



Bruxelles, le 2 mars 2020
(OR. en)

6009/20

LIMITE

JUR 71
REGIO 14
FC 6
CADREFIN 22
IA 12
CODEC 108

Dossier interinstitutionnel:
2018/0198(COD)

AVIS DU SERVICE JURIDIQUE ¹

Objet: Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'un mécanisme visant à lever les obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier

- Choix de la base juridique
- Compatibilité avec les traités
- Choix de l'instrument juridique et nature volontaire

I. INTRODUCTION

1. Le groupe "Actions structurelles" a demandé au Service juridique du Conseil de rendre un avis sur plusieurs questions juridiques concernant la proposition, présentée par la Commission, de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'un mécanisme visant à lever les obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier (ci-après dénommé le "mécanisme")².

¹ Le présent document contient des avis juridiques faisant l'objet d'une protection au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, et non rendus accessibles au public par le Conseil de l'Union européenne. Le Conseil se réserve la faculté de faire valoir tous ses droits en cas de publication non autorisée.

² Proposition du 29 mai 2018 de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'un mécanisme visant à lever les obstacles juridiques et administratifs dans un contexte transfrontalier, COM(2018) 373 final, doc. 9555/18.

En particulier, les questions soulevées par les délégués peuvent être réparties en trois groupes principaux: le choix de l'article 175 du TFUE en tant que base juridique appropriée pour l'adoption du règlement, la compatibilité plus générale de la proposition avec les traités et le choix d'un règlement en tant qu'instrument juridique pour le mécanisme proposé, en particulier eu égard à sa nature volontaire. Le présent avis confirme et développe les observations formulées oralement par le Service juridique du Conseil lors des réunions du groupe.

II. CADRE JURIDIQUE

i) Dispositions pertinentes du traité

2. L'article 3 du TUE, qui fixe les objectifs de l'Union européenne, prévoit au troisième alinéa de son paragraphe 3 que "*[l'Union] promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres*".
3. L'article 4, paragraphe 2, du TUE précise que "*l'Union respecte l'[...]identité nationale [des États membres], inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État [...]*".
4. La cohésion économique, sociale et territoriale fait l'objet du titre XVIII qui figure dans la troisième partie du TFUE. L'article 174 du TFUE est libellé comme suit:

"Afin de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de l'Union, celle-ci développe et poursuit son action tendant au renforcement de sa cohésion économique, sociale et territoriale.

En particulier, l'Union vise à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions les moins favorisées. [...]

Parmi les régions concernées, une attention particulière est accordée aux [...] régions [...] transfrontalières".

5. L'article 175, premier et troisième alinéas, du TFUE dispose ce qui suit:

"Les États membres conduisent leur politique économique et la coordonnent en vue également d'atteindre les objectifs visés à l'article 174. La formulation et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union ainsi que la mise en œuvre du marché intérieur prennent en compte les objectifs visés à l'article 174 et participent à leur réalisation. [...]"

Si des actions spécifiques s'avèrent nécessaires en dehors des fonds, et sans préjudice des mesures décidées dans le cadre des autres politiques de l'Union, ces actions peuvent être arrêtées par le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire [...]"

ii) Description générale de la proposition

6. Afin de lever les obstacles juridiques entravant l'exécution d'un projet d'infrastructure transfrontalière ou la fourniture d'un service transfrontalier d'intérêt économique général (ci-après dénommé le "projet transfrontalier"), la proposition prévoit l'établissement d'un mécanisme qui permettrait d'appliquer dans un État membre (ci-après l'"État membre d'application") les dispositions légales d'un État membre frontalier (ci-après dénommé l'"État membre de transfert") (article 1^{er}). En l'absence de dispositions légales permettant de lever l'obstacle juridique, les deux États membres pourraient aussi convenir d'une "solution" juridique ad hoc (article 9, paragraphe 1, point b)).
7. Selon le préambule de la proposition, les régions frontalières de l'UE sont encore confrontées à un certain nombre d'obstacles juridiques, notamment s'agissant des services de santé, de la réglementation du travail, des régimes fiscaux, des activités commerciales, et d'entraves liées aux différentes cultures administratives et aux différents cadres juridiques nationaux (considérant 4). Si les mécanismes existants pour répondre aux objectifs de cohésion dans les régions frontalières - qu'ils soient financiers (notamment Interreg) ou administratifs (les groupements européens de coopération territoriale) - se sont révélés efficaces, ils devraient être complétés par des mécanismes de nature réglementaire, comme celui proposé, en vue de lever les obstacles juridiques et administratifs dans des contextes transfrontaliers (considérants 4 à 8)³.

³ Voir aussi les pages 1 et 2 de l'exposé des motifs de la proposition.

