseil 75/329 Euratom du 20 mai 1975 relative à l'octroi d'avantages à l'entreprise commune Schnell-Brüter-Kernkraftwerksgesellschaft mbH (SBK), JO L 152 du 12 juin 1975, p. 11 à 12.

Décision du Conseil 78/471 Euratom du 7 juillet 1978 relative à la constitution de l'entreprise commune Joint European Torus (JET), JO L 151, p. 10 à 23.

Décision du Conseil 78/472 Euratom du 7 juillet 1978 relative à l'octroi d'avantages à l'entreprise commune Joint European Torus (JET), JO L 151, p. 23 à 24.

Décision du Conseil du 27 mars 2007 instituant une entreprise commune pour ITER et le développement de l'énergie de fusion et lui conférant des avantages, 2007/198/Euratom, JO L 90 du 30 mars 2007, p. 58 à 72.

12.2 Entreprises communes dans le Traité de la Communauté européenne

12.2.1 Articles

DANIS François, « L'entreprise Commune Galileo », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, mars 2003, n° 466, p. 194 à 198.

YAKEMTCHOUK Romain, « La navigation par satellite - les systèmes européens Galileo et Egnos », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n°526, mars 2009, p. 154.

12.2.2 Actes officiels de l'Union européenne

Proposition de la commission « Constitution d'une entreprise commune Galileo », JO C 270 E du 25 septembre 2001.

Avis du Parlement Européen « sur la proposition visant à créer une entreprise commune Galileo», JO C 48 du 21 février 2002.

Avis du Comité économique et social « sur la proposition visant à créer une entreprise commune Galileo », 7 février 2002.

Règlement CE du 21 mai 2002 créant l'entreprise commune Galileo, n° 876/2002, JO L 138 du 28 mai 2002.

Règlement CE du 27 février 2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), n° 219/2007, JOUE L 64 du 2 mars 2007, p. 1 à 11.

Proposition de règlement du Conseil portant établissement de l'entreprise commune Artemis pour la mise en œuvre d'une initiative technologique conjointe sur les systèmes informatiques embarqués, 15 mai 2007, COM(2007) 243 final.

Proposition de règlement du Conseil portant établissement de l'entreprise commune ENIAC, 22 juin 2007, COM(2007) 356 final.

Règlement portant création de l'entreprise commune Clean Sky, CE n° 71/2008 du 20 décembre 2007, JOUE L 30 du 4 février 2008, p. 1 à 20.

Règlement CE du 20 décembre 2007 portant établissement de l'entreprise commune ENIAC, n° 72/2008, JOUE L 30 du 4 février 2008, p. 21 à 37.

Règlement CE du 20 décembre 2007 portant établissement de l'entreprise commune pour la mise en œuvre de l'initiative technologique conjointe en matière de médicaments innovants,

n° 73/2008, JOUE L 30 du 4 février 2008, p. 38 à 51.

Règlement CE du Conseil du 20 décembre 2007 portant établissement de l'entreprise commune Artemis pour la mise en œuvre d'une initiative technologique conjointe sur les systèmes informatiques embarqués, JOUE L 30 du 4 février 2008, p. 52 à 68.

Règlement CE du 30 mai 2008 portant création de l'entreprise commune « pile à combustible et hydrogène », n° 521/2008, JOUE L 153 du 12 juin 2008, p. 1 à 19.

Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement n° 219/2007 du Conseil relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR), COM (2008) 483 du 23 juillet 2008.

Règlement du Conseil du 21 novembre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 219/2007 relatif à la constitution d'une entreprise commune pour la réalisation du système européen de nouvelle génération pour la gestion du trafic aérien (SESAR).

13 Politique spatiale européenne

13.1 Traités et accords internationaux

- Convention portant création d'une Agence spatiale européenne et règlement intérieur du Conseil de l'ASE, 1975
- Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord-cadre entre la Communauté européenne et l'Agence spatiale européenne le 26 avril 2004, document Conseil 8755/04. Journal officiel n° L 261 du 06/08/2004 p. 63

13.2 Rapports et études

Orientations de la politique spatiale française et européenne, rapport de M. Paul LORIDANT, sénateur, décembre 1991, Assemblée nationale, n° 2501, IX^{e} législature, Sénat n° 213 (1991-1992).

Rapport du Sénat français, « La politique spatiale française : bilan et perspectives », rapport n° 293 (2000-2001) de Henri REVOL, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, déposé le 2 mai 2001.

http://www.senat.fr/rap/r00-293/r00-293.html.

LA DÉFENSE EUROPÉENNE, 2002, Lyon III, Centre d'études européennes - Centre de recherche sur l'Europe et le monde contemporain de la faculté Jean-Monnet Paris Sud XI, FABRE Hubert, « Sécurité et défense dans les nouvelles orientations de l'Europe spatiale », Bruxelles : Bruylant, 2003, Bruxelles, p. 59 à 98.

Fondation Robert Schuman, « L'avenir de l'Europe Spatiale », Nicolas WERMER (pseudonyme), note n° 24, 2004.

Rapport de Carl BILDT, Jean PEYRELADE et Lothar SPÄTH au directeur de l'Agence spatiale euroépenne, « Towards a Space Agency for the European Union », 2002, 12 p.

Rapport du Parlement européen sur le Livre vert « la politique spatiale européenne », 10 septembre 2003, A5-0294/2003.

Rapport du RAND préparé pour l'armée de l'air des États-Unis, « Building a Multinational Global Navigation Satellite System, An initial Look », Rosalind LEWIS, Michael KENNEDY, Elham GHASHGHAI, Gordon BITKO, 2005, 103 p.
http://www.rand.org/pubs/monographs/MG284/.

Assemblée nationale, rapport des députés Serge GROUARD et Odile SAUGUES du 5 février 2008, n° 668, Commission de la défense nationale et des forces armées, , « Les enjeux stratégiques et industriels du secteur spatial ».

Parlement Européen, rapport du député Karl VON WOGAU (PPE-DE), « Espace et sécurité », 10 juin 2008, A6-0250/2008.

PONCELET Jean-Paul, « Vers une politique spatiale globale », *CNES magazine*, janvier 2004, n° 2, p. 21-23.

13.3 Actes officiel des Communautés européennes

13.3.1 Le Parlement européen

Résolution du 25 avril 1979, « Participation de la Communauté à la recherche spatiale », JO C 127 du 21 mai 1979, p. 42.

Résolution du 17 septembre 1981 sur la « politique spatiale de l'Europe », JO C 260 du 12 octobre 1981, p. 102.

Résolution du 17 juin 1987, sur « la politique spatiale de l'Europe », JO C 190 du 20 juillet 1987, p. 78.

Résolution du 22 octobre 1991 sur « la politique Spatiale de l'Europe », JO C 305 du 25 novembre 1991, p. 26.

Résolution du 6 mai 1994 sur « la Communauté et l'espace », JO C 205 du 25 juillet 1994, p. 467.

