

# Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: *la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit de l'intégration*\*

Una aproximación comparada a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad desde la jurisprudencia del TJUE y del TJCA:

*La coordinación-armonización de los pluralismos jurídicos regionales bajo el desafío de la internacionalización del derecho de la integración*

A Comparative Approach to the Principles of Proportionality and Subsidiarity in the Jurisprudence of the ECJ and the ACCJ:  
*The Coordination-Harmonization of Regional Legal Pluralisms under the Challenge of the Internationalization of Regional Integration Law*

---

GRENFIETH DE J. SIERRA CADENA\*\*  
Universidad Panthéon-Sorbonne (Paris I)

FECHA DE RECEPCIÓN: 13 DE JUNIO DE 2013 • FECHA DE ACEPTACIÓN: 4 DE OCTUBRE DE 2013

Para citar este artículo: Sierra Cadena, Grenfieth de J., «Une approche comparée des principes de proportionnalité et de subsidiarité dans la jurisprudence de la CJUE et du TJCA: la coordination-harmonisation des pluralismes juridiques régionaux à l'épreuve de l'internationalisation du droit communautaire», *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, 15, (2), pp. 127-158.

\* Agradezco a Virginie Lanceron por la relectura de este artículo y sus consejos técnicos. Igualmente los comentarios de los evaluadores que ayudaron a precisar ciertas nociones.

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario. Titular de un DSU en Derecho Constitucional y de un Máster II en Derecho Público de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II). Doctorando del colegio de derecho comparado de la Sorbona, Universidad Panthéon-Sorbonne (Paris I). Ha sido becario del *Fellowship Programme for Visiting Scholars* Max Planck Institute de Derecho Internacional Público y Comparado a Heidelberg (2012-2013), e investigador doctoral del Centro de Estudios Jurídicos Comparados del Consejo de Estado de Francia. Profesor de derecho administrativo, constitucional y metodología jurídica. Correos electrónicos: grenfisierra@hotmail.com, Grenfieth.Sierra-Cadena@malix.univ-paris1.fr

## RÉSUMÉ

Face à la complexité de la comparaison entre les droits de l'Union européenne et de la Communauté andine caractérisés par une internationalisation pluraliste croissante, l'idée de coordination du pluriel appelle l'émergence de «macro-principes» pour penser l'universalité juridique, tant dans sa diversité que dans son unité, dans le cadre d'un système juridique supranational. Sur ce point, un constat liminaire s'impose: on ne peut aujourd'hui définir les frontières d'un droit communautaire internationalisé car elles sont floues et ouvertes. Il convient dès lors de prendre comme point de départ une étude du noyau de cette internationalisation qui passe par une comparaison de principes à vocation universelle («macro principes»). En ce sens, la proportionnalité et la subsidiarité peuvent faire l'objet d'une analyse à travers une étude comparée de la jurisprudence de la CJUE et du TJCA. Le premier principe peut ainsi être vu comme un moyen de coordination de droits communautaire tandis que le second se révèle être un outil de coordination de compétences communautaires.

**Mots clés:** proportionnalité, subsidiarité, coordination, harmonisation, droit de l'intégration, internationalisation du droit.

## RESUMEN

Frente a la complejidad contemporánea de una aproximación comparada entre el derecho de la Unión Europea y de la comunidad andina, representada por su creciente internacionalización pluralista, la sola idea de coordinación de los pluralismos jurídicos regionales invita a reflexionar sobre los grandes principios de interpretación del derecho, para poder pensar en la universalidad jurídica en tanto que representación de la diversidad y de la unidad en un sistema jurídico supranacional. En esta afirmación, una realidad se impone: no es posible delimitar hoy las fronteras de la internacionalización del derecho de la integración, ya que ellas son vagas y permeables. Es necesario entonces estudiar el centro de esta internacionalización jurídica a partir de la comparación de macro-principios a vocación universal. Así proporcionalidad y subsidiariedad pueden ser analizados desde un punto de vista comparado en la jurisprudencia del TJUE y del TJCA. El primer principio en tanto que armonización de derechos y el segundo en tanto que coordinación de competencias.

**Palabras clave:** proporcionalidad, subsidiariedad, coordinación, armonización, derecho de la integración, internacionalización jurídica.

## ABSTRACT

Given the current complexity of performing a comparative analysis of European Union Law and Andean Community Law as a result of growing pluralistic internationalization, the mere idea of coordinating the various regional legal pluralism leads us to reassess the great principles of interpretation of the law as a representation of both the diversity and the unity of a supranational legal system. Nowadays, it does not seem possible to define the boundaries of the internationalization of Regional Integration Law, as they are vague and permeable. It is therefore necessary to study the center of this legal internationalization based on the comparison of macro-principles of a universal type. Proportionality and subsidiarity can be analyzed from a comparative perspective based on the jurisprudence of the ECJ and TJCA. The first principle may be viewed as a means of coordinating community rights while the latter may be viewed as a means for the coordination of community competences.

**Key words:** proportionality, subsidiarity, legal harmonization, coordination, Regional Integration Law, Internationalization of Law.

## Introduction

Étymologiquement, la coordination se définit comme «l'agencement des parties d'un tout selon un plan logique, pour une fin déterminée»<sup>1</sup> mais cette acception commune peut faire l'objet d'approches diverses: administrative, politique ou juridique. Dans le droit communautaire, la coordination peut être conçue comme un mécanisme excluant toute logique juridique hiérarchique qui tend à organiser l'interaction de processus juridiques horizontaux par le jeu de références croisées résultant d'un dialogue entre juridictions nationales et communautaires. Sa définition juridique reste cependant encore obscure comme le rappelle Virginie Lanceron: «les mentions de la coordination dans les textes juridiques sont nombreuses et diverses; qualitativement en revanche, le bilan est plus contrasté: aucune définition juridique n'en est explicitement donnée et la coordination n'occupe généralement qu'une place secondaire».<sup>2</sup>

L'harmonisation quant à elle désigne l' «action d'établir des proportions heureuses entre plusieurs choses, de les mettre en accord, de les harmoniser».<sup>3</sup> D'après son sens musical originel, l'harmonisation désigne le fait d'ajouter un accompagnement à une mélodie; elle est l'action de travailler artistiquement un élément. Si l'on s'inspire de cette définition, l'harmonisation juridique peut être étendue comme l'action d'établir des accords entre ordres juridiques différents, de façon esthétique et cohérente. Précisément, en droit communautaire, l'harmonisation consiste à rapprocher les ordres juridiques nationaux pour former un ensemble juridique commun.<sup>4</sup> Aussi peut-on distinguer la coordination juridique qui en appelle à la technique et l'harmonisation juridique qui relève de l'esthétique. Ces principes peuvent ainsi être lus comme des vertus juridiques.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Le Robert, *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris 2010.

<sup>2</sup> Lanceron Virginie, *La coordination en droit public*, Thèse, Paris II, 2014 (à paraître).

<sup>3</sup> Dictionnaire de français Larousse, en <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/harmonisation/39118>>, Consulta del 9 de junio de 2013.

<sup>4</sup> Canivet Guy, *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, n.º1, Société de législation comparée, Collection: Droit privé comparé et européen, Paris, 2003.

<sup>5</sup> Bourgon Jérôme. "Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale". In *Extrême-Orient, Extrême-Occident*. 1997, n.º19, La valeur de l'exemple. Perspectives chinoises. pp. 7-44.

Face cette complexité<sup>6</sup> du droit de l'intégration régionale caractérisée par une lacune de définitions et une internationalisation pluraliste croissante, la seule idée de coordination-harmonisation du pluriel appelle la construction de 'macro-principes'<sup>7</sup> pour penser l'universalité juridique marquée par la dialectique diversité-unité propre au modèle juridique supranational. Sur ce point, un constat liminaire s'impose: on ne peut aujourd'hui définir précisément les frontières d'un droit communautaire internationalisé qui restent floues et ouvertes.<sup>8</sup> Il convient dès lors de prendre comme point de départ une étude du noyau de cette internationalisation à travers la comparaison de principes à vocation universelle<sup>9</sup> («macro principes»): la proportionnalité et la subsidiarité qui seront définies ultérieurement.

Celles-ci ont été interprétées par les juges communautaires dans le sens d'une unité associée à une interaction dynamique entre le droit régional et le droit national. Une lecture finaliste de ces principes privilégie la société transnationale sur les sociétés nationales, l'ordonnancement des pluralismes nationaux vers une unité juridique communautaire. D'après Mireille Delmas-Marty, cette harmonisation<sup>10</sup> communautaire répond à la nécessité de surmonter le défi et satisfaire le besoin d'internationalisation du droit.<sup>11</sup> Dans son ouvrage intitulé *Le pluralisme ordonné*, elle distingue plusieurs processus d'interaction qui contribuent à ordonner le pluriel juridique: coordination par entrecroisement, harmonisation par rapprochement et unification par hybridation.<sup>12</sup>

Mais quelle est la pertinence d'une comparaison de deux systèmes juridiques aussi asymétriques dans leur forme juridique comme dans leur

<sup>6</sup> Morin Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Editions de Seuil, Paris, 2005, pp. 97-100.

<sup>7</sup> Voir: Moderne Franck, "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *RFDA*, 1999, p. 722; Schmidt-Aßmann Eberhard, "Principes de base d'une réforme du droit administratif", *RFDA*, 2008, p. 667.

<sup>8</sup> Fischer-Lescano Andreas et Teubner Gunther, "Collisions de régimes: la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial", *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t. XXVII), p. 192.

<sup>9</sup> Voir: France, Cour de cassation, *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000. La documentation française, Paris, 2001.

<sup>10</sup> La Professeure Delmas-Marty dans son ouvrage *Le pluralisme ordonné* distingue plusieurs processus d'interactions qui contribuent à ordonner le pluralisme juridique: coordination par entrecroisement, harmonisation par rapprochement, unification par hybridation.