8. Dans le cadre de la proposition, les États membres sont autorisés à décider d'enclencher le mécanisme ou d'utiliser un moyen existant pour lever les obstacles transfrontaliers. Ce choix peut concerner toutes les frontières d'un État membre ou l'une d'elles (article 4, paragraphe 1, de la proposition). Le mécanisme peut aussi être appliqué aux frontières maritimes et aux frontières entre un État membre (ou un territoire d'outre-mer) et un ou plusieurs pays tiers (article 4, paragraphe 3).
9. Les États membres qui décident d'enclencher le mécanisme sont tenus d'établir à l'échelon national ou régional selon leur structure institutionnelle et constitutionnelle un ou plusieurs points de coordination transfrontalière auxquels sont confiées certaines tâches concernant la coordination, l'activation et la mise en œuvre du mécanisme⁴. Les points de coordination transfrontalière nationaux sont chargés d'établir les liens avec les différentes autorités nationales compétentes et d'assurer la coordination avec les points de coordination transfrontalière correspondants dans l'État membre voisin. Ils effectuent l'analyse préliminaire des demandes de levée des obstacles juridiques, élaborent et adoptent les mesures dans le cadre du mécanisme et assurent le suivi de leur mise en œuvre (article 6)⁵.
10. Le mécanisme prévoit deux types alternatifs de mesures pour lever les obstacles juridiques affectant les projets transfrontaliers, ainsi qu'un type de mesures supplémentaire pour les cas où les obstacles sont uniquement de nature non législative (c'est-à-dire de nature administrative ou pratique).
11. La première mesure est une "procédure rapide" applicable lorsqu'un obstacle juridique à un projet transfrontalier procède d'une disposition ou d'une pratique administrative qui peut être traitée unilatéralement par un État membre (article 10, paragraphe 2, points d) et e), et article 12, paragraphe 4). Cette mesure institue une obligation procédurale imposant à l'État membre de réexaminer les pratiques administratives nationales existantes dans un délai fixé.

⁴ L'article 5, paragraphe 1, permet aux États membres soit de créer les points de coordination transfrontalière sous la forme d'organismes distincts, soit de les créer dans des autorités nationales ou régionales existantes soit de confier les tâches correspondantes à des autorités nationales ou régionales existantes.

⁵ Toutefois, les États membres peuvent aussi décider que, lorsque l'obstacle juridique concerne une question de compétence législative, l'élaboration et l'adoption des mesures dans le cadre du mécanisme devraient être confiées à une autorité nationale compétente différente (article 5, paragraphe 2).

12. Les deuxième et troisième mesures - les déclarations et les conventions - interviennent lorsque la levée d'un obstacle juridique requiert d'apporter des modifications à une disposition adoptée dans le cadre d'une procédure législative nationale.
13. La déclaration n'a pas d'effet dérogatoire direct, mais elle oblige l'autorité nationale compétente à présenter à l'organe législatif concerné une proposition de modification des dispositions légales nationales qui forment l'obstacle juridique (article 1^{er}, paragraphe 2, point b), article 14, paragraphes 1 et 3, et article 19). Une déclaration a pour effet juridique de créer un certain nombre d'obligations procédurales pour l'État membre voisin, allant jusqu'à l'obligation de présenter à l'organe législatif de l'État membre d'application une proposition de modification de la législation nationale concernée.
14. La troisième mesure - la convention - est destinée à avoir des effets juridiques dérogatoires. La convention établirait un régime juridique (en principe une disposition légale spécifique de l'État membre de transfert, mais éventuellement aussi un nouveau régime juridique ad hoc) qui doit être considéré comme des dispositions du droit national des États membres concernés. Les conventions sont qualifiées de "directement applicables" (voir l'article 1^{er}, paragraphe 2, point a), de la proposition). Cette notion définit implicitement la place de ces conventions au sein du système des sources du droit national en reconnaissant leur primauté sur tout autre disposition nationale, y compris législative (voir l'exposé des motifs, p. 8, et le considérant 19).
15. Si les États membres ont l'obligation de prévoir l'adoption des mesures susmentionnées⁶, le choix entre celles-ci est laissé aux points de coordination transfrontalière pour chaque projet transfrontalier spécifique. La proposition de la Commission ne précise toutefois pas les critères selon lesquels le choix devrait être fait et laisse cela à l'entière discrétion des points de coordination transfrontalière.

⁶ L'article 5, paragraphe 2, précise que tout État membre *détermine* les autorités auxquelles est conférée la compétence pour conclure une convention ainsi que celles auxquelles est conférée la compétence pour conclure une déclaration.

16. La proposition établit la procédure d'activation du mécanisme (articles 8 à 17 de la proposition). La procédure est enclenchée par un "initiateur" (article 8, paragraphe 2, de la proposition) qui constate l'obstacle juridique entravant le projet transfrontalier et propose une solution. L'initiateur, qui peut aussi être l'exploitant privé ou public du projet, doit envoyer un "document d'initiative" au point de coordination transfrontalière compétent de l'État membre d'application.
17. La proposition confère aux points de coordination transfrontalière des États membres d'application et de transfert la tâche d'analyser les documents d'initiative et d'approuver une convention ou une déclaration selon le cas (articles 8 à 17 de la proposition). L'article 20 de la proposition établit en outre des règles de compétence pour le contrôle de l'application des conventions ou des déclarations.
18. Enfin, le chapitre IV de la proposition prévoit des règles en matière de protection judiciaire (voies de recours juridictionnelles) contre l'application des conventions et déclarations, y compris leur contrôle, en établissant le for compétent pour connaître des recours à l'encontre de leur application.

III. ANALYSE JURIDIQUE

19. Le présent avis traitera d'abord conjointement les questions relatives au choix de la base juridique et à la compatibilité générale de la proposition avec les traités (section A) et abordera ensuite les questions relatives au choix d'un règlement en tant qu'instrument approprié pour l'adoption du mécanisme proposé, en particulier eu égard à sa nature volontaire (section B).

20. Le présent examen permettra de répondre à un certain nombre d'observations et de questions soulevées par les délégations en ce qui concerne la proposition, qui portent essentiellement sur la base juridique. Nombre de ces questions sont liées à la mesure dans laquelle un acte fondé sur la base juridique de cohésion peut porter atteinte à l'autonomie institutionnelle et procédurale nationale, ainsi qu'au conflit éventuel avec d'autres politiques définies dans les traités telles que la fiscalité, la sécurité sociale et la coopération judiciaire en matière civile. Le présent avis n'abordera toutefois pas d'autres questions soulevées par les délégations portant sur la signification particulière et la portée des dispositions de la proposition ainsi que sur l'application éventuelle et le fonctionnement du mécanisme prévu, questions sur lesquelles la Commission, en tant qu'auteur de la proposition, devrait fournir les explications appropriées.