Résolution du 13 janvier 1998 sur « l'Union Européenne et l'Espace », JO C 34 du 2 février 1998, p. 27.

Résolution du 18 mai 2000 sur la communication de la Commission et le document de travail de la Commission « renforcer la cohérence de l'approche européenne de l'espace », JO C 59 du 23 février 2001, p. 248.

Résolution du Parlement européen sur « la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen "l'Europe et l'espace : ouvrir un nouveau chapitre" », A5-0451/2001.

Rapport du Parlement Européen sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord-cadre entre la Communauté européenne et l'Agence spatiale européenne, 29 mars 2004, A5-0222/2004.

Résolution du Parlement européen sur « un plan d'action pour la mise en œuvre d'une politique spatiale européenne », P5_TA(2004)0054.

Résolution du Parlement européen du 20 novembre 2008 sur « la politique spatiale européenne : l'Europe et l'espace », P6_TA-PROV(2008)0564.

13.3.2 Le Conseil

Résolution du Conseil sur « Livre vert sur la politique spatiale européenne », 7 mai 2003, 8978/03.

Résolution du I^{er} Conseil espace, 24 novembre 2004, « Élaboration d'un programme spatial européen », document Conseil 15000/04.

Résolution du II^{e} Conseil espace, 7 juin 2005, « Orientations concernant l'élaboration du futur programme spatial », document Conseil 9440/05.

Résolution du III^{e} Conseil, 28 novembre 2005, « Orientations concernant la Surveillance mondiale de l'environnement et de la sécurité (GMES) », document Conseil 14499/1/05.

Résolution du IV^{e} Conseil espace, « La politique spatiale européenne », 25 mai 2007, document conseil 10037/07.

Résolution du V^{e} Conseil espace, « Faire progresser la politique spatiale européenne», 29 septembre 2008, document Conseil 13569/08.

Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 11 & 12 décembre 2008, point 18
Document du Conseil n° 17271/1/08 REV 1

13.3.3 La Commission européenne

Communication de la Commission du 27 septembre 2000, « L'Europe et l'Espace : ouvrir un nouveau chapitre », COM 2000/597.

Communication du 21 janvier 2003, « Livre vert Politique spatiale européenne », COM (2003)17 final.

Communication du 11 novembre 2003, « Livre blanc Espace : une nouvelle frontière européenne pour une Union en expansion. Plan d'action pour la mise en œuvre d'une politique spatiale européenne », COM 2003 673.

Communication de la Commission, du 26 avril 2007, « Politique spatiale européenne », COM (2007) 212 final.

Document de travail des services du 26 avril 2007, « European Space Programme - Preliminary Elements », SEC (2007)/504.

Document de travail des services du 26 avril 2007, « Impact assessment of the European Space Policy », SEC (2007)/505

Document de travail des services du 26 avril 2007, « Résumé d'analyse d'impact », SEC (2007)/506

Document de travail de la Commission du 11 septembre 2008, « Rapport sur l'état d'avancement de la politique spatiale européenne », COM 2008 561 final.

13.4 Le programme Galileo

13.4.1 Ouvrages et articles

BESCOND Benoît, « Galileo : un produit européen de souveraineté ? », *Défense*, mai-juin 2003, n° 105, p. 40 à 43.

BRAUNSCHVIG David, GARWIN Richard L., MARWELL Jeremy C., « A European Challenge in the sky », *Foreign Affairs*, juillet/août 2003, p. 157 à 163.

DE MONTLUC Bertrand, « La décision Galileo », *Revue Défense nationale*, avril 2002, p. 16 à 20.

DESINGLY Aurélien (dir.), *Le programme Galileo, questions juridiques et politiques au temps de la concession*, Paris : IFRI, coll. Travaux et recherche, octobre 2006, 240 p.

DREYFUS Jean-David, DESINGLY Aurélien, « Le programme Galileo, laboratoire du partenariat public-privé communautaire », *Europe*, avril 2006, p. 4 à 6.

ASIK James, RIP Michael, « An evaluation of the military benefit of the Galileo system », *GPS World*, avril 2003.

HUSSON Jean-Claude, « La navigation par satellite, le projet Galileo », Académie de marine, communication et mémoire, avril-juin 2002, n° 3, p. 25 à 47.

KARAMALI Apostolia, « Galileo, premier programme commun », *CNES magazine*, janvier 2004, n° 2, p. 26 à 27.

LEBEAU André, « Galileo : une ambition européenne », *Futuribles*, février 2004, n° 294, p. 41 à 54.

MIART Jacques, ONIDI Olivier, « Le projet Galileo », *Questions internationales*, novembre-décembre 2003, p. 80 à 85.

13.4.2 Actes officiels de l'Union européenne

- Résolution du conseil du 19 juillet 1999, (JO C 221/01), concernant la participation de l'Europe à une nouvelle génération de services de navigation par satellite - Galileo -, phase de définition.

- Communication de la Commission intitulée « État d'avancement du programme Galileo », 24 septembre 2002, COM 2002 518 , Journal officiel n° C 248 du 15/10/2002 p.2 -22 ;

- Communication de la commission intitulée « Appel à manifestation d'intérêt de la part des entreprises concernant la « concession Galileo » pour le déploiement et l'exploitation du système de navigation par satellite Galileo », 22 février 2003, JO C 43/08.

- Proposition de la Commission sur les futures structures de gestion de Galileo, 31 juillet 2003, COM (2003) 471 final.

- Communication de la commission intitulée « Futures structures de gestion de Galileo, le programme européen de radionavigation par satellite », COM 2003 471 final, 31 juillet 2003.

- Accord de coopération concernant un système mondial de navigation par satellite (GNSS) – Galileo - entre la Communauté européenne et ses États membres et la République de Chine signé le 21 octobre 2003, 13324/03.

- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, « État d'avancement du programme de recherche Galileo au début de l'année 2004 », COM 2004 112 final, 18 février 2004.

- Règlement du Conseil n° 1321/2004 « Structures de gestion des programmes européens de radionavigation par satellite » du 12 juillet 2004, JO CE L 246 du 20 juillet 2004, p. 1 à 8.

- Action commune du Conseil 2004/552/PESC « Aspects de l'exploitation du système européen de radionavigation par satellite portant atteinte à la sécurité de l'Union européenne », 12 juillet 2004, JO CE L 246 du 20 juillet 2004, p. 30 à 31.

- Proposition de règlement du Parlement Européen et du Conseil « relatif à la mise en œuvre des phases de déploiement et d'exploitation du programme européen de radionavigation par satellite » présenté par la Commission le 14 juillet 2004, COM 2004 477 final.

- Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n° 1321/2004 sur les structures de gestion des programmes européens de radionavigation par satellite, COM 2006 261 final, 2 juin 2006.

- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, « état des lieux du programme Galileo », COM 2006 272 final, 7 juin 2006.

- Résolution du Conseil des transports, télécommunications et énergie de l'Union européenne des 6 et 8 juin 2007.