<sup>11</sup> Collège de France, *Le pluralisme ordonné*, Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Leçon du 31 janvier 2005-2006.

<sup>12</sup> Ibid.

évolution juridique et degré d'intégration? Pourquoi une telle comparaison de la coordination-harmonisation des droits de l'intégration régionale doit-elle privilégier les principes de proportionnalité et de subsidiarité? Et pourquoi analyser le principe de subsidiarité apparemment absent de la jurisprudence du TJCA?

Trois raisons expliquent un tel choix. La première est que si la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et le Tribunal de Justice de la Communauté Andine (TJCA) ont des origines culturelles et des dimensions juridiques différentes, les deux juridictions partagent toutefois la vocation commune de bâtir des espaces juridiques régionaux inscrits dans une réalité mondialisée. On peut dès lors considérer que «les prémisses de cette fabrique du droit se trouvent dans l'émergence d'une culture juridique commune. En ce sens le dialogue de juges est indépendant de toute relation hiérarchique».<sup>13</sup> L'enjeu d'un tel exposé sera de réussir à discerner les similitudes, révéler les différences, éclairer les interfaces juridiques et les migrations doctrinales entre des espaces marqués par des réalités régionales internationalisées à partir de la régulation du marché.

La deuxième raison est que l'harmonisation-coordination juridique peut être le résultat soit de l'Etat qui formellement introduit dans son système juridique des règles de droit déjà harmonisées (exemple de l'*Unidroit* en droit privé);<sup>14</sup> soit de la confrontation entre normes juridiques de provenances diverses (exemple de la dialectique *directives communautaires vs identité constitutionnelle*). Dans ce dernier cas, le principe de proportionnalité ne cherche pas à sacrifier une règle juridique pour une autre mais tend au contraire à concilier ce qui paraît inconciliable, sans déléster de sa valeur ou de sa force une règle ou un principe qu'il soit national ou communautaire. Ce principe reconnaît l'horizontalité des normes, l'existence d'une «hiérarchie normative mobile» que les juges ne dessinent cependant que lorsque des circonstances très précises sont réunies et selon des critères déterminés à

<sup>13</sup> Fartunova Maria, "Le dialogue de juges les interactions entre le TPICE et la Cour", (sous la direction) Mbongo Pascal, Vauchez Antoine, *Dans la fabrique du droit européen, scènes, acteurs et publics de la cour de justice des communautés européennes*, Bruyant, Bruxelles, 2009, p. 32.

<sup>14</sup> Van Houtte H, "La modélisation substantielle", (sous la direction) Loquin Eric, Catherine Kessedjian, *La mondialisation du droit*, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, LITEC, Paris, 2000, p. 207.

l'avance par eux.<sup>15</sup> Il s'agit de préserver l'ordre et la sécurité juridiques du système communautaire.

La troisième raison qui justifie une telle préférence pour les principes de proportionnalité et de subsidiarité réside dans leur aptitude à souligner les rapports qui existent entre les citoyens et les acteurs économiques ainsi que les techniques d'individualisation vis-à-vis des pouvoirs transnationaux; tout en mettant en lumière les dimensions transversales de la communauté en tant que structure administrative et politique transnationale. L'étude de la coordination des décisions et des compétences - et surtout l'harmonisation juridique entre ordre national et ordre communautaire - à partir des principes de proportionnalité et de subsidiarité devient déterminante pour analyser l'existence et le fonctionnement d'organes juridiques à l'échelle transnationale. Ces notions sont les moteurs de la coordination d'un droit communautaire internationalisé agissant tel un catalyseur qui favorise, de manière informelle, l'échange entre droits au niveau communautaire-régional. Elles privilégient une dynamique d'organisation qui est le support institutionnel et normatif de ces espaces régionaux d'intégration<sup>16</sup> que sont l'Union européenne et la Communauté andine. En conséquence, si l'on veut analyser la coordination-harmonisation du droit communautaire andin à la lumière de l'internationalisation du droit de l'intégration, la mise en exergue de l'émergence de la subsidiarité à travers l'office du TJCA est essentielle.

Ainsi, proportionnalité et subsidiarité peuvent faire l'objet d'une analyse privilégiant une approche comparée de la CJUE et du TJCA à l'épreuve de l'internationalisation du droit de l'intégration régionale. La première peut s'entendre comme un instrument d'harmonisation de droits communautaires; la seconde en tant qu'outil de coordination de compétences communautaires.

<sup>15</sup> La técnica constitucional de la proporcionalidad se concretiza en la ejecución de tres etapas: adecuación, necesidad, y racionalidad. La racionalidad es fuertemente discutida en la doctrina comparada, en tanto le da al juez la capacidad de otorgarle un sentido legislativo a la norma jurídica, en el momento de la concretización jurídica y su aplicación. Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 34.

<sup>16</sup> De La Rosa Stéphane. "La méthode ouverte de coordination", (sous la direction) Robin-Olivier Sophie, Fasquelle Daniel, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – une lecture des phénomènes de régionalisation et mondialisation du droit-*, Bruyant, Bruxelles, 2008, p. 78.

## 1. La proportionnalité: l'harmonisation des droits

S'agissant tout d'abord du principe de proportionnalité considéré d'un point de vue international et comparé, une analyse distinguant trois temps est nécessaire pour comprendre sa logique: l'adéquation de la décision, la nécessité de la décision et la rationalité de la décision.<sup>17</sup> Ces trois étapes, retenues pour penser la plupart des systèmes juridiques,<sup>18</sup> permettent de déterminer si des décisions ont un caractère particulier ou une vocation universelle. La question de la rationalité de la décision peut prêter à critique en raison de son caractère subjectif: ce sont les juges qui l'évaluent et participent à la construction de la légitimité de la décision autant que de leur action. L'approche de la subsidiarité, qui repose notamment sur un principe d'efficacité, semble plus objective.

A notre sens, la rationalité dans la proportionnalité est la matérialisation du «savoir stratégique»<sup>19</sup> des juges qui désigne non seulement une connaissance de la loi, mais également des mécanismes, des instruments et des «dispositifs des pouvoirs» communautaires qui permettent d'agir dans le cadre communautaire. Le juge cherche à conceptualiser le problème de l'unité et de la pluralité du pouvoir communautaire à partir du principe de proportionnalité.<sup>20</sup>

Selon la doctrine anglo-saxonne, la proportionnalité est inhérente à tout système juridique qui respecte les principes de l'Etat de droit, donc à l'UE où

<sup>17</sup> Alexy Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010.

<sup>18</sup> La notion de proportionnalité est d'usage extrêmement général: La seule mission légitime des juges en matière constitutionnelle est de mettre en œuvre le principe de proportionnalité Voir: Beatty David, *Being proportional about proportionality the ultimate rule of law*, Oxford University Press, New York, 2004.

<sup>19</sup> Selon Michel Foucault il existe toujours une relation directe entre le savoir et le pouvoir. Toute manifestation du pouvoir est aussi la manifestation d'un savoir. Ce savoir développe un diagramme du pouvoir, c'est un modèle qu'il identifie au panoptique: le pouvoir est une présence absente, une virtualité pourtant dotée d'effets réels. Et ce «diagramme» consiste à imposer une conduite à une multiplicité restreinte d'individus. Voir: Foucault Michel, *La volonté de savoir, droit de mort et pouvoir sur la vie*, Folio plus, philosophie, 20 ed, Paris, 1976, pp. 53-61.

<sup>20</sup> Le principe de proportionnalité a été développé par la CJCE (voir notamment CJCE 17 juillet 1970 Internationale Handelsgesellschaft, aff.11/70, Recueil p.1125) et inséré, en 1992, dans le traité CE avec le Traité de Maastricht. V. Hileme Kombila-Ibouanga, "La proportionnalité en tant que principe du droit de l'Union", in *Contribution au VIII Congrès mondial de droit constitutionnel*, atelier 9: la proportionnalité en tant que principe, in <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/166.pdf>>, consulta del 11 de junio de 2013.



elle est l'expression du principe de primauté du droit communautaire.<sup>21</sup> Ce principe régit tant l'administration que la pratique juridique,<sup>22</sup> dans tous les domaines importants du droit établi par le Traité de Rome (article 5 TFUE, Protocole No 2). Penser à une universalisation du principe de proportionnalité demande de revenir sur ses multiples définitions jurisprudentielles en Europe<sup>23</sup> comme en Amérique Latine.<sup>24</sup>

En droit communautaire européen, les révisions des traités n'ont jamais remis en question les principes essentiels dégagés par la Cour de Justice;<sup>25</sup> au contraire elles les ont consacrées en les codifiant, notamment les principes de proportionnalité et de subsidiarité. En effet, la jurisprudence de la CJUE a très tôt établi les bases sur lesquelles le droit de l'ensemble de l'Union européenne allait se développer<sup>26</sup>: «le prix de cette extension a été l'insertion dans les traités des principes de subsidiarité et proportionnalité; régulateurs de l'exercice des compétences communautaires»<sup>27</sup> Selon la doctrine le respect du principe de subsidiarité conditionne le déclenchement de l'action communautaire tandis que le principe de proportionnalité affecte le contenu normatif des règles communautaires ainsi que leur étendue. La subsidiarité vise à privilégier le niveau le plus proche de décision aussi longtemps que le niveau supérieur ne peut agir de manière plus efficace.

En droit communautaire andin, le principe de proportionnalité est le produit de l'interprétation des traités et du droit dérivé par le TJCA qui se

<sup>21</sup> "Today proportionality governs lawmaking and adjudication in virtually all important domains of law established by the Treaty of Rome. Indeed, the consensus among doctrinal authorities is that proportionality is inherent to any proper legal system, and therefore to the EU, being an expression of the principle of rule of law". Stone Sweet Alec And Mathews Jud "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", Faculty Scholarship Series, 2008, Paper 1296, in <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1296](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1296)>, consulta del 13 de junio de 2013.