A. Caractère approprié de la base juridique de la proposition

21. La première question à examiner est celle du caractère approprié de la base juridique proposée, à savoir l'article 175, troisième alinéa, du TFUE, en vertu duquel des actions spécifiques qui s'avèrent nécessaires en dehors des fonds structurels de l'Union peuvent être arrêtées aux fins de la réalisation des objectifs de cohésion économique, sociale et territoriale⁷.
22. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après dénommée la "Cour"), le choix de la base juridique d'un acte de l'Union doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent la finalité et le contenu de cet acte⁸.

⁷ Il convient de noter que parmi les autres instruments adoptés sur la base de l'article 175, troisième alinéa, du TFUE figurent le Fonds de solidarité de l'Union européenne (règlement (CE) n° 2012/2002 instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne), le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation (règlement (UE) n° 1309/2013 relatif au Fonds européen d'ajustement à la mondialisation), le programme d'appui à la réforme structurelle (règlement (UE) 2017/825 établissant le programme d'appui à la réforme structurelle pour la période 2017-2020), le Fonds européen pour les investissements stratégiques (règlement (UE) 2015/1017 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement) et le règlement (CE) n° 1968/2006 concernant les contributions financières de la Communauté au Fonds international pour l'Irlande (et les règlements qui lui ont succédé).

⁸ Voir, par exemple, l'arrêt du 6 mai 2014, Commission/Parlement et Conseil, C-43/12, EU:C:2014:298, point 29 et la jurisprudence citée; l'arrêt du 22 octobre 2013, Commission/Conseil, C-137/12, EU:C:2013:675, point 52 et la jurisprudence citée; l'arrêt du 19 juillet 2012, Parlement/Conseil, C-130/10, EU:C:2012:472, point 42; l'arrêt du 8 septembre 2009, Commission/Parlement et Conseil, C-411/06, EU:C:2009:518, point 45 et la jurisprudence citée.

1. Observations préliminaires

23. Comme le Service juridique du Conseil l'a déjà fait observer dans divers avis,⁹ ni les traités ni la jurisprudence pertinente de la Cour ne donnent de définition précise de la cohésion économique, sociale et territoriale, dont relèvent les objectifs visés à l'article 174 du TFUE à la réalisation desquels l'article 175, troisième alinéa, du TFUE doit œuvrer. Le champ d'application de l'article 174 du TFUE n'est pas limité à des secteurs spécifiques, et est défini de manière fonctionnelle - sur la base de ses objectifs - plutôt qu'en fonction du type de secteur¹⁰. À cet égard, la Cour a déclaré que les dispositions des traités relatives à la politique de cohésion présentent un caractère programmatique¹¹.
24. La notion de politique de cohésion est donc particulièrement étendue et inclusive¹² et, en raison de son caractère programmatique, elle laisse un large pouvoir d'appréciation au législateur de l'Union quant au moyen d'atteindre les objectifs de cohésion.
25. En outre, l'article 175, troisième alinéa, du TFUE ne précise pas la forme que peuvent prendre "*les actions spécifiques [...] en dehors des Fonds*" qu'il prévoit¹³. Ces "*actions spécifiques*" peuvent consister en diverses mesures d'assistance financière qui visent à avoir une incidence positive sur la situation sociale et économique d'une région ou d'un territoire donnés et, en fin de compte, de l'ensemble de l'Union, en renforçant la convergence et l'homogénéité économiques, sociales et territoriales et en favorisant le développement et les progrès économiques, sociaux et territoriaux¹⁴.

⁹ Voir en particulier les avis récents sur la proposition de mécanisme européen de stabilisation des investissements, doc. 5347/19, points 24 et suivants, et sur la proposition de programme d'appui aux réformes, doc. 6582/19, points 19 et suivants.

¹⁰ Voir également l'avis du Service juridique du Conseil figurant dans le document 14745/16, point 19.

¹¹ Arrêt du 23 novembre 1999, République portugaise/Conseil de l'Union européenne, C-149/96, EU:C:1999:574, point 86.

¹² Voir les conclusions de l'avocat général Bot présentées le 2 avril 2009, Parlement /Conseil (Fonds international pour l'Irlande), C-166/07, EU:C:2009:213, point 90. Voir également l'avis du Service juridique du Conseil mentionné dans la note de bas de page n° 9.

¹³ Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 2 avril 2009, Parlement/Conseil (Fonds international pour l'Irlande), C-166/07, EU:C:2009:213, point 45.

¹⁴ Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 2 avril 2009, Parlement/Conseil (Fonds international pour l'Irlande), C-166/07, EU:C:2009:213, points 52 et 53.

26. Toutefois, conformément au sens large donné à la notion d'"*action*" dans les traités,¹⁵ l'article 175, troisième alinéa, du TFUE ne saurait être limité à des mesures d'assistance financière. Pour autant qu'elle vise à réaliser les objectifs de cohésion, une "*action spécifique*" peut aussi prendre la forme d'instruments divers tels que les mécanismes de coopération administrative ou les instruments réglementaires établissant des règles de procédure ou de fond ainsi que des droits, des obligations et même des entités juridiques¹⁶.
27. Si le législateur de l'UE peut poursuivre un éventail particulièrement large d'actions sur la base de l'article 175, troisième alinéa, du TFUE, ces actions doivent néanmoins respecter une série de limites clairement fixées.
28. Premièrement, l'article 3, paragraphe 3, du TUE et les articles 174 et 175 du TFUE établissent une relation à sens unique entre la politique de cohésion et les autres politiques de l'Union. Alors que les traités requièrent la formulation et la mise en œuvre des politiques de l'Union - notamment la mise en œuvre du marché intérieur - pour contribuer à la réalisation de l'objectif général de cohésion économique, sociale et territoriale, les "*actions*" de cohésion ne peuvent pas être arrêtées dans le but prépondérant de réaliser les objectifs de l'Union dans d'autres domaines politiques.