- Résolution du Parlement européen du 20 juin 2007 sur le financement du

programme européen de radionavigation par satellite (Galileo) en vertu de l'accord interinstitutionnel du 17 mai 2006 et du cadre financier pluriannuel 2007-2013, P6_TA-PROV(2007)0272.

- Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, « Avancement du programme Galileo, reprofilage des programmes GNSS européens », COM 2007 534 final, 19 septembre 2007.

- Commission staff working document - Accompanying document to the communication from the Commission to the European Parliament and the Council progressing Galileo : re-profiling the European GNSS programmes (COM(2007)534 final), SEC (2007)/1210, règlement CE n° 683/2008 du Parlement et du Conseil du 9 juillet 2008 relatif à la poursuite de la mise en œuvre des programmes européens de radionavigation par satellite (EGNOS et Galileo), JOUE L 196 du 27 juillet 2008, p. 1.

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement CE n° 1321/2004 sur les structures de gestion des programmes européens de radionavigation par satellite, COM (2009) 139 final, 29 mars 2009,.

13.5 GMES

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « La surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES) : du concept à la réalité », COM (2005) 565 final, 10 novembre 2005.

- Décision de la Commission du 8 mars 2006, C(2006)673 portant création du bureau du programme de surveillance mondiale pour l'environnement et la sécurité (GMES).

- Directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne (INSPIRE).

- Communication de la Commission, au Conseil, au Parlement européen au Comité économique et social européen et au comité des régions, 1er décembre 2008, « Vers un système de partage d'informations sur l'environnement (SEIS) », COM (2008) 46 final.

14 Politique de sécurité internationale de l'Union européenne

14.1 Articles & Ouvrages

« Les Balkans et l'Europe », *Questions Internationales*, n° 23, La documentation française, janvier-février 2007.

BENTÉGEAT Henri, « Défense et sécurité européennes », *Défense nationale*, février 2009, p. 138.

DESINGLY Aurélien, « The european code of conduct : Eu fears a war in space », space news, 4 mai 2009.

HELISKOSKI, Joni : « Small arms and light weapons within the Union's pillar structure : An analysis of Article 47 of the EU Treaty », *European Law Review*, 2008, p. 898-912.

NARDON Laurence, « Europe Chooses Peace in space », Space news, 9 février 2009.

NARDON Laurence « Space security europe takes the lead» Note de l'ifri, 26 janvier 2009. www.ifri.org.
VAHLAS Alexis, « Le prototype Artemis d'agencement multinational et la diversification de l'action militaire de l'union européenne », AFRI, 2005, p. 262 à 275.

VAHLAS Alexis, « le concept européen des missions de police internationales », AFRI, 2007, P. 498.

14.2 Actes officiels de l'Union européenne.

14.2.1 Actions communes & Règlements.

Conseil européen de Santa Maria da Feira, 19 et 20 juin 2000, appendice 3, « Étude des objectifs concrets des aspects civils de la gestion des crises, » http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f0.htm/

Action commune 2003/92 sur l'opération militaire de l'Union européenne dans l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, JO L 34 du 11 février 2003, p. 26 à 29.

Action commune 2003/423 du Conseil du 5 juin 2003 relative à l'opération militaire de l'Union européenne en République démocratique du Congo, JO L 145 du 11 juin 2003, p. 50.

Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la participation de la République de Turquie à la mission de police de l'Union européenne (MPUE) en Bosnie–Herzégovine, JOUE L 239 du 25 septembre 2003, p. 35 à 37.

Action commune 2004/847 du 9 décembre 2004 relative à la mission de police Eupol Kinshasa JO L 367 du 14 décembre 2004,P.30.

Action Commune 2007/369/PESC du Conseil du 30 mai 2007 relative à l'établissement de la Mission de police de l'Union européenne en Afghanistan JO L 139 du 31.5.2007 P.33.

Déclaration conjointe sur la coopération entre les Nations unies et l'UE dans le cadre de la gestion des crises, 24 septembre 2003, document Conseil 12510/03. Complété le 7 juin 2007, document Conseil 10310/07

Action commune 2005/826 du Conseil du 24 novembre 2005 relative à la mise en place d'une équipe consultative de l'UE chargée des questions de police dans l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, JO L 307, du 25 novembre 2005, p. 61 à 64.

Règlement n° 1717/2006 du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité, JO L327 du 24 novembre 2006, p. 1 à 11.

Action commune 2007 405 du 12 juin 2007 mission de police au Congo Eupol RD Congo modifiée par l'action Commune 2008/485 du 23 juin 2008.

Accord entre l'Union européenne et la République de Croatie sur la participation de la République de Croatie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L268 du 9 octobre 2007, p. 33 à 36.

Accord entre l'Union européenne et la Fédération de Russie sur la participation de la Fédération de Russie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L307 du 18 novembre 2007, p. 16 à 20.

Décision du Conseil 2008/211/CE du 18 février 2008 relative aux principes, aux priorités et aux conditions figurant dans le partenariat européen avec la Bosnie-Herzégovine, JO L 80 du 19 mars 2008, p. 18 à 31.

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Rapport annuel de la Commission concernant l'instrument de stabilité en 2007 – Synthèse », COM 2008 181 final du 11 avril 2008

Accord entre l'Union européenne et la République d'Albanie, sur la participation de la République d'Albanie à l'opération militaire de l'Union européenne en République du Tchad et en République centrafricaine, JOUE L217 du 13 août 2008, p. 19 à 22.

Accord entre l'Union européenne et le Canada du 21 novembre 2005 établissant un cadre pour la participation du Canada aux opérations de gestion de crise menées par l'Union européenne. JO L 315 du 1 décembre 2005, p.20.

Action commune 2008/851/PESC du Conseil du 10 novembre 2008 concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la dissuasion, à la prévention et à la répression des actes de piraterie et de vols à main armée au large des côtes de la Somalie, JO CE L 301 du 12 novembre 2008, p. 33-37.

Conclusions du Conseil et projet de code de conduite pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, 3 décembre 2008, document Conseil n° 16560/08

14.2.2 Jurisprudence

CJCE Commission/Conseil, 20 mai 2008, affaire c-91/2005, recueil I, p. 3651.

14.3 documents des Nations unies.

14.3.1 Résolutions du Conseil de sécurité

Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies n° 1396, « situation en Bosnie-Herzégovine », du 5 mars 2002.

RES/1814 (2008) 15 mai 2008, « La situation en Somalie »

RES/1844 (2008), 20 novembre 2008, « La situation en Somalie »

RES/1816 (2008) du 2 juin 2008, « La situation en Somalie »

RES/1838 (2008) du 7 octobre 2008, « La situation en Somalie »

RES/1846 (2008) du 2 décembre 2008, « La situation en Somalie »

RES/ 1851 (2008) du 16 décembre 2008, « La situation en Somalie »

14.3.2 Rapport du secrétaire général.

S2003/566. Du 27 mai 2003 Deuxième rapport spécial du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo.