<sup>22</sup> Voir: Robert. Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in Administrative law*. Hart Publishing, Oxford, 2000.

<sup>23</sup> Emiliou Nicholas, *The Principle of Proportionality in European law: a Comparative study*, Kluwer Law International, London and Cambridge, 1996.

<sup>24</sup> Voir: Bogdandy Armin Von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Morales Antoniazzi Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. hacia un ius cosntitucional commune en América latina?*, T. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.

<sup>25</sup> Voir: Weiler J. H. H. Lockhart N.J.S., "Taking Rights Seriously. Seriously" in *The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*. Part I, 32 Common Mkt. L. Rev. 51, 84, 94, (1995).

<sup>26</sup> Voir: Maubernard Claude, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des communautés européennes. Contribution a l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse, Montpellier I, 2001.

<sup>27</sup> Marciali Sébastien, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Thèses, Bruyant, Bruxelles, 2007, p. 76.



place à trois niveaux: national, communautaire et international économique (OMC). Par ailleurs, la proportionnalité est abordée de manière explicite dans la décision 439 de la Commission andine qui organise la mise en œuvre de la libéralisation du marché régional. Le droit dérivé andin a également consacré la proportionnalité en tant qu'instrument de régulation de l'administration communautaire comme en témoigne le Manuel des contrats publics de la Communauté andine.

Mais quels sont les similitudes et les différences entre l'interprétation andine et l'interprétation européenne de ces principes?

### ***1.1 La protection des opérateurs économiques contre les mesures communautaires dans l'Union européenne***

Le principe de proportionnalité fonctionne au sein de l'UE dans le cadre d'une relation entre les Etats, la communauté et le citoyen (article 5 du TFUE). Elle a pour objet de prévenir toute tendance des autorités publiques, nationales et communautaires à affecter la liberté des individus<sup>28</sup> tout en protégeant les opérateurs économiques contre les éventuels dommages pouvant résulter de l'application du droit communautaire.<sup>29</sup> Le principe de proportionnalité influe aussi sur les rapports verticaux entre la communauté et les Etats, et plus précisément sur la garantie des compétences résiduelles des Etats membres, mais d'une façon moins importante que le principe de subsidiarité. La CJUE avait consacré le principe de proportionnalité avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht dans l'affaire *Forges de Thy-Marcinelle et Monceau*<sup>30</sup> en considérant que «les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché».<sup>31</sup> Puis, la proportionnalité a été reconnue en tant que principe de limitation des mesures communautaires dans l'arrêt

<sup>28</sup> Voir: Schwarze Jürgen, *Droit administratif européen*, vol 2, Bruyant, Luxembourg, 1994, pp. 721-911; Emiliou Nicholas, *The Principle of Proportionality in European law: a comparative Study*, The Hague, Kluwer law international, 1996, pp. 1-3.

<sup>29</sup> Isaac Guy, Blanquet Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 9 ed, Sirey, Paris, 2006, p. 68.

<sup>30</sup> UE, CJUE; Arrêt *Forges de Thy-Marcinelle et Monceau SA contre Commission des Communautés européennes*; du 18 mars 1980.

<sup>31</sup> UE, CJCE; Arrêt *Forges de Thy-Marcinelle et Monceau*, Op. cit.

*International Handelsgesellschaft*.<sup>32</sup> Plus récemment, la CJUE a précisé «trois sous-éléments»<sup>33</sup> du principe dans l'affaire *Schröder*.<sup>34</sup> Le juge communautaire européen a ainsi construit le cadre des relations entre communauté, Etats et citoyens; la protection de la liberté de l'individu étant essentiellement circonscrite à la protection des opérateurs économiques contre les dommages pouvant résulter de l'application du droit communautaire.

Le principe de proportionnalité est donc destiné à limiter l'intensité de l'exercice d'une compétence, soit communautaire soit nationale, alors que le principe de subsidiarité tend à éviter le déclenchement d'une action communautaire qui n'est pas nécessaire, lorsque le niveau national peut intervenir.<sup>35</sup> Le principe de proportionnalité doit permettre que les Etats membres disposent d'une marge nationale d'application suffisante lors de l'application des mesures communautaires tout en garantissant leur effectivité et le respect des exigences posées par les traités.<sup>36</sup> En vertu de ce principe, les institutions communautaires doivent adopter l'acte juridique prévu par le traité lorsqu'il le prévoit expressément.<sup>37</sup> Au contraire, lorsque les dispositions habilitantes des traités ne précisent pas la catégorie d'actes à adopter ou laissent le choix entre plusieurs actes, les institutions

<sup>32</sup> UE; CJUE; Arrêt; *Internationale Handelsgesellschaft*; affaire 11-70; du 17 décembre 1970: «Dans cet arrêt, la Cour complète la jurisprudence *Stauder* en précisant que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.»

<sup>33</sup> « En vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés. » UE; CJCE; Arrêt *Schröder c. /Hauptzollamt Gronau*, du 11 juillet 1989, Aff. 265/87, pp 2237 et ss.

<sup>34</sup> UE; CJUE; Arrêt *Deutsche Telekom AG contre Lilli Schröder*, Demande de décision préjudicielle: *Landesarbeitsgericht Hamburg - Allemagne de la Cour (sixième chambre)* du 10 février 2000. Egalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins - Article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) - Protocole sur l'article 119 du traité CE - Régimes professionnels de sécurité sociale - Exclusion de travailleurs à temps partiel de l'affiliation à un régime professionnel permettant de bénéficier d'une pension de retraite complémentaire - Affiliation rétroactive - Droit de bénéficier d'une pension - Rapports entre droit national et droit communautaire. Affaire C-50/96.

<sup>35</sup> UE; CJCE; Arrêt *Royaume-Uni c/Commission* du 12 novembre 1996, aff. C-84/94, Rec., I-5755

<sup>36</sup> Points 6 et 7 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

<sup>37</sup> UE; CJUE; Arrêt *Italie c/Haute Autorité* du 15 juillet 1960, aff.20/59, Rec., p. 663.

communautaires peuvent choisir l'instrument le plus approprié à leur action.<sup>38</sup> Le principe de proportionnalité apparaît dès lors comme un outil qui vise à favoriser l'exécution décentralisée du droit communautaire, la garantie des droits des Etats.

Le contrôle juridique du respect du principe de proportionnalité fait par les institutions communautaires peut se résumer à deux attitudes: d'une part, pour établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, la Cour considère qu'il importe de vérifier si les moyens qu'elle met en action sont aptes à réaliser l'objectif visé,<sup>39</sup> d'autre part, la Cour considère que le contrôle doit se limiter à un examen destiné à constater si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir, ou si l'institution n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation<sup>40</sup> – une mesure de contre-pouvoir.

En conséquence, la doctrine considère que «l'annulation par la CJUE d'un acte communautaire, sur la base de la violation du principe de proportionnalité dans sa dimension des rapports de compétences entre communauté et Etats membres, semble fortement limitée».<sup>41</sup> La CJUE a été amenée à annuler des actes communautaires contraires au principe de proportionnalité au nom d'un principe général de protection de la sphère privée des citoyens et des acteurs économiques, mais non en tant que principe régulateur de compétences communautaires.<sup>42</sup> Le principe de proportionnalité devient un instrument dont l'effectivité repose sur la volonté des institutions communautaires. Selon la doctrine, cette situation a conduit la Commission européenne à encourager une nouvelle approche de l'harmonisation technique écartant une harmonisation exhaustive. Le principe vise à favoriser l'exécution décentralisée du droit communautaire mais *a minima*.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> UE; CJCE; Arrêt *Balkan*, du 24 octobre 1993, aff. 5 /73, Rec., p. 1091.

<sup>39</sup> UE; CJCE; Arrêt *RFA c/Conseil* du 9 novembre 1995, aff. C- 426/93, Rec p. I-3723 point 42.

<sup>40</sup> UE; CJCE; Arrêt *Royaume-Uni c/Commission* du 12 novembre 1996, aff. C-84/94, Rec., I-5755.

<sup>41</sup> Marciali Sébastien, *La flexibilité du droit de l'union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 100.

<sup>42</sup> UE; CJCE; Arrêt *ABNA*, du 6 décembre 2006, affaire C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04 Rec., p. I- 10423, spéc, points 76-88.

<sup>43</sup> Michel Valérie, *Recherche sur les compétences de la communauté européenne*, L'harmattan, Paris, 2003, p. 499.

## 1.2 La garantie d'une mesure «nécessaire» pour protéger les «intérêts vitaux» des Etats andins

La position du TJCA est particulière: le principe n'a pas été consacré pour garantir le fonctionnement du marché régional par des actions positives, comme c'est le cas dans l'UE avec la libéralisation du marché, ni à travers la coordination de politiques publiques entre les niveaux nationaux et communautaire; et encore moins en vue d'une harmonisation normative protégeant les intérêts des citoyens vis-à-vis des pouvoirs publics ou privés de la communauté. Dans la CAN au contraire, le principe de proportionnalité est utilisé en tant qu'un instrument pour justifier juridiquement des barrières à la liberté du marché régional à l'intérieur des Etats-membres. Ainsi, toute limitation à la libéralisation par un Etat peut être justifiée à partir du principe de proportionnalité. Il n'est donc pas un instrument de coordination entre les compétences nationales et communautaires sinon un instrument de limitation de la liberté du marché.

Précisément, le TJCA<sup>44</sup> a défini le principe de proportionnalité en tant que «mesure nécessaire pour protéger certains valeurs ou intérêts vitaux des Etats membres».<sup>45</sup> Cette position résulte de l'interprétation faite par le juge de l'article 11 de la Décision 439 de la Commission andine relative à la libéralisation du marché régional dans le cadre de la CAN:<sup>46</sup>

<sup>44</sup> CAN; TJCA; Sentencias: PROCESO 1-AI-97, PROCESO No. 03-AI-97, PROCESO 46-AI-99, PROCESO 03-AI-2006.