¹⁵ Voir, par exemple, l'article 5 du TUE, l'article 2, paragraphe 5, et l'article 6 du TFUE.

¹⁶ Par exemple, cette base juridique a été utilisée pour établir un régime juridique pour les groupements coopératifs de collectivités publiques de différents États membres dotés de la personnalité juridique et chargés de promouvoir la coopération transfrontalière (le groupement européen de coopération territoriale, voir le règlement (CE) n° 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT) (JO L 210 du 31 juillet 2006, p. 19). Ce régime juridique comprend des règles de fond et de procédure sur la constitution, l'organisation et la dissolution du groupement ainsi que des dispositions relatives au droit applicable et à la compétence juridictionnelle. Le Service juridique du Conseil a confirmé que l'article 159, troisième alinéa, du TCE - désormais article 175, troisième alinéa, du TFUE - était la base juridique appropriée pour l'adoption du régime juridique, étant donné que la notion d'"*action spécifique*" est particulièrement large et ne pouvait être limitée uniquement à des mesures de nature opérationnelle. Voir le doc.15253/04, points 11 et suivants, et notamment points 12 et 13.

L'article 175, troisième alinéa, du TFUE précise que les "*actions spécifiques*" que le législateur de l'UE peut arrêter en dehors des fonds pour réaliser les objectifs de cohésion doivent être sans préjudice "*des mesures décidées dans le cadre des autres politiques de l'Union*". Ainsi ces "*actions spécifiques*" ne peuvent, pour satisfaire à des objectifs de cohésion, modifier le champ d'application des instruments juridiques adoptés au titre d'autres politiques de l'Union, ni y déroger ni le limiter ni avoir pour but prépondérant de régler des matières qui relèvent du champ d'application d'autres bases juridiques du traité, même dans des cas où une telle action spécifique serait limitée à des situations transfrontalières¹⁷. L'article 175, troisième alinéa, du TFUE a donc un caractère subsidiaire par rapport à d'autres bases juridiques des traités et aux mesures décidées dans le cadre de ces autres politiques de l'Union.

29. C'est ce que la Cour a confirmé en déclarant que la politique de cohésion est "*[un moyen d'action] géré[...] selon le cadre réglementaire [de l'Union] et dont le contenu n'excède pas le champ d'application de la politique [...] de cohésion économique et sociale [de l'Union]*"¹⁸.
30. Deuxièmement, la politique de cohésion vise à créer une convergence et une homogénéité économiques, sociales et territoriales entre tous les États membres de l'Union - et pas seulement au sein d'un sous-groupe d'entre eux. Cependant, cela n'empêche pas une mesure de cohésion donnée d'être mise en œuvre uniquement à l'égard de certains États membres ou de certaines de leurs régions qui remplissent les conditions pour en bénéficier sur la base de leur situation objective particulière.
31. C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier si l'article 175, troisième alinéa, du TFUE constitue une base juridique appropriée pour la proposition.

¹⁷ Le Service juridique du Conseil a récemment précisé cette limitation dans le contexte spécifique de la relation entre la politique de cohésion et la politique de coordination économique et ces conclusions s'appliquent en l'espèce mutatis mutandis. Voir les avis visés à la note de bas de page n° 9 ci-dessus.

¹⁸ Voir l'arrêt du 3 septembre 2009, Parlement européen/Conseil (Fonds international pour l'Irlande), C- 166/07, EU:C:2009:499, point 46.

2. Examen de la finalité de la proposition

32. La finalité déclarée de la proposition est de lever les obstacles juridiques qui entravent la mise en œuvre de projets d'infrastructures transfrontalières ou la fourniture de services transfrontaliers d'intérêt économique général et, par conséquent, le plein potentiel des régions transfrontalières. Ces régions sont désignées à l'article 174, troisième alinéa, du TFUE comme étant parmi les régions auxquelles une attention particulière doit être accordée dans le cadre de la politique de cohésion (voir, en ce sens, l'article 1^{er} de la proposition ainsi que ses considérants 4 à 6 et les pages 1 et 2 de l'exposé des motifs).
33. Le préambule de la proposition souligne que les formes existantes de soutien financier dans le cadre des fonds de l'Union n'ont pas permis de répondre pleinement aux besoins des régions transfrontalières - qui continuent de connaître une performance économique plus faible, davantage de difficultés d'accès aux services publics et des charges administratives plus importantes et plus onéreuses. ¹⁹ Selon le préambule, l'existence de divergences et de doublons dans les régimes juridiques et administratifs qui s'appliquent aux projets transfrontaliers est l'une des principales causes de ces difficultés. ²⁰
34. La proposition établit donc un lien clair entre la levée des obstacles juridiques ou administratifs affectant certains projets et services et la poursuite du développement économique, social et territorial des régions transfrontalières dans le cadre plus général de la politique de cohésion de l'Union. Sa finalité correspond donc clairement à l'objectif de la politique de cohésion défini dans les traités.