15 Sites internet : accès aux documents officiels de l'Union européenne

Registre du Conseil de l'Union européenne :
http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1279&lang=fr

Registre de la Commission européenne :
http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/recherche.cfm?CL=fr

Registre du Parlement européen :
http://www.europarl.europa.eu/RegWeb/application/registre/simpleSearch.faces?language=FR

Journal officiel de l'Union européenne :
http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm

Conclusions du Conseil européen :
http://europa.eu/european-council/index_fr.htm

Suivi de textes législatifs en cours d'adoption :
http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm

Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance :
http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/accueil

ANNEXES

Doc 1 : **Avis du service juridique du Conseil de l'Union européenne** du 6 avril 2005, Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation choix de l'acte juridique et base juridique…….…… p. 372

Doc 2 : **Agences européennes de régulation 25 mai 2007 (extrait)**

- Document officieux de la présidence: questionnaire sur la possibilité d'établir un cadre pour les agences européennes de régulation
- Contribution conjointe des délégations belge, italienne, luxembourgeoise et néerlandaise ……..p.376

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 6 avril 2005

7861/05

LIMITE

JUR 153
INST 25

AVIS DU SERVICE JURIDIQUE

Objet:	Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation - choix de l'acte juridique et base juridique

1. La Commission a transmis au Conseil un "projet" d'accord interinstitutionnel (AII) concernant l'objet cité ci-dessus (doc. 7032/05), qui vise à encadrer les futures agences européennes de régulation relevant du TCE pour ce qui est notamment des conditions relatives à leur création, leur structure, leur fonctionnement et leur contrôle.

   La Commission justifie le choix de l'instrument d'un AII par son souhait "*d'associer d'emblée les trois institutions à la définition des conditions de base à respecter lors de l'adoption ultérieure des actes portant création des agences sectorielles*". Selon la Commission, l'adoption d'un AII n'exclut pas de procéder, dans un second temps, à la mise au point de modalités plus détaillées dans un "*règlement-cadre*".

2. Ce projet d'AII donne suite à la communication de la Commission de décembre 2002 sur l'encadrement des agences européennes de régulation.[893] Suite à cette communication, le Conseil avait adopté le 28 juin 2004 des conclusions[894] dans lesquelles, entre autres, il prenait acte de l'intention de la Commission de proposer un "*instrument juridiquement contraignant*" destiné à fournir un cadre horizontal aux agences de régulation.

3. Le Service juridique estime que l'adoption d'un AII pour l'établissement de règles encadrant les agences de régulation ne serait pas conforme au traité.

4. Le projet d'AII a pour objet d'établir un cadre horizontal pour la création, la structure, le fonctionnement, l'évaluation et le contrôle des agences européennes de régulation. C'est ainsi que ce projet contient entre autres des règles relatives aux tâches, aux responsabilités exécutives, au statut juridique, à la base juridique, au siège, au régime linguistique, à la structure des organes de direction, aux règles financières, etc. desdites agences. Jusqu'à présent, tous ces éléments ont été établis par le législateur communautaire dans chaque règlement communautaire ayant créé une agence de régulation. Ces règlements ont été adoptés sur la base de la disposition du TCE conférant à la Communauté européenne la compétence nécessaire pour la création de ladite agence et selon la procédure prévue par cette disposition.

5. Bien qu'un AII puisse avoir certains effets juridiques contraignants, dans la mesure où son contenu exprime la volonté des trois Institutions de se lier,[895] cet instrument ne peut pas être utilisé pour adopter des normes législatives, voire "*supra législatives*" sur des sujets pour lesquels le traité a conféré des attributions aux institutions compétentes pour légiférer. Le traité prévoit, au cas par cas, l'application de procédures spécifiques pour l'établissement desdites normes législatives. Le traité confère, selon la base juridique applicable, des pouvoirs différents aux Institutions : consultation du Parlement européen ou procédure de codécision, unanimité ou majorité qualifiée au Conseil. Par ailleurs, il est rappelé que la Déclaration ad article 10 annexée à l'Acte final de la CIG ayant approuvé le traité de Nice confirme (ce qui est en tout état de

---

893 Cf. doc. 5091/03
894 Cf. doc. 10442/04
895 Arrêt du 19 mars 1996, Commission c/Conseil. Affaire C-25/94, Rec. I-1469.

cause le droit positif existant) qu'un AII ne peut ni modifier ni compléter les traités. Or, en adoptant de dispositions législatives par une autre procédure que celles prévues dans les traités, l'AII en cause modifie ceux-ci.

6. Selon la pratique suivie par les Institutions, les AII établissent les modalités de coopération entre les institutions. [896] L'AII en cause va bien au-delà de l'établissement de modalités de coopération entre les Institutions : il vise l'adoption de règles juridiques de substance "*supra législatives*", en ce sens qu'elles auraient pour objectif de lier le législateur à l'avenir, selon une procédure non prévue par les traités.[897]

7. Il découle de ces considérations que la seule voie juridiquement possible pour envisager d'établir d'une façon horizontale des règles relatives au statut des agences de régulation à créer dans l'avenir sur la base du TCE serait celle de l'adoption d'un acte juridiquement obligatoire sur la base d'une disposition du TCE conférant à la Communauté une compétence à cet effet.

8. La question se pose donc de savoir s'il existe une disposition du TCE qui pourrait constituer une telle base juridique. Deux options peuvent être examinées :

   a) Pourrait-il s'agir d'un acte juridique basé sur l'article 308 du TCE ? [898] Le recours à cette base juridique doit être fondé sur la nécessité de réaliser dans le fonctionnement du marché commun, "*l'un des objets de la Communauté*". A priori, il serait difficile d'établir une telle

---

[896] Jusqu'à présent, onze AII ont été agréés entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Cette pratique sera consacrée par l'article III-397 du traité constitutionnel lorsque celui-ci entrera en vigueur. Cet article prévoit que "*le Parlement européen, le Conseil et la Commission procèdent à des consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération. A cet effet, ils peuvent, dans le respect de la Constitution, conclure des accords interinstitutionnels qui peuvent revêtir un caractère contraignant*".

[897] Dès lors, même après l'entrée en vigueur de la future Constitution, la façon de procéder proposée aujourd'hui par la Commission ne serait pas correcte.