<sup>45</sup> CAN; TJCA; PROCESO 03-AI-2006.

<sup>46</sup> El artículo 11 de la Decisión 439 establece: "Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Marco General, cada País Miembro podrá adoptar o aplicar medidas necesarias para: 1. Proteger la moral o preservar el orden público; 2. Proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales, y preservar el medio ambiente; 3. Proteger los intereses esenciales de su seguridad nacional; 4. Garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios prestadores de servicios de otros países miembros, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con el compromiso de trato nacional contenido en el artículo 8; 5. Aplicar disposiciones destinadas a evitar la doble tributación contenidas en acuerdos internacionales suscritos por el País Miembro, aun cuando tales medidas fueran incompatibles con la obligación de trato de nación más favorecida contenida en el artículo 7; y, 6. Lograr la observancia de leyes y reglamentos relativos a: a) La prevención de prácticas que induzcan a error y de Prácticas fraudulentas o relativas a los efectos de incumplimiento de los contratos de servicios; b) La protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; y c) La seguridad pública. Las medidas enumeradas en el presente artículo, no se aplicarán de manera desproporcionada en relación con el objetivo que persigan, no tendrán fines proteccionistas en favor de servicios o prestadores de servicios nacionales, ni se aplicarán de forma tal que constituyan un obstáculo

*Las razones mencionadas en el artículo 11 de la Decisión 439, al igual que las contenidas en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena, aparte de tener un carácter no económico, excepcional, y consecuentemente deben ser objeto de una interpretación restrictiva, encontrándose condicionadas al principio de proporcionalidad, por lo que únicamente son admisibles aquellas medidas estrictamente necesarias, idóneas y razonablemente proporcionales al fin perseguido, fin que no puede separarse de los expresamente enumerados en el derecho positivo comunitario...*<sup>47</sup>

Toutefois, il est à noter que le TJCA prend en compte la jurisprudence de la CJUE sur les restrictions au commerce régional et le besoin juridique d'une harmonisation régionale en citant le fameux arrêt *Cassis de Dijon*.<sup>48</sup> Le TJCA a néanmoins opté pour une approche différente de celle qui le voit comme un instrument d'articulation du système communautaire de libre marché.

Le TJCA ne cherche pas à développer un principe relatif aux compétences économiques à l'échelle régionale, et encore moins à consacrer la proportionnalité en tant que principe clé de l'ordre économique communautaire. Les faits montrent que le juge andin cherche au contraire à instrumentaliser l'argumentation juridique de la CJUE pour justifier des restrictions au commerce régional, à l'avantage des Etats membres, en application de la Décision 439 précitée. Il s'agit en conséquence d'un instrument qui tend à instaurer des restrictions économiques au libre marché, plutôt qu'un principe d'harmonisation et de coordination juridiques à l'échelle régionale.

Pour autant, notons que dans des affaires relevant du niveau international, le TJCA a utilisé le principe de proportionnalité pour favoriser une harmonisation juridique entre la CAN et l'OMC dont les accords ont été signés par tous les Etats membres de la communauté. Le TJCA a ainsi reconnu

---

innecesario al comercio subregional de servicios, ni un medio de discriminación en contra de servicios o prestadores de servicios de la Comunidad Andina, en relación con el trato otorgado a otros países, miembros o no de la Comunidad Andina".

<sup>47</sup> CAN; TJCA; PROCESO 46-AI-99. (Transporte internacional de mercancías por carretera) "Les raisons mentionnées à l'article 11 de la décision 439, ainsi que celles contenues dans l'article 72 de l'Accord de Carthagène, sauf si elles ont une nature économique, exceptionnelle, doivent conséquemment être interprétées de façon restrictive, c'est-à-dire conditionnées au principe de proportionnalité, pour lequel seulement sont recevables les mesures strictement nécessaires, adéquates et raisonnablement proportionnées à la fin recherchée; fin qui ne peut pas être détachées de celles explicitement énumérées dans le droit positif communautaire" (Traduction libre).

<sup>48</sup> UE; CJUE; Arrêt *Rewe-Zentral*, du 20 février 1979, affaire 120/78.

dans sa jurisprudence le droit de l'OMC en tant que source privilégiée d'interprétation du droit communautaire.

Le constat de cette dualité jurisprudentielle conduit à s'interroger: pourquoi le juge communautaire andin a-t-il interprété le principe de proportionnalité en tant que critère auxiliaire de la libéralisation du marché régional et non en tant que critère principal d'organisation des compétences communautaires? Deux raisons peuvent être avancées.

Une première explication est que le TJCA cherche à harmoniser l'ordre communautaire andin avec l'ordre économique international, notamment en matière de libéralisation du marché mondial consacrée dans les accords de l'OMC avec la Décision 439 de la Commission andine. Cet acte précise l'ensemble des exceptions qui peuvent être invoquées par les Etats à l'encontre des principes de libéralisation commerciale mondiale pour limiter le commerce régional. Le TJCA a accepté que ces exceptions soient intégrées au droit andin et ainsi installé une cohabitation de deux ordres juridiques opposables. L'intérêt à protéger est en l'espèce une certaine idée d'harmonisation de l'ordre public économique «regional global»: <sup>49</sup> *“el Marco General del Comercio de Servicios adoptado por la Comunidad Andina persigue que la norma regional se encuentre en armonía con la multilateral”*.<sup>50</sup>

La deuxième explication qui peut être proposée est que le TJCA n'interprète pas les conflits de compétences entre l'ordre national et l'ordre communautaire selon le principe de proportionnalité mais en prenant en considération le principe de coopération loyale et la marge nationale d'appréciation. Le juge andin reste attaché au droit international public pour régler les compétences limitant le commerce régional.

Le juge essaie d'harmoniser le droit communautaire andin avec les besoins des Etats membres qui sont signataires, à titre individuel, des accords de l'OMC. A cet égard, le Tribunal a pu relever que:

<sup>49</sup> CAN; TJCA; PROCESO 114-AI-2004, PROCESO 07-AI-98, PROCESO 43-AI-2000.

<sup>50</sup> CAN; TJCA; PROCESO 03-AI-2006 Acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad Interamericana Game Technology Ltda. contra la República del Ecuador, por el supuesto incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; 80 literal c) del Acuerdo de Cartagena; 6, 7, 8, 10, 11 y 26 de la Decisión 439, de 11 de junio de 1998, de la Comisión de la Comunidad Andina; 2 numerales 1, 3 y 4; y, artículos 3 y 4 de la Decisión 510, de 30 de octubre de 2001, de la Comisión de la Comunidad Andina; y los artículos XVI y XVII del AGCS, incorporados por referencia al ordenamiento jurídico andino mediante las Decisiones mencionadas. *“Le cadre général du commerce des services adopté par la Communauté andine cherche à harmoniser la norme régionale avec la norme multilatérale”*. (Traduction libre).

*Dicha liberalización de servicios tiene como fines primordiales:(...) 7. Aprovechar el marco normativo que se ha generado dentro de los acuerdos multilaterales y plurilaterales de la OMC. En relación con la última finalidad enunciada, el Marco General del Comercio de Servicios adoptado por la Comunidad Andina persigue que la norma regional se encuentre en armonía con la multilateral y, por lo tanto, además de reproducir algunas disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), consagra en el artículo 25 que los conceptos, definiciones y elementos interpretativos contenidos en el AGCS se aplicaran a dicho marco general.<sup>51</sup>*

Il existe ainsi deux ordres juridiques économiques parallèles qu'il convient d'articuler. L'harmonisation juridique envisagée par le TJCA, à travers le principe de proportionnalité repose sur trois niveaux d'articulation du droit andin: le niveau national-communautaire, le niveau national-international et le niveau communautaire-international. Le principe de proportionnalité s'inscrit ici dans une logique de transversalité juridique: entre droit économique international en développement et un droit communautaire en contraction.

### ***1.3 Le principe de proportionnalité, un principe universel à géométrie variable dans le cadre d'une internationalisation pluraliste du droit de l'intégration***

La comparaison de l'interprétation et de l'application du principe de proportionnalité dans les deux systèmes communautaires montre bien qu'il est caractérisé, tant en droit européen qu'en droit andin, par une variété de définitions<sup>52</sup> et de pratiques juridiques qui mettent en lumière sa nature particulière: un carrefour d'échanges juridiques entre les droits nationaux

<sup>51</sup> CAN; TJCA; PROCESO 03-AI-2006 "La dite libéralisation des services a comme principal objectif: (...) 7. Mettre en valeur le cadre normatif créé par les accords multilatéraux et plurilatéraux avec l'OMC. Concernant la dernière finalité indiquée, le cadre général du commerce des services adopté par la CAN cherche que la norme de la CAN soit en harmonie avec la norme multilatérale; et, pour cela, en plus de reproduire certaines dispositions de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), prévoit, dans un article 25, que les concepts, définitions et éléments interprétatifs contenus dans le AGCS s'appliqueront au dit cadre général" (Traduction libre).

<sup>52</sup> Rosenfeld Michel, "Le principe de proportionnalité, principe national, et principe d'internationalisation— la fonction du principe en droit constitutionnel américain", in Delmas-Marty Mireille et Breyer, *France—Etats Unis: regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Société de législation comparée, Paris, 2007, p. 79.



et le droit communautaire. Il est le produit du droit comparé;<sup>53</sup> de relations entre systèmes juridiques, d'une juxtaposition d'interprétations distinctes.