3. Examen du contenu de la proposition

35. Une toute autre question est de savoir si les finalités déclarées de la proposition sont correctement reflétées dans son contenu de sorte que le mécanisme proposé constitue un véritable instrument de cohésion ou si ledit mécanisme est constitué d'éléments dont l'application irait au-delà de la réalisation des objectifs de cohésion ou serait sans rapport avec ceux-ci. À cet égard, il est nécessaire d'examiner i) les effets juridiques du mécanisme prévu et ii) son champ d'application.

¹⁹ Considérants 4, 5 et 6 de la proposition et pages 1 et 2 de l'exposé des motifs.

²⁰ Considérant 4 de la proposition et page 2 de l'exposé des motifs.

i) *Les effets juridiques du mécanisme prévu*

36. Comme expliqué ci-dessus (points 24 et suivants), le législateur de l'Union dispose d'un très large pouvoir d'appréciation pour arrêter les mesures qu'il estime nécessaires en vue de réaliser les objectifs de cohésion. Ces mesures ne devraient pas être comprises comme se limitant à la fourniture d'un financement (certainement l'action de cohésion la plus typique), mais peuvent s'étendre à d'autres types d'actions, y compris l'établissement d'un cadre de coordination réglementaire entre les États membres en vue de lever les obstacles juridiques et administratifs empêchant l'exécution de projets communs dans les régions transfrontalières.
37. Cependant, un instrument de cohésion ne peut pas être utilisé aux fins de conférer à des arrangements bilatéraux conclus entre États membres (comme ceux prévus dans le cadre de la proposition) des effets juridiques qui sont spécifiques au droit de l'Union. Un acte de droit dérivé de l'Union ne peut transformer des actes juridiques des États membres en actes juridiques de l'Union, comme s'ils faisaient partie du système des sources du droit de l'Union. Si l'application effective du droit de l'Union se fonde sur les systèmes juridiques nationaux et sur l'adoption par les États membres de *"toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union"* (article 291, paragraphe 1, du TFUE)²¹, un acte de droit dérivé de l'Union ne peut conférer aux autorités et législateurs nationaux la tâche d'adopter des actes en lieu et place des institutions et organes de l'Union. Le contraire reviendrait à une sorte d'utilisation "fiduciaire" du droit national en lieu et place du droit de l'Union qui irait à l'encontre de la caractéristique essentielle du droit de l'Union en tant qu'ordre juridique distinct: l'Union ne serait pas en mesure de tout mettre en œuvre pour assurer l'autonomie de son ordre juridique, notamment la capacité de modifier ses règles ou d'y déroger comme elle l'estime opportun ou d'avoir recours à des instruments assurant son application et son respect (y compris les voies de recours) pour garantir ses pleins effets.

²¹ Voir aussi l'article 4, paragraphe 3, deuxième alinéa, du TUE.

38. En outre, le principe de primauté du droit de l'Union, selon lequel le droit de l'Union prévaut sur le droit national des États membres, s'applique à la relation entre le droit fondé sur les traités et le droit national et ne saurait aller jusqu'à régir la relation entre les ordres juridiques respectifs de deux États membres. L'application du droit d'un État membre dans un autre État membre en vue de surmonter un obstacle juridique ou administratif (comme prévu dans la proposition) doit être fondée sur un acte explicite de consentement de ces États membres.

Si l'acquis de l'UE, notamment dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, contient des actes juridiques qui déterminent quelle loi de différents États membres s'applique à des situations particulières en cas de conflit de lois (comme les obligations contractuelles et non contractuelles, le divorce et la séparation de corps et les successions internationales), ces actes sont fondés sur des bases juridiques du traité qui prévoient l'adoption de mesures concernant les conflits de lois (comme l'article 81, paragraphe 2, point c), du TFUE). Ces règles ne prévoient pas l'intégration de la législation d'un État membre dans l'ordre juridique d'un autre (comme la proposition le ferait), mais visent plutôt à désigner laquelle des législations en conflit s'applique à une situation donnée²².

²² Voir le règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177 du 4.7.2008, p. 6), le règlement (CE) n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (JO L 199 du 31.7.2007, p. 40), le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (JO L 343 du 29.12.2010, p. 10), le règlement (UE) n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JO L 201 du 27.7.2012, p. 107).

39. Compte tenu de ce qui précède, le mécanisme ne peut pas imposer à un État membre l'obligation de mettre de côté un domaine entier de sa législation nationale afin d'intégrer et d'appliquer la législation d'un autre État membre ni prescrire les effets juridiques que les différents instruments prévus par le mécanisme ont en droit national sauf s'il en était convenu ainsi par les États membres concernés.

La proposition peut toutefois établir les modalités et procédures de coordination dans le cadre desquelles les États membres conviendront d'un commun accord de la levée des obstacles juridiques en vue de réaliser les objectifs de cohésion - y compris l'obligation des États membres qui ont recours au mécanisme d'établir des organismes tels que les points de coordination transfrontalière (article 5 de la proposition). Le règlement proposé peut donc imposer des obligations telles que l'établissement de points de coordination transfrontalière (article 5 de la proposition) visant à assurer cette coordination.

40. La conclusion du point précédent est encore renforcée par le fait que la proposition peut aussi s'appliquer aux "*services d'intérêt général*" au sens de l'article 14 du TFUE. Il convient d'être attentif aux dispositions interprétatives du protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général, en vertu desquelles les valeurs communes de l'Union concernant lesdits services d'intérêt économique général comprennent "*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*" (soulignement ajouté, voir le premier tiret de l'article 1^{er} du protocole). Il y est en outre reconnu que "[l]es dispositions des traités 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" (voir l'article 2 du protocole).