[898] Cette disposition a été la base juridique pour l'adoption du règlement d'encadrement des agences d'exécution (JO L 11 du 16.1.2003, p. 2), règlement dont les objectifs et le contenu étaient différents de ceux du présent projet d'AII (i.e. selon l'article 1 de ce règlement, celui-ci a pour objet "*d'établir le statut des agences exécutives que la Commission peut charger, sous son contrôle et sa responsabilité de certaines tâches relatives à la question de programmes communautaires*"). Voir l'avis du Service juridique du 5 décembre 2001 doc. 12922/01 (JUR 302).

nécessité. En outre, le statut d'une agence de régulation doit normalement être établi au cas par cas par l'acte qui la crée, à adopter souvent sur une base juridique prévoyant la codécision avec le Parlement européen. Or, dans le cas où l'on fixerait le statut de toutes les agences de réglementation à venir, d'une façon horizontale, sur la base de l'article 308 TCE, le Parlement européen serait uniquement consulté, alors qu'il serait par la suite lié par ce statut lorsqu'on créera chaque agence, même en codécision. Dès lors, l'article 308 doit être écarté.

b) Pourrait-il s'agir d'un acte juridique constitué par l'addition des articles du traité CE qui constitueront la base juridique des actes qui créeront les futures agences ? Le recours à une telle adition d'articles aurait pour conséquence de cumuler des bases juridiques prévoyant la codécision ou la consultation du Parlement européen et de bases juridiques prévoyant l'unanimité ou la majorité qualifiée du Conseil. Dans certains cas, le Parlement européen bénéficierait donc de la codécision alors que le traité ne lui confère qu'un pouvoir consultatif ; dans d'autres cas, le Conseil statuerait à l'unanimité, alors que le traité lui enjoint de décider à la majorité qualifiée. Il en résulte que cette deuxième option ne peut donc pas être envisagée.

9. Dès lors, on doit constater qu'il n'existe pas de base juridique dans le traité permettant l'adoption d'un acte juridique dont la substance serait celle prévue par le projet d'AII de la Commission.

CONCLUSION

10. L'établissement de règles juridiques concernant le statut des agences de régulation par un Accord Interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission n'est pas juridiquement correct. La seule voie juridiquement possible pour l'établissement de telles règles serait celle de l'adoption d'un acte juridiquement contraignant sur la base du TCE, mais aucun article du traité, ni aucune addition d'articles du traité, n'autorise les Institutions à adopter un tel acte. Dès lors, la seule option juridiquement correcte consiste à établir les règles relatives au statut des agences de régulation au cas par cas, sur la base du règlement communautaire qui créera chacune de ces agences.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 25 mai 2007

10041/07

INST 63
JUR 204

NOTE

de:	Secrétariat général du Conseil
au:	Délégations
Nº doc. préc.:	8261/07 INST 38 JUR 145
Objet:	**Agences européennes de régulation** - Document officieux de la présidence: questionnaire sur la possibilité d'établir un cadre pour les agences européennes de régulation - Contribution conjointe des délégations belge, italienne, luxembourgeoise et néerlandaise

La Présidence, ayant diffusé le 3 avril 2007 le questionnaire sur la possibilité d'établir un cadre pour les agences européennes de régulation (doc. 8261/07), a imparti aux délégations un délai pour présentation de leurs commentaires jusqu'au 23 mai 2007.

Les délégations trouveront en annexe la contribution conjointe des délégations belge, italienne, luxembourgeoise et néerlandaise.

ANNEXE

Introduction :

Le document ci-joint constitue le résultat d'un travail collectif d'un nombre d'États membres (Belgique, Italie, Luxembourg, Pays-Bas).

Le présent document vise à faciliter la poursuite des discussions au sein du GAG de façon à trouver le consensus le plus large possible. Il part du constat qu'un meilleur encadrement horizontal des agences a une plus value. Il permettrait de garantir plus de cohérence là où les différences n'ont aucun rapport avec la spécificité de chaque agence et d'étendre davantage l'application des principes de base d'une bonne gouvernance.

Il prend comme point de départ les Conclusions du Conseil du 24 juin 2004, qui ont formulé un ensemble de critères auxquels un tel cadre horizontal devrait répondre.

L'approche prônée consiste à construire un document politique autour de textes et principes déjà agréés au sein de l'UE, en vertu des Traités, de la législation dérivée ainsi que des accords interinstitutionnels ou déclarations conjointes L'objectif est d'aboutir à un texte concis, se concentrant sur les grandes orientations et lignes directrices présidant à la création, l'évaluation et au fonctionnement des agences

Ce document conjoint ne préjuge en rien d'éventuelles positions définitives que les États membres adopteront à l 'égard de l'un ou l'autre aspect de ce cadre en fonction de la dynamique propre que prendront les discussions au sein du Conseil et entre les Institutions, et en fonction des équilibres qui en découleront. Ces États membres souhaitent néanmoins, à ce stade, que la discussion au sein du GAG se poursuive.

Orientations communes applicables aux agences

non paper

1. Agences visées par les présentes orientations communes

Ces orientations s'appliquent aux agences dont l'acte fondateur est adopté en vertu d'une procédure de codécision. Par ailleurs, ces orientations ne s'appliquent pas aux agences dites "exécutives" couvertes par le règlement n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002.

Aux fins des orientations communes présentes, une agence européenne est une entité juridique autonome, établie par l'autorité législative, qui est investie d'une mission de service public relative à la mise en œuvre d'une politique de l'Union européenne. A cette fin, l'agence peut notamment être chargée de fournir une assistance scientifique ou technique, de collecter et échanger des informations et des bonnes pratiques et/ou d'appliquer le droit de l'Union à des cas individuels. (règlements de base de création de diverses agences et autorités).

2. Création de l’agence

Les trois Institutions conviennent que toute décision de créer ou de maintenir une agence doit être justifiée sur la base d’un besoin réel et d’une analyse exhaustive des coûts et des avantages, dans le cadre d’une analyse d’impact.

La Commission s’engage avant la présentation de sa proposition de création d’une agence à réaliser une analyse d’impact qui comprendra non seulement une application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, conformément au Protocole n° 30 y afférent, mais aussi une évaluation ex ante aussi complète que possible.

Table des matières

Introduction générale…….10

I Champ de l'étude : les interactions de l'Union européenne et des services publics internationaux à travers le prisme de l'utilisation de la notion de service public par l'Union.....12

A La gestion de l'intérêt général en droit international et la nature de l'Union européenne……..…12

B L'Union européenne créatrice de services publics internationaux ? ……..14

1 L'étude de l'expansion organique de l'Union……14

2 L'Union à la recherche d'une stature internationale……..15

II L'Union européenne à l'épreuve du service public international…….16

A La place du service public dans l'ordre juridique communautaire……...16

B Incidence du service public sur le processus d'intégration communautaire…….17

1 La réalisation du service public : objectif de l'Union européenne…….17

2 Le service public et l'Union européenne dans la mondialisation……...17

Partie 1 Le service public international, élément fédérateur de l'Union européenne…..19

Titre 1 Union européenne et service public international, un couple complexe……...20

Chapitre 1 Le droit international public et les activités d'intérêt général……...….20

Section 1 Les doctrines du service public international……...21

Sous-section 1 Le service public international dans la doctrine de l'école du droit administratif international……..……...21

§ 1 La distinction entre deux supports des services publics internationaux : l'Union universelle et la Commission internationale……...…….22

§ 2 La Société des Nations, moteur et avenir du service public……24

Sous-section 2 L'école objectiviste du droit international……24

§ 1 Les fondations du doyen Duguit…….…….25

§ 2 L'apport de Georges Scelle…….……29

A Une vision moniste du droit…….....29

B Le dédoublement fonctionnel, palliatif du caractère imparfait de la société internationale…….…….…….....30