Ainsi, d'après David M. Beatty, «dans tous les pays, la seule fonction légitime des juges en matière constitutionnelle est de mettre en œuvre le principe de proportionnalité».<sup>54</sup> Quand bien même il soit universel, son application dépend toujours de particularités normatives, de valeurs et d'attitudes culturelles<sup>55</sup> spécifiques. Le principe permet aux juges de trouver des solutions aux litiges sans écarter les traditions juridiques tout en valorisant un dialogue entre juridictions, signe d'une imbrication juridique en marche. L'un des caractères de la proportionnalité à l'échelle transnationale est sa nature polysémique. Elle reflète également l'existence d'une certaine communauté, d'une sorte «d'Etat de droit universel» qui demande une construction permanente.

Selon les néo-fonctionnalistes, une application idéale du principe de proportionnalité devrait conduire les institutions communautaires à privilégier l'adoption de décisions de droit dérivé réalisant une harmonisation minimale ou optionnelle et favoriser une convergence cognitive – des valeurs – au-delà d'une convergence matérielle – des normes – à travers une réinterprétation de la marge nationale d'appréciation.<sup>56</sup>

## 2. La subsidiarité: la coordination de compétences

Le principe de subsidiarité trouve ses racines juridiques dans le droit canonique, plus précisément dans l'encyclique *Rerum novarum* du Pape Léon XIII. «L'idée de subsidiarité répond, à la question: pourquoi l'autorité? Quelle finalité doit-elle servir? Quel rôle doit-elle jouer?».<sup>57</sup> Le traité de Lisbonne a fortement renforcé le principe de subsidiarité (article 5 du TFUE)

<sup>53</sup> Schwarze Jürgen. Op. cit.

<sup>54</sup> M. Beatty David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.

<sup>55</sup> McCormick, and O. Weinberger, *An institutional theory of law, New approaches to legal positivism*, Kluwer, 1986.

<sup>56</sup> Helfer, Laurence R., et Alter, Karen J, "Nature or nurture? Judicial Law making in the European court of justice and the Andean tribunal of justice", *Duke Law School Faculty Scholarship Series*, 2009, p. 183.

<sup>57</sup> Millon-Delsol Chantal, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. «que Sais-je ?», Paris, 1993. p 3.

qui vient compléter le principe de proportionnalité. Les deux sont les corollaires du principe d'attribution: ils régissent le partage des compétences entre l'UE et les Etats membres.<sup>58</sup>

D'après Jürgen Habermas,

*La subsidiarité est le principe fonctionnel adapté aux besoins de diverses unités appartenant à une même fédération et distinctes du point de vue territorial. Mais plus les différences entre ces unités sont grandes (...) plus le danger est grand que les décisions majoritaires prises à des niveaux plus élevés ne respectent pas le droit à la coexistence égale, lequel est fondé sur une reconnaissance mutuelle de la diversité. Les minorités structurelles limitent l'étendue de l'application des décisions majoritaires légitimes. Dans une telle situation, la légitimité ne peut être assurée qu'à la condition que certains domaines soient réservés à des négociations consensuelles.*<sup>59</sup>

Reprenant cette idée, on peut considérer que l'harmonisation des singularités juridiques dans le cadre de la subsidiarité conditionne le déclenchement de l'action communautaire et la coordination de compétences verticales mais le principe «n'a pas pour autant conduit à l'établissement d'une liste de compétences pour les Etats d'une part et pour la communauté d'autre part».<sup>60</sup> Selon la doctrine communautaire européenne, il recouvre principalement deux dimensions: une limitation de l'intervention de l'autorité publique par rapport à la sphère privée; la question du juste niveau du pouvoir dans une collectivité publique décentralisée. C'est cette deuxième acception que le droit communautaire européen (le traité de Lisbonne a abrogé l'article 5 du traité instituant la Communauté européenne - du traité de Maastricht - et a inscrit le principe de subsidiarité à l'article 5, paragraphe 3 du TUE) érige en principe directeur de l'exercice des compétences communautaires susceptible d'influer sur la répartition de compétences, dans un sens potentiellement favorable au maintien de la liberté des Etats membres dans le champ des compétences

<sup>58</sup> UE, Parlement de l'Union Européenne, "Le principe de Subsidiarité", [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU\\_1.2.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_1.2.2.pdf), consulté le 11 de junio de 2013.

<sup>59</sup> Habermas Jürgen, "Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel?", Cahiers de l'Urmis [En ligne], n.º 7, juin 2001, mis en ligne le 15 février 2004, Consulté le 05 décembre 2011. URL: <http://urmis.revues.org/index10.html>, consulté le 05 décembre 2012.

<sup>60</sup> Chantliel Florence, *Manuel de droit de l'Union européenne*. PUF, Paris, 2005, pp. 195-198.

communautaires.<sup>61</sup> «Dans sa formulation maastrichtienne, le syntagme a principalement permis de concilier l'inconciliable (...) distribuer les compétences non pas en raison des matières juridiquement couvertes mais en raison des impératifs politiquement fixés».<sup>62</sup>

Au contraire, la subsidiarité en droit andin ne naît pas des traités, elle n'existe pas de façon explicite dans la structure jurisprudentielle du TJCA; pour autant, sa prise en compte est nécessaire pour envisager une structure de coordination-harmonisation des compétences supranationales dans le cadre de l'intégration latino-américaine. Il faut dès lors la rechercher par analogie dans le principe de légalité et le recours en annulation; un travail d'archéologie juridique à la recherche d'indices de sa présence.

Quelles sont précisément ces différences approches de la subsidiarité dans la CAN et l'UE?

## ***2.1. Un principe ambigu d'organisation transversale des compétences communautaires dans le cadre de l'UE***

Au sein de l'UE, le principe de subsidiarité est caractérisé par l'ambiguïté de sa formulation dans les traités constitutifs (cf. l'article 5, alinéa 2 du TCE, Protocole n.º 7 sur l'application des principes de subsidiarité et proportionnalité). Dans un premier temps il a pu être analysé comme une condition de l'action de la communauté dans les domaines où elle ne dispose pas d'une compétence exclusive, non comme une limitation de l'exercice des compétences communautaires en vue de préserver les compétences nationales.<sup>63</sup> La doctrine européenne complète cette interprétation en précisant la nécessité de réaffirmer le principe de spécialité, de préciser que le principe ne concerne que les compétences concurrentes et enfin de mettre en avant le principe de proportionnalité.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Voir: Marciali S. Thèse: *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Op. cit., p. 77; voir aussi les études sur le sujet; Muriel Rouxeau de l'Écotois, *Le principe de subsidiarité*, thèse Paris II, 1994; F. Thomas, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire: sa signification son impact en droit communautaire*, thèse, Paris II, 1998.

<sup>62</sup> Barroche Julien, "Discours et pratique de la subsidiarité européenne depuis le traité de Maastricht jusqu'à nos jours", *Droit et société*, 2012/1 n.º 80, p. 13.

<sup>63</sup> Marchand-Tonel Xavier, "La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne" Présentation du dossier, *Droit et société*, 2012/1 n.º 80, pp. 7-9.

<sup>64</sup> Chaltiel Florence, Op. cit., pp. 195-198.

Cette architecture doit permettre l'arbitrage des conflits verticaux de compétences entre l'Union européenne et ses Etats-membres. Dans le cadre des compétences attribuées de manière non exclusive, la subsidiarité tend à donner un caractère second à l'action communautaire par rapport à l'action nationale. Une partie de la doctrine signale qu'une approche dynamique du principe peut conduire à une concrétisation de la théorie de «la réversibilité» de l'exercice des compétences communautaires.<sup>65</sup> Cependant, d'autres commentateurs sont d'avis que certains éléments affectent les potentialités de résurgence des compétences des Etats membres. La première difficulté réside dans l'interprétation des critères de subsidiarité qui implique une vérification de deux éléments: une aptitude des Etats membres à réaliser les objectifs de l'action communautaire; une efficacité des Etats membres à atteindre ces objectifs au moins égale à celle de la Communauté. La seconde difficulté concerne la possibilité d'un retour effectif d'une marge de manœuvre des Etats-membres dans les champs des compétences communautaires et révèle la nécessaire application des principes de proportionnalité et de subsidiarité pour l'accomplissement des objectifs du traité.

Le droit de l'Union européenne encadre l'exercice des compétences communautaires autour de principe fondamentaux; sa complexité est une réalité de l'internationalisation pluraliste du droit communautaire. Cependant, le principe de subsidiarité peut être utilisé pour justifier tantôt un recul des compétences résiduelles ou un retour aux compétences résiduelles conformément à la théorie de la réversibilité des Etats; tantôt une intensification de l'action communautaire. Néanmoins, la CJUE préfère s'abstenir de trancher une affaire au motif d'une violation directe du principe de subsidiarité afin de ne pas favoriser un système de compétences et de sources juridiques figé. Les juges préfèrent laisser une marge d'indétermination et d'incertitude en matière de compétences pour permettre à la doctrine une mobilité casuistique qui protège l'unité de l'administration transnationale. «L'observation de ce phénomène permet de constater que la subsidiarité juridictionnelle, loin d'être une entrave au processus d'intégration, a au contraire participé à son avancée».<sup>66</sup>

<sup>65</sup> K.Lenaerts P., Van Ypersele, "Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du traité CE", *CDE* 1994, n.º 1-2, spéc, pp. 21-28.

<sup>66</sup> Dupont-Lassalle Julie, "La «subsidiarité juridictionnelle», instrument de l'intégration communautaire?" *Droit et société*, 2012/1 n.º 80, p.47.