41. C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'évaluer le mécanisme proposé. La proposition prévoit trois types de mesures ayant des effets juridiques différents (voir les points **Error! Reference source not found.** et suivants ci-dessus): la "procédure rapide" (applicable lorsqu'un "obstacle juridique" à un projet transfrontalier procède d'une disposition ou d'une pratique administrative qui peut être traitée unilatéralement par un État membre), l'adoption de déclarations et l'adoption de conventions.
42. Dans le cadre de la "procédure rapide" et de la déclaration, les États membres conservent l'autorité souveraine d'accepter ou de refuser l'application de la législation d'un autre État membre sur leur territoire. La procédure rapide établit simplement une obligation procédurale imposant à l'État membre de réexaminer les pratiques administratives nationales existantes. Dans le cadre des déclarations, chaque État membre est simplement tenu de présenter à son législateur une proposition officielle de modification en conséquence des dispositions légales nationales, le législateur national restant cependant libre d'adopter ou de rejeter une telle proposition et, par conséquent, d'exposer les effets juridiques pertinents que la possible application de la législation de l'autre État membre aurait dans son ordre juridique (voir l'article 14, paragraphe 3, de la proposition).
43. Le Service juridique du Conseil estime par conséquent que, compte tenu de leur effet juridique, la procédure rapide et la déclaration établissent des mécanismes de coordination qui restent dans les limites associées au recours à l'article 175, troisième alinéa, comme expliqué ci-dessus (points 28 à 30).
44. Une conclusion différente s'applique aux conventions. En présentant les effets juridiques de ces conventions comme directement applicables (article 1^{er}, paragraphe 2, point a), de la proposition) - donc directement invocables par des personnes et des entités - et en leur donnant la primauté sur la législation nationale de l'État membre concerné (les conventions ont un effet dérogatoire sur les dispositions nationales applicables, y compris les dispositions législatives²³), la proposition conférerait à des dispositions de droit national des effets juridiques sur le territoire d'un autre État membre, tels qu'un effet direct et la primauté, qui sont caractéristiques du droit de l'Union lui-même.

²³ Voir la page 7 de l'exposé des motifs et le considérant 19 de la proposition.

45. Cependant, comme expliqué précédemment (voir les points 37 à 40), afin que le mécanisme demeure un mécanisme de coordination, les effets juridiques desdites conventions devraient être établis par les États membres concernés plutôt que par le règlement proposé. Toutefois, la procédure applicable aux projets de conventions est très peu claire: une fois que la procédure a été enclenchée par un initiateur, aucune disposition de la proposition n'accorde à l'État membre d'application la liberté de ne pas conclure la convention en vertu de laquelle la législation de l'État membre de transfert lui serait appliquée²⁴.

ii) Champ d'application

46. Le mécanisme s'applique aux situations dans lesquelles les "dispositions légales d'[un État membre] constituerai[en]t un obstacle juridique entravant l'exécution d'un projet commun [...]" (article 1^{er}, paragraphe 1, de la proposition, soulignement ajouté). Toutefois, la proposition définit les notions de "disposition légale" et d'"obstacle juridique" en termes généraux et non spécifiques, en se référant simplement aux projets transfrontaliers en liaison avec lesquels ils s'appliqueraient ou apparaîtraient. Les obstacles juridiques renvoient à toute disposition légale - y compris les dispositions législatives et administratives ainsi que les pratiques administratives- qui touche à la planification, à l'élaboration, au financement, aux effectifs et au fonctionnement d'un projet commun et qui entrave le potentiel inhérent de régions frontalières dans leurs interactions transfrontalières.
47. La proposition s'appliquerait en conséquence à tout obstacle juridique potentiel de toute nature, affectant l'exécution d'un projet commun, indépendamment du contenu du projet commun et du secteur dont il pourrait relever. Le fait que le mécanisme puisse s'appliquer à tout domaine ou sujet de manière non spécifiée ouvre potentiellement son champ d'application à des domaines autres que la cohésion pour lesquels les traités peuvent établir des compétences et des procédures de l'UE spécifiques ou pour lesquels l'Union ne détiendrait aucune compétence.

²⁴ La possibilité d'appliquer une solution juridique ad hoc dans le cadre juridique de l'État membre d'application semble être limitée aux cas où il n'existe aucune disposition légale appropriée dans le cadre juridique de l'État membre de transfert (voir l'article 14, paragraphe 1, point g), de la proposition).

48. Toutefois, comme susmentionné, les "*actions spécifiques*" que le législateur de l'UE peut arrêter en dehors des fonds pour réaliser les objectifs de cohésion au titre de l'article 175, troisième alinéa, du TFUE doivent être sans préjudice "*des mesures décidées dans le cadre des autres politiques de l'Union*" et ces actions ne peuvent pas non plus être utilisées dans le but prépondérant de réaliser les objectifs de l'Union dans d'autres domaines politiques ou aller au-delà du champ d'application de la politique de cohésion de l'Union.
49. Quelques exemples peuvent servir à illustrer ce point. La proposition pourrait s'appliquer aux obstacles résultant du droit procédural civil de deux États membres, pour lequel les traités établissent un cadre de coopération spécifique à l'article 81 du TFUE (coopération judiciaire en matière civile); elle pourrait s'appliquer aux obstacles juridiques résultant de l'application de différents régimes fiscaux, pour lesquels les traités établissent des compétences d'harmonisation (voir les articles 113 et 115 du TFUE); ou elle pourrait s'appliquer à l'égard de la politique sociale pour laquelle l'article 151 du TFUE établit des règles et procédures spécifiques, y compris l'adoption de mesures destinées à encourager la coopération entre États membres (voir l'article 153, paragraphe 2, point a), et l'article 156 du TFUE).
50. Il convient de souligner que le risque de chevauchements avec d'autres politiques de l'UE n'est pas exclu par le fait que le mécanisme proposé s'appliquerait uniquement aux situations transfrontalières. Si les régions transfrontalières sont désignées parmi celles auxquelles il est accordé une attention particulière dans le cadre de la politique de cohésion (article 174, troisième alinéa, du TFUE), cela ne suffit pas en soit à justifier que toute action qui est destinée à ce type de régions ou peut le concerner relève automatiquement du champ d'application de la politique de cohésion, à l'exclusion d'autres politiques (comme celles désignées au point précédent).