C Une définition des services publics internationaux……30

§ 3 La systématisation de Charles Chaumont……31

§ 4 Définition du service public international……...34

Section II Les concepts proches du service public international……36

Sous-section 1 Les notions comparables au service public international dans le droit international droit positif……..…….36

§ 1 La doctrine du public trust…….……..36

A Les sources du public trust…….……36

B L'utilisation actuelle du public trust…….…..…38

C Le public trust en droit international…….…….39

§ 2 Le patrimoine commun de l'humanité…….……40

A La notion de patrimoine commun de l'humanité…….……..40

1 Apparition de la notion…….……..40

a L'humanité en droit international……41

b L'humanité détenteur d'un patrimoine…..…..43

2 Le champ d'application du patrimoine commun de l'humanité……..……45

B Le régime des biens appartenant au patrimoine commun de l'humanité……..47

1 Un régime aux contraintes neutralisées……..….47

2 Perspectives du patrimoine commun de l'humanité…….…49

Sous-section 2 La notion doctrinale de bien public mondial……52

A Sources du bien public mondial…..……53
1 Sources philosophiques…….……...…53
2 Les sources économiques……...…….…54

B Notion de bien public mondial…….……..55
1 Caractéristiques du bien public mondial……..…56
2 Les domaines inclus dans le bien public mondial…….……..57
3 Une taxinomie des biens publics mondiaux……...61

C La théorie des biens publics mondiaux : pour quoi faire ?.... 62
1 Le recours au bien public mondial : un argument commercial……...……..62
2 Le bien public mondial, un concept en trompe-l'œil……66

Conclusion du Chapitre ……..71

Chapitre II La nature de l'Union européenne……...……...72

Section 1 Origines et errements de la construction européenne dans la deuxième moitié du XX^e^ siècle…….…….……72

Section 2 Essai de classification de l'Union européenne……..76

Sous-section 1 L'Union européenne, une organisation internationale ?.....77

Sous-section 2 L'Union européenne, fédération ou confédération ?.....79

§ 1 Les critères de distinction……..…….79
A Les critères classiques……79
B Le critère du droit de retrait……80
1 Le droit de retrait dans la jurisprudence anglo-saxonne……...80
2 Le droit de retrait dans l'Union européenne……...84
C Le critère de la compétence de la compétence……..….89

§ 2 Un concept politique : la fédération d'États-Nations……..94

Section 3 L'Union européenne, une fédération……..…95

§ 1 Carl Schmitt ou la vision européenne de la fédération…….....97
A Le pacte fédératif : un acte du pouvoir constituant……97
B La fédération : une entité pacificatrice…..……..97
C L'immixtion de la fédération dans les affaires des États membres…..…….……...……98
D L'homogénéité des États, condition de la pérennité de la fédération……...……99

§ 2 L'Union, une fédération au sens de Schmitt ?.....100

Conclusion du Chapitre 2……...…..105

Conclusion du Titre 1..…….106

Titre 2 L'apport de l'Union européenne à la théorie du service public international…107

Chapitre 1 Une harmonisation du fonctionnement interne des services publics économiques……..……...….108

Section 1 Une doctrine communautaire des services publics……109

§ 1 La place des services publics et des SIEG dans le droit communautaire primaire positif……109
A Les services publics dans le droit primaire……..…109
1 Le service public dans le Traité…….……...109
2 Le service public dans les protocoles et déclarations annexes…….……110
B Les SIEG dans le droit primaire positif…….……..111

§ 2 L'harmonisation du fonctionnement des SIEG et des États……..112
A Définition de la notion de SIEG…….……112
1 L'appréciation de la notion d'entreprise exerçant une activité économique……...…...…112
2 La qualification d'intérêt général de l'activité.……..…113
B Conciliation des SIEG avec le droit de la concurrence……....114
1 Les pouvoirs spéciaux de la Commission de l'article 86 § 3…….……...114
2 Prévention des risques d'abus de position dominante.…….115
3 Le financement des missions de SIEG..……116
C La conciliation de la concurrence avec les missions de service d'intérêt économique général…….…….120
D Conceptualisation de la Commission européenne : les services d'intérêt général…….…..121
1 Les activités de puissance publique…….…….121
2 Les services sociaux d'intérêt général : un faux concept…..122
a Notion de SSIG…….……123
b Droit applicable……..…123

Section 2 L'apport de l'Union aux services publics internationaux : une approche dans l'intérêt des citoyens…….124

§ 1 Une définition communautaire des SIG……124
A Le service universel : définition communautaire du fonctionnement des services publics nationaux…….125
B La réglementation sectorielle : la définition du contenu des missions de service universel……..126

§ 2 L'accès aux services d'intérêt général : droit fondamental des citoyens de l'Union……126

A Un droit reconnu dans la Charte des droit fondamentaux……...127

B La consécration du droit d'accès aux SIEG par le Conseil européen……...128

§ 3 Traité de Lisbonne : vers un renforcement des SIG……..…129

A La perspective d'un règlement cadre des SIG……129

B Le protocole : la constitutionnalisation des SIG……..132

1 La consécration des services d'intérêt général……..133

2 La création des services non économiques d'intérêt général (SNEIG)……...133

3 Le renforcement de la subsidiarité et la constitutionnalisation des lois des SIEG……134

Conclusion du chapitre 1……..136

Chapitre 2 Vers des autorités européennes de régulation des services d'intérêt général en réseaux……...137

Section 1 Un besoin d'achèvement du marché commun……...139

§ 1 La régulation des réseaux : une activité nécessairement partagée……140

A Critère de la régulation communautaire……...…140

1 Un réseau aux nombreux échanges transfrontaliers……..140

2 Une régulation communautaire en raison des négociations internationales……..141

3 L'importance des objectifs d'intérêt général et le nombre important d'arbitrages potentiels pour le régulateur……142

B La Commission européenne, régulateur naturel des réseaux transeuropéens……143

§ 2 L'insuffisance d'une régulation communautaire basée sur le *soft law*…..144

A La coopération au sein d'associations : l'échec de l'autorégulation……144
B Les forums de l'énergie de Madrid et de Florence…
C Les premières initiatives formelles de la Commission : les groupes de régulateurs……146
1 Le groupe de régulateurs des télécommunications……...146
2 Le groupe de régulateurs de l'énergie……...146
3 Les autorités conjointes de l'aviation (JAA) ……...147

Section 2 Vers une régulation communautaire institutionnalisée……148

§ 1 Des régulateurs communautaires aux pouvoirs mesurés……..148
A Les agences pour la sécurité des transports…….149
1 Des missions consultatives communes…….149
2 L'Agence pour la sécurité aérienne : une agence fédérale…….....…153
a Le pouvoir de décision de l'Agence……..153
b Un pouvoir d'enquête et d'inspections…….154
c Le contentieux des décisions de l'agence……..155