### 2.1.1 La position de la CJUE: la subsidiarité, un principe inhérent à l'action de l'UE pour harmoniser les législations nationales

A plusieurs reprises, la doctrine européenne a rappelé que la CJUE exerçait un contrôle réduit en matière de subsidiarité et généralement peu favorable à un reflux de l'exercice de compétences communautaires;<sup>67</sup> cela malgré sa reconnaissance au sein de la première partie du TCE parmi les principes de la Communauté (articles 2 et 3 du TCE). La CJUE s'est toujours montrée réticente à remettre en cause la marge d'appréciation des institutions dans le cadre du contentieux de légalité.<sup>68</sup> Sur ce point, une étude de sa jurisprudence montre que les recours en annulation intentés par les Etats sur le fondement de la violation de la subsidiarité sont rares et quand ils le sont, la question posée n'est pas franchement tranchée.<sup>69</sup>

Par exemple, dans l'arrêt *Royaume-Uni c/ Conseil*,<sup>70</sup> la Cour n'a abordé le respect du principe de subsidiarité que sous l'angle de la nécessité de l'action communautaire établie du fait de sa dimension transnationale. Le juge a utilisé la méthode de vérification de l'aptitude et de l'efficacité des Etats membres à atteindre les objectifs communautaires en question dans l'affaire. L'arrêt *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*<sup>71</sup> est venu peu de temps après préciser le débat en reconnaissant l'inexistence d'une obligation spécifique de motivation lorsque la subsidiarité est invoquée. Ainsi, «pour la CJUE l'objectif d'harmonisation d'une action communautaire suffit à rendre les Etats inaptes à le réaliser»<sup>72</sup> et l'efficacité de l'action communautaire découle selon cette logique de sa seule dimension transnationale.

Le respect de la subsidiarité semble donc être inhérent à la nature de l'action communautaire visant à harmoniser les législations nationales.

<sup>67</sup> Simon Denis, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3ème Ed, Paris, 2001, p. 151.

<sup>68</sup> M Wathelet, "La subsidiarité au sein de l'Union européenne: le processus décisionnel", M.Verdussen (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 186-187; Voir: CJCE, 13 juillet 1966, *consten & Grundig*/commission, aff.56/84 et 58/64, Rec., 429; voir :CJCE, 7 mai 1987, *Nachi Fujikoshi*, aff. 255/84, Rec., p. 1861; TCIEP, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Boehringer*, aff T-125/96, Rec., p. II-3427.

<sup>69</sup> Sauron Jean-Luc., "La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité" *RMCE* 423, 1998, p. 651

<sup>70</sup> UE; CJCE; Arrêt *Royaume-Uni c/Conseil*, du 12 novembre 1996, aff. C-84/94, Rec., P.I-5793

<sup>71</sup> UE; CJUE; Arrêt *Allemagne c/Parlement Européen et conseil*, du 13 mai 1997, aff. C-233/94, Rec., p. I-2405.

<sup>72</sup> Marciali Sophie., *La flexibilité du droit de l'union européenne*, Op. cit., p. 90.

Son contrôle juridictionnel est limité, certaines actions étant considérées comme répondant par nature aux conditions de subsidiarité. Enfin, notons que s'agissant de l'application du principe de subsidiarité au droit dérivé, la Commission s'est engagée à privilégier l'emploi de directives ouvertes. En conséquence, «Le juge national va progressivement assumer la responsabilité qui lui incombe dans le processus d'intégration, ce qui va lui permettre d'être un élément déterminant dans la consolidation et l'évolution de l'intégration de l'Union européenne».<sup>73</sup>

## **2.2 Un principe émergent pour une coordination des compétences verticales en la CAN**

En droit andin, ni le droit primaire, ni le droit dérivé, et encore moins la jurisprudence, ne font explicitement référence à la subsidiarité. Cependant, le principe existe bel et bien dans le fonctionnement de l'administration de la CAN comme le démontre notamment la page web de l'organisation qui précise les caractéristiques des compétences communautaires en faisant référence à trois principes recteurs: la spécialité, la subsidiarité et la compétence d'attributions. Ces principes ont été empruntés au droit de l'UE pour organiser les relations verticales au sein de la CAN. La subsidiarité est définie ici en tant qu'instrument d'articulation des compétences de la communauté et des Etats membres en privilégiant l'action transnationale: «*la CAN actúa en forma subsidiaria en relación con los Estados, es decir, cuando el trabajo conjunto es más favorable que el de los países individualmente*».<sup>74</sup>

De notre point de vue, cette mention de la subsidiarité révèle la réalisation implicite d'initiatives juridiques tentées dans le cadre de l'UE; plus précisément celle de l'efficacité de la communauté et des Etats à la réalisation des objectifs. La CAN a toujours besoin d'harmoniser les législations nationales et de coordonner les décisions des administrations de ses Etats membres en matière de propriété intellectuelle, de droit des brevets,

<sup>73</sup> Dupont-Lassalle Julie, «La «subsidiarité juridictionnelle», instrument de l'intégration communautaire?», Op cit, p 59.

<sup>74</sup> CAN, «Transparencia» Source: <http://www.comunidadandina.org/funcionamiento.aspx>, consulta del 20 abril de 2013. «*La CAN agit de manière subsidiaire aux Etats, c'est-à-dire quand le travail commun entre l'Etat et la CAN est plus approprié que lorsque les pays agissent individuellement*» (traduction libre).

d'union douanière, ou de libéralisation des services. Cet état de fait révèle l'urgence d'une application imbriquée des principes de proportionnalité et de subsidiarité en droit andin.

Pourquoi alors la subsidiarité continue-t-elle de ne pas être intégrée explicitement au corpus juridique de la CAN? Plusieurs réponses sont envisageables. L'une d'elle explique que la CAN ne connaît pas ce principe; une réponse très peu crédible car la subsidiarité est de fait un principe structurel du droit communautaire. Une autre réponse parfois avancée est que la CAN n'en a pas besoin car les compétences ont été déterminées et délimitées pour des matières concrètes de manière fixe; une idée guère convaincante au regard notamment des accords avec l'OMC et des traités de libre-échange qui ont été signés par les Etats membres. Une troisième réponse emporte notre faveur: cette abstention s'explique par des raisons politiques.

Il semble évident en effet que l'administration andine privilégie par principe les compétences communautaires et préfère rester discrète, à l'instar de l'UE, au sujet de la subsidiarité pour éviter d'aborder la question de «la réversibilité» de l'exercice de ses compétences. La CAN, pour des motifs de nature politique, cherche à protéger l'unité d'une communauté fragile dès l'origine en évitant un fleuve de revendications nationales portant sur le principe de subsidiarité qui serait susceptible de mettre en péril cette unité; revendications qui ne sont possibles aujourd'hui en droit andin qu'avec le principe de proportionnalité selon l'exception consacrée dans la Décision 439 précitée. Cependant, la seule reconnaissance de la proportionnalité ne suffit pas à organiser un système de compétences valable. On reste dans l'attente d'une véritable consécration du principe de subsidiarité qui apporterait à l'architecture andine un véritable caractère multidimensionnel.

### *2.2.1 La jurisprudence du TJCA, un principe de subsidiarité en construction*

Dans la jurisprudence andine la subsidiarité doit être recherchée par analogie: un travail d'association est nécessaire avec le principe de primauté du droit communautaire, le principe de légalité et le recours en annulation; des dispositifs qui portent chacun des éléments d'une définition des compétences exercées au niveau communautaire et national dans le cadre de la CAN. Plus précisément, à travers le recours en annulation, le juge est



amené à vérifier la validité de la compétence de l'organe qui a pris l'acte communautaire attaqué. Il réalise une analyse implicite de la subsidiarité lorsqu'une compétence n'est pas clairement précisée dans le corpus juridique communautaire ou lorsqu'un conflit normatif ou de juridictions se présente; ici le principe de légalité détermine l'origine normative de la compétence.

Une affaire est particulièrement illustrative de cette démarche analogique à propos d'un conflit de compétences entre trois niveaux territoriaux et normatifs. A l'occasion de l'affaire *Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia* (No. 03-AI-97 TJCA),<sup>75</sup> le juge communautaire a dû se prononcer sur un recours en manquement contre la Colombie formé par le Secrétaire général de la CAN. Il était reproché à l'Etat membre l'établissement de barrières douanières territoriales (monopoles des taxes sur les boissons alcoolisées) jugées contraires au principe de libre commerce régional des boissons alcoolisées. Le juge a pu à cette occasion clarifier la dimension transversale des compétences entre les niveaux juridiques communautaire, constitutionnels nationaux et réglementaires territoriaux. Pour sa défense, le gouvernement colombien avait justifié l'acte en précisant qu'il n'instaurait pas de discrimination de traitement entre départements de la Colombie et surtout que cette limitation fiscale avait une valeur constitutionnelle en tant qu'expression de l'autonomie territoriale: selon l'art 298. de la Constitution colombienne, la régulation des boissons alcoolisées relève de la compétence des départements; il s'agit d'un droit fiscal qui appartient aux entités territoriales pour leur garantir des ressources locales et permettre l'expression d'une autonomie territoriale.

L'affaire a aussi fait l'objet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne quelques mois plus tard (*sentencia C-256/98 de la Corte Constitucional de Colombia*).<sup>76</sup> Les juges y ont réaffirmé la protection constitutionnelle des entités territoriales et leur autonomie face à la communauté andine. La Cour constitutionnelle n'a pas reconnu en l'espèce la supériorité normative

<sup>75</sup> CAN; TJCA; PROCESO No. 03-AI-97 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, en la cual se alega tratamiento discriminatorio por parte de los departamentos de dicho país contra los alcoholes y licores originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, incumpliendo la obligación de trato nacional establecida en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena.

<sup>76</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-256/98.

du droit communautaire sur la Constitution nationale tout en précisant que le principe de monopole territorial en matière de taxes sur les boissons alcoolisées n'était pas complètement contraire à l'idée du droit communautaire andin car la constitution autorise la construction d'une harmonisation normative entre le droit national et le droit communautaire:

*Las contradicciones (...) no se presentan entre la norma legal que autoriza el establecimiento del monopolio y algunas normas del derecho comunitario sino entre estas y la manera como los departamentos proceden en la práctica a establecer el monopolio (iii), (...) conviene insistir en la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de diciembre 1º de 1927 (...) “una cosa es la facultad para el establecimiento del monopolio, encontrada conforme con la Carta y otra la aplicación práctica, la ejecución de la ley”, ejecución que escapa al control ejercido por la Corte Constitucional y que cae en la órbita competencial de otras autoridades nacionales o de órganos comunitarios.<sup>77</sup>*

Cette affaire est intéressante car elle est l'exemple d'un dialogue qui s'est établi entre le juge andin et le juge colombien; dialogue qui traduit implicitement la reconnaissance par la Cour constitutionnelle de Colombie de la légitimité du TJCA à intervenir.