51. Le champ d'application indéfini de la proposition est également pertinent du point de vue de sa relation avec les voies de recours devant la Cour de justice prévues par les traités en cas de violation du droit de l'UE (articles 258 et 259 du TFUE). Un obstacle juridique visé dans la proposition peut aussi, de fait, constituer une violation du droit de l'UE (par exemple, une discrimination fondée sur la nationalité ou une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services) dont le retrait de l'ordre juridique national des États membres ne serait pas garanti par la simple application du règlement proposé. On ne saurait exclure une situation dans laquelle une mesure d'un État membre ferait conjointement l'objet d'un recours en violation engagé par la Commission et de la procédure prévue dans le règlement proposé.
52. Enfin, il convient également d'examiner le champ d'application géographique de la proposition. Conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la proposition, les États membres peuvent aussi enclencher le mécanisme dans des régions transfrontalières entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers. S'il n'est pas inhabituel qu'un instrument de cohésion soutienne des activités menées dans des pays tiers, en particulier dans le cas de la coopération transfrontalière²⁵, le champ d'application de la politique de cohésion - ni d'aucune autre compétence de l'UE - ne s'étend pas jusqu'à prescrire la manière dont les États membres devraient négocier et conclure des accords avec des pays tiers ou à exposer les effets qu'un tel accord devrait avoir dans leur ordre juridique national.

²⁵ C'est notamment le cas de l'objectif "Coopération territoriale européenne" du Fonds européen de développement régional, règlement (UE) n° 1299/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions particulières relatives à la contribution du Fonds européen de développement régional à l'objectif "Coopération territoriale européenne" (JO L 347 du 20.12.2013, p. 259).

B. Nature volontaire et choix de l'instrument juridique

1. Nature volontaire

53. Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, de la proposition, "[p]our lever les obstacles juridiques entravant l'exécution d'un projet commun dans les régions transfrontalières [...], un État membre décide d'enclencher le mécanisme ou d'utiliser des moyens existants". Cette disposition est libellée de manière à, de fait, laisser aux États membres le choix d'appliquer le règlement ou d'avoir recours à d'autres moyens existants qu'ils ont déjà mis en œuvre. Elle revient dès lors à autoriser un système de participation/non-participation.
54. Un instrument de cohésion tel que le règlement proposé ne peut être soumis à des décisions de participation ou de non-participation de la part des États membres. En dehors de domaines spécifiques et clairement délimités, établis en lien avec un nombre restreint d'États membres et en droit primaire seulement, il n'est pas possible de faire dépendre le champ d'application d'un acte de l'UE de décisions individuelles d'États membres²⁶. En principe, le droit de l'Union s'applique uniformément à tous les États membres de l'Union²⁷. Les États membres ne peuvent pas bénéficier de dérogations, sauf lorsque celles-ci sont expressément prévues par le droit primaire ou lorsqu'elles sont temporaires, fondées sur des critères objectifs et objectivement justifiées²⁸. Cela n'exclut pas la possibilité qu'un règlement de l'UE puisse être destiné à s'appliquer uniquement à un groupe d'États membres. Toutefois, toute limitation de ce type doit être fondée sur des circonstances particulières qui distinguent les États membres concernés d'une manière objective et caractérisée et qui sont pertinentes au regard des objectifs de la proposition et du domaine de compétence de l'UE concerné²⁹.

²⁶ Ainsi que le Service juridique du Conseil l'a rappelé dans son avis du 2 avril 2008, "[l]e droit communautaire, au contraire du droit international public, ne permet pas que les États membres puissent, par le biais de déclarations unilatérales, moduler son application" en dehors des mécanismes spécifiques de coopération renforcée (document 8038/08, point 2. Voir aussi l'avis du Service juridique du Conseil du 25 avril 2018, document 8334/18, point 29).

²⁷ Sur l'application uniforme du droit de l'Union dans tous les États membres, voir l'arrêt du 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH e.a./République fédérale d'Allemagne*, affaires jointes 205 à 215/82, EU:C:1983:233, point 17, ainsi que l'arrêt du 26 novembre 1985, *Procédure pénale contre Miro BV*, 182/84, EU:C:1985:470, point 14.

²⁸ Voir l'avis du Service juridique du Conseil du 19 février 2019, document 6582/19, point 58.

²⁹ Voir l'avis du Service juridique du Conseil du 15 janvier 2019, document 5347/19, points 49 et suivants.