B Les agences coordinateurs des régulateurs nationaux……..…158
1 Le projet Autorité européenne du marché des communications électroniques……158
a Les propositions de la Commissions européenne.…158
b Un projet rejeté par le législateur communautaire…159
2 Agences de coopération des régulateurs de l'énergie……...160
a La proposition de la Commission……..161
b Vers une extension des prérogatives de l'agence des coordinateurs de l'énergie……161

§ 2 Des possibilités juridiques d'extension des prérogatives des agences de l'Union…….163
A Une autolimitation de la Commission : une interprétation extensive de la jurisprudence Meroni……..163

B Le renforcement du rôle des SIEG dans le Traité de Lisbonne : point de départ du renforcement des agences……...164

Conclusion du Chapitre 2…….166

Conclusion du Titre 2……...167

Conclusion de la Première Partie……168

Partie II La mise en œuvre des services publics internationaux, élément moteur de l'Union……169

Titre I La mise en œuvre organique des services publics communautaires……171

Chapitre 1 Les agences de l'Union européenne……..173

Section 1 L'agence dans le droit communautaire primaire positif……...173

§ 1 Les caractéristiques de l'agence d'approvisionnement…….174

§ 2 L'agence, régulateur supranational du marché commun nucléaire……...176

A Un monopole sur les minerais : le droit d'option (article 52.2.B CEEA).…….176

B Un monopole dans la conclusion des contrats…….177

1 Dans le Traité, article 52.2.b TCEEA……177

2 L'assouplissement du monopole public : la création d'une procédure simplifiée……..178

a La lettre des règlements de 1960 et 1975……...178

b L'interprétation des juridictions communautaires….178

C L'Agence titulaire d'un pouvoir législatif spécial……...180

1 Un règlement de l'agence……..…181

2 Un règlement soumis à l'approbation de la Commission……..182

D L'interprétation de ces prérogatives par la Cour de justice des Communautés……..182
1 L'applicabilité du chapitre VI du CEEA……182
2 L'usage des droits de l'agence est un pouvoir discrétionnaire……...183
3 L'agence maître de la politique d'approvisionnement…...184

§ 3 Réforme des statuts de février 2008, l'agence observateur et régulateur……....186

§ 4 L'embryon d'une taxation européenne : la redevance……..……188

§ 5 Gouvernance de l'agence……..……189

Section 2 Les agences exécutives, supports du service public communautaire……..190

§ 1 La chute de la Commission Santer, genèse des agences exécutives…….191

§ 2 Notion : des organismes des Communautés chargés de services publics……..191
§3 Missions : organismes chargés de la gestion de programmes communautaires……...…192

Section 3 Les agences déconcentrées : des « micro-institutions dotées d'une macro-incidence » …….194

§ 1 La création des agences déconcentrées…….195
A La notion d'agence déconcentrée……...195
B La base juridique : des fondements évolutifs…….199
C Missions des agences déconcentrées : des attributions hétéroclites…….200
1 L'agence, un conseiller scientifique et technique…….200
2 Un pouvoir décisionnel individuel, une délégation de pouvoir sous contrôle…….201

3 Des agences de régulation……..…205

§ 2 Les agences, une politique de création perfectible……206
A La détermination du siège des agences……207
B La nomination du directeur de l'agence……...…209
C L'organisation du conseil d'administration…….209
1 La composition du conseil d'administration…….209
2 Les modalités de vote au sein des conseils d'administration……210
3 La durée du mandat des administrateurs……...210
D La transparence des activités……..…210

§ 3 Les tentatives de rationalisation……211
A Le projet d'accord interinstitutionnel de 2005……...211
1 Les propositions clefs de la Commission……..212
2 L'échec juridique et le maintien du *statu quo*……...213
B La relance des négociations en 2008……..215
1 La communication de mars 2008……..215
a Un besoin de rationalisation incontournable……216
b Un groupe de travail pour un diagnostic commun..…216
2 Les prises de position du Conseil et du Parlement……217
a Une volonté de travailler ensemble……..217
b Débats et expertises à l'intérieur du pouvoir législatif……...217
C Les solutions à retenir……219
1 Le pouvoir d'initiative de la commission, vecteur de rationalisation……...219
2 Nécessité d'un statut commun pour toutes les agences du premier pilier……221
3 Une évolution juridique d'origine mécanique……...221

Conclusion du Chapitre 1…….224

Chapitre 2 Les entreprises communes : entreprises de gestion répondant à un intérêt public européen…….225

Section 1 La notion d'entreprise commune……227

§ 1 Dualité de l'entreprise commune……..227

A La notion de « *joint venture* »……..228

B La notion d'« entreprise commune communautaire »…….228

§ 2 Doctrine des institutions justifiant le recours à l'entreprise commune.…230

A L'unité de gestion : exigence préalable à la création d'une entreprise commune…….230

B Un réceptacle du financement privé……..231

Section 2 Une classification des entreprises communes…….232

§ 1 Une société……232

§ 2 Une entreprise de mission…….233

§ 3 Entreprise commune : partenariat public-privé communautaire……...234

A Définition du partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI)…...235

B Les PPPI ne sont pas des contrats *in house*……..235

C Des entreprises hors du droit commun de la commande publique……...237

1 Des entreprises soumises au droit de la commande publique des institutions…….237

2 …et à des règles produites en leur sein…….239

D Sélection des membres privés des entreprises communes……...240

1 Recommandation de la Commission aux États membres….240

2 Le recrutement des membres : l'exemple de la SESAR joint undertaking……..240

a Les conditions d'adhésion……..…241

b La procédure de sélection…….241

E Entreprise commune : partenariat public-privé institutionnalisé ou société d'économie mixte communautaire……..252

Conclusion du Chapitre 2…….244

Conclusion du Titre I ……...245

Titre II La participation à des services publics internationaux……247

Chapitre 1 La politique spatiale de l'Union européenne : source des services publics de l'Union européenne……...248

Section 1 : Les programmes spatiaux de l'Union, services publics……..250

§ 1 Galileo/Global Monitoring Environment and Security/SSA……250

A Les principaux traits des trois programmes conjoints à l'UE et ESA……..250

1 Galileo, la radionavigation civile par satellite……..250

2 Global Monitoring Environnement and Security : l'observation de la Terre……..252

3 Space situational awareness : l'observation et la sécurité des infrastructures spatiales……254

B Galileo et GMES : des services publics de l'Union de dimension mondiale……..257

1 Galileo : le premier service public de l'Union……...258

a Les différents services Galileo…….260

b Les services d'intérêt général de la radionavigation…262

c SIEG, le service de sauvegarde de la vie……..262

2 GMES : un service public de l'Union……...263

a Une infrastructure conçue avec les utilisateurs……263

α Répondre aux besoins des utilisateurs……...264

β La méthode de consultation : « privilégier les utilisateurs publics » ……264

b La volonté de créer un service public de l'Union européenne……..265

§ 2 La mise en œuvre des services publics Galileo/GMES…….267

A Galileo : du contrat de Partenariat public privé au marché public……...267
1 Définitions et intérêt des contrats de partenariat public-privé…….267
a Le marché public……...267
b La concession……268
c Distinction marché/concession……..268
2 L'échec du contrat de partenariat dans le programme Galileo……...…268
a Une qualification juridique hasardeuse…….269
b Gouvernances publique et privée, moteurs de l'échec……270
α La gouvernance publique…….272
β La gouvernance privée : une situation d'abus de position dominante……...272
3 Le retour à un système de marchés publics……..273
B GMES : bien public européen……..276
1 Le bien public dans les résolutions du Conseil liées à GMES……..276
2 Régimes d'utilisation du bien public……..…277