Après la décision du juge colombien, le juge andin a précisé la question des compétences verticales andines en examinant les principes de proportionnalité et de légalité. Le TJCA a considéré qu'il n'existait pas de justification valable pour limiter le libre commerce<sup>78</sup> et prononcé la violation de la légalité communautaire au motif que le transfert de compétences au

<sup>77</sup> “Les contradictions (...) ne se produisent pas entre la loi autorisant la création du monopole et certaines règles du droit communautaire, mais entre celles-ci et la manière dont les départements établissent un monopole (iii), (...) Il convient d'insister sur la thèse présentée par la Cour suprême de justice le 1<sup>er</sup> décembre 1927 (...) “une chose est la capacité d'établir un monopole, notion conforme à la constitution, une autre est sa mise en œuvre, l'exécution de la loi”, exécution qui échappe au contrôle exercé par la Cour constitutionnelle et qui tombe dans l'orbite des compétences d'autorités nationales ou d'organismes communautaires” (Traduction libre).

<sup>78</sup> “Se definen las restricciones al comercio como aquellas consistentes en medidas de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante las cuales un País Miembro impide o dificulta las importaciones por decisión unilateral contenida en una norma interna de cualquier género. (...) Para que la restricción adquiera la categoría de justificatoria, según la competencia asignada a la Secretaría, es necesario que el acto interno del País Miembro esté inspirado en el principio de proporcionalidad entre la medida restrictiva y el objeto específico a que ella vaya dirigida, el cual deberá aparecer como causa directa o inmediata”.

niveau supranational réalisé par le traité de Cartagena n'avait pas été respecté. Il est intéressant de noter que le juge andin cite ici la jurisprudence communautaire européenne (arrêt *Cassis de Dijon*)<sup>79</sup> en tant que source qui lui permet de préciser les exceptions valables à la libéralisation du marché communautaire. Pour trancher l'affaire, le TJCA a pris en compte les arguments du juge colombien<sup>80</sup> sur la constitutionnalité du monopole fiscal territorial et sa non contradiction avec le droit communautaire mais a toutefois constaté une absence d'harmonisation normative de la part de l'Etat entre le droit andin, le droit constitutionnel colombien et les règles spécifiques aux monopoles fiscaux territoriaux. La Colombie a donc finalement été reconnue coupable d'avoir violé l'article 74 de l'accord de Cartagena.

Une telle affaire illustre l'émergence d'un principe de subsidiarité dans le droit andin qui permet de trancher des conflits complexes portant sur des relations entre compétences verticales parfois caractérisées par une ambiguïté juridique. Un tel principe est important dans le contexte juridique flexible actuel car il ne concentre pas le débat juridique sur une logique de hiérarchie des normes mais sur l'imbrication de principes (proportionnalité, subsidiarité, légalité, coordination) afin de construire un concept d'ordre public régional dans le sens d'un pluralisme juridique et d'une société transnationale andine.<sup>2.3 La participation des juges nationaux à la clarification de la notion de subsidiarité</sup>

Les juges internes se sont approprié un rôle de juridiction de droit commun de l'UE et de la CAN en l'absence de clarté de la jurisprudence communautaire en matière de subsidiarité. Un dialogue s'est engagé entre

<sup>79</sup> Una de las sentencias más famosas en la jurisprudencia europea está contenida en el caso "CASSIS DE DIJON"; allí se parte de la presunción general favorable a la libre circulación de mercancías a la que solo se aceptan excepciones debidas a restricciones necesarias que justifiquen el monopolio, como la protección del medio ambiente. La noción de la razonabilidad (*rule of reason*) juega un papel importante en esta sentencia cuando afirma que pueden adoptarse medidas a condición de que éstas sean razonables y "no constituyan un medio de discriminación arbitrario o una restricción encubierta".

<sup>80</sup> "Respecto de la sentencia de la Corete Constitucional de 27 de mayo de 1998, el Tribunal concuerda con la tesis de que en el debate de los licores no está envuelto un problema de orden constitucional ya que el monopolio rentístico no es en sí mismo contrario al Acuerdo de Cartagena, pero sí lo son las normas internas colombianas que al desarrollar el precepto constitucional lo desfiguren convirtiéndolo en dispositivos que, para casos específicos de determinados departamentos, pueden representar restricciones y discriminaciones en el flujo comercial andino, como se desprende del examen cuidadoso de las pruebas obrantes en el expediente".

les juge nationaux et communautaires pour s'entendre sur le contenu de la notion, à savoir quel est le niveau décisionnel le plus approprié pour agir. A défaut d'application effective du principe par le juge communautaire, Le juge national (dans l'UE et dans la CAN) s'installe incontestablement comme un «acteur stratégique» de la coordination des compétences dans l'espace régional<sup>81</sup>. En droit comparé communautaire la détermination de la subsidiarité se réalise ainsi moins selon une logique *top-down* que *bottom-up*.

## Conclusion

### *L'imbrication jurisprudentielle des principes pour aborder la complexité de l'internationalisation du droit de l'intégration*

La coordination juridique n'est toujours pas le produit de conventions, de règlements, de directives ou de décisions communautaires des pouvoirs exécutifs. Dans la plupart de cas, la coordination juridique est la conséquence de l'évolution du monde juridique sous l'effet de confrontations, de chocs entre systèmes de droit, révélés par le dialogue des juges. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité deviennent des instruments d'articulation facilitant une harmonisation transversale coordonnée. La coordination du point de vue administratif est une fin mais aussi un moyen; du point de vue juridique elle doit être plutôt conçue comme un moyen vers l'harmonisation. Mais «parler de l'harmonisation des ordres juridiques revient à parler de l'harmonisation des significations attribuées à des textes par les juges. Dès lors, l'harmonisation des ordres juridiques ne consiste pas – comme le voudraient les tenants de la thèse pluraliste – en un mouvement spontané mais elle est le résultat de choix volontaires des juges»<sup>82</sup> qui sont conduits par la force de leurs traditions juridiques.

L'argumentation juridique adoptée par les juges communautaires quant au principe de proportionnalité est une manifestation concrète d'un «savoir juridique stratégique» bâtissant le corpus juridique de l'internationalisation

<sup>81</sup> Dupont-Lassalle Julie, "La «subsidiarité juridictionnelle», instrument de l'intégration communautaire?", Op cit.

<sup>82</sup> Pierre Brunet, "Les juges européens au pays des valeurs", La Vie des idées, 9 juin 2009. ISSN : 2105-3030.URL : <http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html>, consulté le 5 mai 2013.

pluraliste du droit de l'intégration; pour aller à la rencontre de la coordination-harmonisation des droits. L'absence de mention explicite de la subsidiarité dans la jurisprudence du TJCA occulte son émergence et son importance lorsqu'il s'agit de trancher des conflits complexes portant sur des compétences verticales, caractérisés par l'ambiguïté juridique.

La «jurisprudence en tant que norme juridique»<sup>83</sup> devient un objet de débat juridique à «dimension stratégique», un outil d'organisation des pouvoirs communautaires. Elle détermine non seulement une forme de production du droit, mais aussi un nouveau cadre d'analyse qui permet de comprendre le rôle du droit communautaire dans des espaces politiques à vocation supranationale.<sup>84</sup> Le juge acquiert une double dimension: politique d'une part, en tant que garant de l'unité de la communauté; juridique d'autre part, en tant qu'interprète d'une telle unité.<sup>85</sup> L'harmonisation juridique devient ainsi le produit d'un dialogue orchestré entre juges appelés à proposer une vision d'un ordonnancement juridique pour des espaces normatifs complexes.

La notion de coordination juridique est dès lors déterminante au regard du processus d'internationalisation harmonisée du droit communautaire en ce qu'elle crée une dynamique qui permet concilier et d'intégrer les multiples contraintes des modèles nationaux et communautaires.<sup>86</sup> La coordination révèle une double dimension administrative de la communauté «administration directe et indirecte» dans le cadre d'une harmonisation juridique des espaces national et supranational. A propos du pluralisme et des convergences juridiques et administratives propres au droit régional

<sup>83</sup> «L'expression «ordre juridique» semble désigner un ensemble de normes. Mais ce dernier terme est lui-même ambigu. Il peut servir à désigner soit des textes soit les significations de ces textes. Dans une conception encore assez traditionnelle et formaliste héritée du XIXe siècle, on tend à penser que les significations se trouvent dans les textes comme le noyau dans le fruit. Or, en droit, un texte ne prend sa signification juridique qu'après qu'une autorité habilitée à le faire la lui a attribuée. C'est ce que l'on appelle l'interprétation des textes juridiques et elle constitue l'exercice d'un pouvoir considérable et non la découverte d'une vérité. Sur le fondement de cette affirmation, on peut donc distinguer les textes – les sources formelles – et les significations de ces textes qui constituent les normes à proprement parler. Un ordre juridique est donc un ensemble de significations attribuées à des textes par leurs interprètes.», in Pierre Brunet, «Les juges européens au pays des valeurs», Op. cit.

<sup>84</sup> Moor Pierre, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005, p.15.

<sup>85</sup> Caporaso James A, Stone Sweet Alec, «La Cour de justice et l'intégration européenne», *Revue française de science politique*, Volume 48, Numéro 2, 1998, pp.195-244.