55. En l'espèce, il n'existe aucune dérogation fondée sur le droit primaire en ce qui concerne la politique de cohésion, une politique visant à remédier aux disparités entre l'ensemble des États membres et leurs régions. Un acte de cohésion s'applique donc à tous les États membres de l'Union. En l'occurrence, la possibilité d'avoir recours à d'autres moyens pour lever les obstacles transfrontaliers ne serait pas la conséquence de circonstances objectives qui caractérisent la situation d'une frontière donnée ou d'un État membre donné, mais serait le résultat d'un choix politique quant au degré de coopération que les États membres veulent atteindre.
56. La même conclusion s'applique même si la possibilité d'une "non-participation" était limitée au cas où d'autres moyens de coopération sont déjà en place pour une frontière donnée, c'est-à-dire que le choix se ferait entre le maintien des arrangements existants ou l'adoption du nouveau mécanisme de l'UE. S'il ne saurait être exclu que le fait d'avoir mis en place d'autres moyens de coopération pourrait justifier une dérogation temporaire à l'application d'un acte de l'UE (notamment pour permettre aux États membres concernés d'adapter leur cadre de coopération au nouveau mécanisme de l'UE), en décidant de ne pas participer de manière illimitée et non spécifiée, les États membres auraient la possibilité de mettre en œuvre de manière permanente un niveau différent de coopération transfrontalière.
57. La question susmentionnée de l'applicabilité uniforme du règlement devrait être distinguée de celle de ses effets ultérieurs. Une fois adopté et en vigueur, le règlement établirait le mécanisme qui serait applicable à tous les États membres. Comme c'est le cas pour d'autres actes de cohésion, les États membres pourraient alors rester libres d'avoir recours aux droits et obligations définis dans l'acte de cohésion ou de demander son activation, conformément à l'éligibilité, à la programmation ou à d'autres conditions qu'il fixe. Les États membres resteraient donc libres d'avoir recours, au cas par cas, au cadre de coordination que le règlement proposé met en place et d'accepter l'application de la législation d'un autre État membre dans le sens expliqué précédemment (voir les points 39, 42 et 43). Le libellé de l'article 4, paragraphe 1, de la proposition devrait être modifié pour refléter une telle approche de manière à préciser que cela ne constituerait pas un système de participation/non-participation.

2. *Choix de l'instrument juridique*

58. La question a été soulevée de savoir si l'adoption du mécanisme proposé sous la forme d'une directive ne permettrait pas de conclure différemment en ce qui concerne la possibilité d'une participation volontaire des États membres.
59. Le fait que, contrairement à celui d'un règlement, le champ d'application d'une directive puisse être limité à certains États membres seulement³⁰ ne modifie pas les observations formulées précédemment aux points 54 et suivants, étant donné que l'éventuelle limitation d'une directive à certains États membres doit également être objectivement justifiée, et que la justification doit être présentée clairement dans le préambule de l'instrument.³¹
60. À cet égard, les raisons données par la Commission pour justifier la nature volontaire du mécanisme, à savoir la nécessité de respecter la structure institutionnelle et constitutionnelle des États membres et le principe de subsidiarité, ne sont pas pertinentes. Aucun de ces deux éléments ne constitue une justification valable pour autoriser à ne pas participer à un instrument juridique de l'UE.
61. La possibilité d'une participation volontaire à l'instrument ne pourrait donc pas être réalisée en ayant recours à une directive.
62. Il est rappelé que, s'il n'était pas possible d'obtenir un soutien suffisant pour l'adoption d'un instrument applicable à tous les États membres, les traités envisagent la possibilité de mener une coopération renforcée entre certains États membres seulement, pour autant que les conditions de fond et de procédure fixées à l'article 20 du TUE et aux articles 326 à 336 du TFUE soient remplies.

³⁰ Voir l'article 288, troisième alinéa, du TFUE: "*La directive lie tout État membre destinataire, quand au résultat à atteindre [...]*".

³¹ Voir l'avis du Service juridique du Conseil du 25 avril 2018, doc. 8334/18.

IV. CONCLUSION

63. Compte tenu de l'analyse qui précède, le recours à l'article 175, troisième alinéa, du TFUE en tant que base juridique de la proposition requerrait d'apporter un certain nombre d'adaptations significatives à la proposition:
- a. Le mécanisme devrait être adapté pour devenir un instrument de coordination entre États membres, limité à l'établissement des méthodes et procédures dans le cadre desquelles les États membres conviendraient d'un commun accord de lever les obstacles juridiques et administratifs en vue de réaliser les objectifs de cohésion. Cela nécessiterait en particulier que la conclusion des conventions soit fondée sur un acte de consentement des États membres et que les effets juridiques de ces conventions dans le droit national soient déterminés par les États membres eux-mêmes.
 - b. Le champ d'application matériel de la proposition, à savoir les obstacles juridiques et administratifs, les dispositions légales nationales et les projets communs à l'égard desquels elle s'applique, devrait être défini de manière suffisamment précise afin d'être sans préjudice de l'exercice d'autres compétences et des mesures décidées dans le cadre d'autres politiques de l'Union et de ne pas affecter l'équilibre institutionnel fixé par les traités.
 - c. Il devrait être précisé que la proposition est sans préjudice des voies de recours prévues par les traités en cas de violation du droit de l'Union par les États membres.
 - d. Le champ d'application de la proposition devrait être limité à la réglementation de la coopération transfrontalière entre États membres de l'Union. La coopération transfrontalière avec des pays tiers devrait être exclue.
64. La possibilité d'une participation volontaire de la manière actuellement prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la proposition n'est pas compatible avec les traités. Le mécanisme doit s'appliquer uniformément à tous les États membres. Le libellé devrait être adapté de manière à préciser que le mécanisme est applicable à tous les États membres, leur choix étant de l'utiliser ou non ou de l'enclencher dans un cas donné dans les conditions fixées dans le règlement.
65. L'adoption du mécanisme proposé sous la forme d'une directive ne permettrait pas de limiter son champ d'application à certains États membres.