Section 2 Une politique spatiale sans compétence……..278

Sous-section 1 Une gouvernance expérimentale…….279

§ 1 L'accord UE-ESA……...…279
A La lettre de l'accord…….279
1 Objet, formation et litige……...279
2 Organes de décision et de préparation.…….280
B La pratique institutionnelle de l'accord Communauté-ESA……..281
1 La préparation des Conseils espace, le High level space policy group…….281
2 Les insuffisances du système……282

§ 2 La naissance d'une politique spatiale de l'Union européenne..…283
A La politique spatiale, vecteur de services publics de l'Union européenne……...283
B Les objectifs de la politique spatiale européenne……284
C Un intérêt croissant des institutions pour l'espace……..284

Sous-section 2 : L'introduction d'une compétence spatiale dans le Traité : une révolution copernicienne ? …….286

§ 1 Un nouveau type de répartition des compétences dans l'Union…286
A L'espace dans le Traité de Lisbonne……286
B Une répartition des compétences risquée…….287

§ 2 Le Traité de Lisbonne bouleverse la gouvernance actuelle……..288
A Un rééquilibrage des pouvoirs au profit de la Commission européenne et du Parlement…….289
1 Le double renforcement des pouvoirs de la Commission…….289
a L'initiative…….289
b La codécision : zone d'influence de la Commission……..290
2 Le Parlement européen, nouvel acteur fort de la gouvernance spatiale ……...290
B La gouvernance au sein des institutions……...…291

§ 3 Les relations Union européenne-SA……..293
A Les relations actuelles : le cadre fixé par le deuxième Conseil espace……...293
B Répartition des missions dans le cadre de la commande publique……294
C Vers un partenariat renforcé ou une intégration de l'ESA à l'UE……..297
1 Vers une agence spatiale de l'Union…….298
2 La loi du juste retour industriel, ciment et sclérose de l'Agence…….. 298

Conclusion du Chapitre 1…….301

Chapitre 2 L'Union européenne, prestataire du service public de la sécurité internationale…….302

Section 1 L'Union prestataire de la sécurité internationale……..…303

§ 1 Missions de maintien de la paix……304

A Missions en Afrique : les soutiens opérationnels aux Nations unies ……..……...305

1 L'opération Artemis : première opération autonome de l'Union…….305

2 Tchad et République centrafricaine …….306

B Les opérations militaires en Europe : la stabilisation des Balkans……306

1 EUFOR Concordia - Macédoine (mars-décembre 2003) …306

2 EUFOR Althea …….307

§ 2 La lutte contre la piraterie : l'opération Atalanta……..308

§ 3 Les missions de police : stabilisation et formation des autorités locales……..310

A Éléments généraux sur les missions de police de l'Union……...311

B Des missions favorablement accueillies par les Nations unies……312

C Les missions des forces de police internationale : des missions non opérationnelles…….312

1 Le mandat de la mission en Macédoine : des objectifs étendus…….312

2 Les missions en Afrique et au Moyen-Orient : missions de conseils…….313

D Des missions ouvertes aux États tiers……..314

E Un embryon opérationnel : la force européenne de gendarmerie…315

1 Genèse……...315

2 Création par un Traité *ad hoc*……...317

3 Les missions de l'Eurogendfor…….317

Section 2 Les instruments financiers et diplomatiques au service de la sécurité internationale……318

§ 1 L'instrument de stabilité : une action complémentaire aux moyens coercitifs…….…….319

A Les objectifs : l'action en temps long et en temps court…….320

1 Répondre aux situations de crise ou de crise émergente…...320

2 Les actions de fond…….…..320

B Mises en œuvre et conséquences institutionnelles…….…..321

1 Premier bilan de l'utilisation de cet instrument……321

2 Une politique étrangère en partie communautarisée…….322

§ 2 Une initiative diplomatique pour la sécurité dans l'espace extra-atmosphérique……..324

Conclusion du Chapitre 2…….....327

Conclusion de Titre 2……328

Conclusion de la Partie 2……..329

Conclusion Générale……...……...…330

Bibliographie…….333

Annexes……..…...371

Liste de mots clefs

Union européenne, service public, service d'intérêt général, service universel, service public international, espace, politique spatiale, Agence Spatiale européenne, ESA, Galileo, GMES, SSA, Agence de régulation, Agences de l'Union européenne, Entreprises commune, Bien public mondial, Trust.

European Union, public service, universal service, service of general interest, international public services, global public goods, Space policy, European space agence, Galileo, GMES, joint untertaking, public trust, regulatory agency, networks regulation.

Les relations entre l'Union européenne et les services publics sont tumultueuses.

En apparence, l'Union européenne a ignoré la notion de service public et lui a substitué, pour le fonctionnement des services publics en réseaux, sa doctrine des services d'intérêt général et ses subdivisions des services économiques, non économiques et sociaux d'intérêt général.

En réalité, l'Union européenne reprend à son compte la notion de service public pour qualifier à la fois le fonctionnement général de ses administrations et les missions conférées aux agences spécialisées qu'elle crée pour gérer certains secteurs techniques. En outre, la politique spatiale de l'Union marque le passage d'un rôle de réglementation des activités nationales à une réelle volonté politique d'entreprendre des activités et de prester par elle-même des services publics internationaux dans l'intérêt de ses États membres et de ses citoyens.

Enfin, le service public international est un élément qui tient un double rôle dans la nature de l'Union européenne. D'une part, il renforce l'intégration communautaire sur la voie d'un système fédéral, d'autre, part, il est le moteur de l'Union européenne, la justification du développement à l'échelon communautaire d'activités que les États ne pourraient entreprendre seuls.

Relations between the European Union and public services are tumultuous.

Apparently, the European Union has ignored the concept of public service and has substituted for the functioning of public services network its doctrine of services of general interest, including their subdivision such as economic, social and non-economic services of general interest.

In fact, the European Union endorsed the concept of public service to qualify for both the general operation of its government and the missions entrusted to specialized agencies it creates to handle certain technical areas. In addition, the European space policy is the shift from a regulatory role of national activities to a real political will to undertake activities and to provide international public services in the interests of its Member States and its citizens.

Finally, international public service is an element which has a dual role in the nature of the European Union. First, it strengthens the community in the way of a federal system. On the other hand, it is the engine of the European Union, the justification for the development of activities at a European level that the States could not undertake alone.