<sup>86</sup> Delmas-Marty Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Op. cit.

européen, Gerard Marcou a pu écrire qu'une «analyse montre que les notions et catégories juridiques fondamentales ne suffisent pas à définir l'ordre juridique. C'est leur articulation qui est déterminante».<sup>87</sup> Afin d'atteindre cet objectif de spécification, il est important de faire de la méthode<sup>88</sup> comparatiste une source permettant de détecter le pluralisme, c'est-à-dire les liaisons, articulations, solidarités, implications, imbrications, interdépendances et complexités d'un système à l'autre.

Une telle approche doit prendre en compte deux aspects: théorique et procédural. Le premier fait référence au passage d'un modèle juridique international pyramidal à une logique de réseau en tant que méthode d'agencement de la norme supranationale;<sup>89</sup> le second désigne l'interprétation jurisprudentielle qui est faite des principes de coordination, selon nous des «dispositifs juridiques des pouvoirs communautaires»: L'imbrication proportionnalité et subsidiarité permet de surmonter toute idée d'homogénéisation, de standardisation, d'unification normative communautaire<sup>90</sup> au profit d'une logique de coordination consensuelle des pluralismes nationaux à partir d'échanges entre droits, entre singularités juridiques;<sup>91</sup> à partir d'un dialogue des juges.<sup>92</sup>

Finalement harmonisation et coordination sont les deux faces d'une même pièce: l'harmonisation se présente comme la fin du processus juridique: - mettre en accord plusieurs ordres normatifs dans un droit commun – tandis que la coordination est un moyen qui permet à des identités juridiques de se rapprocher à travers un dialogue transversal. L'intrication jurisprudentielle entre proportionnalité et subsidiarité devient par ailleurs de plus en plus nécessaire pour expliquer cette relation indissociable entre

<sup>87</sup> Marcou Gérard, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 16.

<sup>88</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>89</sup> Foster Ethel, Van de Kerchove M, "De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit", In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 n.° 3, Juillet-septembre 2003. pp. 730-742

<sup>90</sup> Delmas- Marty Mireille, *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits* PUF, coll. Les voix du droit, Paris, 2004, p. 14.

<sup>91</sup> Robin-Olivier Sophie, "Sur l'idée d'échange dans et hors du droit", Robin-Olivier De Sophie, Fasquelle Daniel, in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 3-8.

<sup>92</sup> Fartunova Maria, "Le dialogue de juges les interactions entre le TPICE et la Cour", Mbongo Pascal, Vauchez Antoine, *Dans la fabrique du droit européen, scènes, acteurs et publics de la cour de justice des communautés européennes*, Bruyant, Bruxelles, 2009, p. 32.

le singulier de l'Etat-nation et l'universel de l'internationalisation du droit, entre la fin du droit et ses moyens. C'est «ouvrir la possibilité de concevoir ces deux vérités comme deux faces d'une vérité complexe; c'est désocculter la réalité principale, qui est la relation d'interdépendance, entre des notions que la disjonction isole ou oppose»;<sup>93</sup> il s'agit donc d'ouvrir la porte à la recherche comparée de cette relation.

## Bibliographie

1. Armin Von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Morales Antoniazzi Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿hacia un ius cosntitucional communne en América latina?*, T. I, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010.
2. Alec Stone Sweet, James A Caporaso, "La Cour de justice et l'intégration européenne", *Revue française de science politique*, 48(2), 1998.
3. Alec Stone Sweet and Mathews Jud "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", Faculty Scholarship Series, 2008, Paper 1296, en [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1296](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1296)
4. Chantal Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, PUF, Paris, «Que sais-je ?», 1993.
5. Claude Maubernard, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des communautés européennes. Contribution a l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, thèse, Montpellier I, 2001.
6. David Beatty, *Being proportional about proportionality the ultimate rule of law*, Oxford University Press, New York, 2004.
7. Edgar Morin, Introduction à la pensée complexe, Editions de Seuil, Paris, 2005.
8. Florance Chantliel, *Manuel de droit de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2005.
9. Isaac Guy, Blanquet Marc, Droit général de l'union Européen, Paris, Sirey, 9 ed, 2006.
10. Jean-Luc Sauron, «la mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité» *RM-CUE* 423, 1998.
11. Jérôme Bourgon. "Les vertus juridiques de l'exemple. Nature et fonction de la mise en exemple dans le droit de la Chine impériale". In *Extrême-Orient, Extrême-Occident*. 1997,19, La valeur de l'exemple. Perspectives chinoises.

<sup>93</sup> Morin Egard, *La méthode*, 1. *La nature de la nature*, Editions du Seuil, collection Points, Paris, 1977, p 18.



12. Jürgen Habermas «Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel?», Cahiers de l'Urmis, n.º 7, juin 2001, mis en ligne le 15 février 2004, en <<http://urmis.revues.org/index10.html>>, Consulté le 05 décembre 2011.
13. Jürgen Schwarze, "The Role of General Principles of Administrative Law in the Process of Europeanization of National Law", *Studies on European Public Law*, 2005, 24, 37.
14. Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, vol. 2, Luxembourg, Bruyant, 1994.
15. J. H. H. Weiler & N. J. S. Lockhart, "Taking Rights Seriously. Seriously" in *The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part I*, 32 Common Mkt. L. Rev. 51, 84,94 (1995).
16. K.Lenaerts P. et Van Ypersele, «le principe de subsidiarité et son contexte: étude à l'article 3B du traité CE», *CDE* 1994, 1-2, spéc.
17. Maria Fartunova «Le dialogue de juges les interactions entre le TPICE et la Cour», dans la fabrique du droit européen, scènes, acteurs et publics de la cour de justice des communautés européennes, Bruyant, Bruxelles, 2009.
18. Maccormick, and O. Weinberdger, *An institutional theory of law, New approaches to legal positivism*, Kluwer, 1986.
19. Mireille Delmas-Marty, *Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, coll. Les voies du droit Paris, 2004.
20. Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Collège de France - Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit, Leçon du 31 janvier 2005-2006.
21. M. Rouxoux De L'ectais, *le principe de subsidiarité*, thèse Paris II, 1994.
22. M Wathelet, «la subsidiarité au sein de l'union européenne: le processus décisionnel» in *L'Europe de la subsidiarité*, M.Verdussen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000.
23. Michel Valérie, *Recherche sur les compétences de la communauté Européenne*, Paris, L'harmattan, 2003.
24. Michel Foucault, *La volonté de savoir, droit de mort et pouvoir sur la vie*, Folio plus, philosophie, 20 ed., Gallimard, Paris, 1976.
25. Michel Rosenfeld, «Le principe de proportionnalité, principe national, et principe d'internationalisation– la fonction du principe en droit constitutionnel américain–» in *France –Etats Unies: regards croises sur l'internationalisation du droit*. 2007.
26. Nicholas Emiliou, *The Principle of proportionality in European law: a comparative Study*, The Hague, Kluwer law international, 1996.
27. Pierre Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005.
28. Robin-Olivier S. «Sur l'idée d'échange dans et hors du droit», in *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, un lecture des phénomènes de*

- régionalisation et de mondialisation du droit, sous la direction de Sophie Robin-Oliber, Daniel Fasquelle, Bruylant, 2008.
29. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
  30. Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford university press, 2010.
  31. Sébastien Marciali, *La Flexibilité du droit de l'union européenne*, Thèses, Bruxelles, Bruyant 2007.
  32. Simon Denis, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3ème Ed, 2001.
  33. Stéphane De La Rosa. «La méthode ouverte de coordination» in les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – une lecture des phénomènes de régionalisation et mondialisation du droit –, Bruxelles, Bruyant; 2008.
  34. Van Houtte H, «La modélisation substantielle», in la mondialisation du droit, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, LITEC, 2000.
  35. Virginie Lanceron, *La Coordination en droit Public*, Thèse doctorale, Panthéon-Assas, Paris II, 2013.

### ***Jurisprudence CJUE***

1. CJUE Arrête *Italie/haute Autorité* du 15 juillet 1960, aff.20/59, Rec., p. 663.
2. CJUE, 13 juillet 1966, *consten & Grundig/commission*, aff.56/84 et 58/64, CJUE Arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, affaire 11-70, du 17 décembre 1970.
3. CJUE Arrêt *Rewe-Zentral*, du 20 février 1979, affaire 120/78
4. CJUE Arrêt *Forges de Thy-Marcinelle et Monceau SA contre Commission des Communautés européennes*. du 18 mars 1980.
5. CJUE, arret *Nachi Fujikoshi*, du 7 mai 1987 aff. 255/84, Rec., p. 1861.
6. CJUE Arrêt *Schrader c/Hauptzollant Gronau*, du 11 juillet 1989, Aff. 265/87, pp 2237 et s.
7. CJUE Arrêt *Balkan*, du 24 octobre 1993, aff. 5 /73, Rec., p. 1091.
8. CJUE Arrêt *RFA /Conseil* du 9 novembre 1995, aff C- 426/93, Rec p. I-3723 point 42.
9. CJUE Arrêt *Royaume-Uni /Commission* du 12 novembre 1996, aff. C-84/94, Rec., I-5755.
10. CJUE Arrêt *Deutsche Telekom AG contre Lilli Schröder*, Affaire C-50/96.
11. CJUE, Arrêt *Allemagne/Parlement Européen et conseil*, du 13 mai 1997, aff. C-233/94, Rec., p.I-2405.
12. TCIEP, 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Boehringer*, aff T-125/96, Rec., p. II-3427.

13. CJUE Arrêt *ABNA*, du 6 décembre 2006, aff jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04 Rec., p. I- 10423, spéc.points 76-88.

### ***Jurisprudence TJCA***

1. PROCESO 1-AI-97
2. PROCESO 03-AI-97
3. PROCESO 07-AI-98
4. PROCESO 46-AI-99
5. PROCESO 43-AI-2000
6. PROCESO 114-AI-2004
7. PROCESO 03-AI-2006