

L'OPPORTUNITÉ DANS LE RECOURS EN MANQUEMENT EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Nathalie RUBIO¹

Résumé

Le respect du droit est depuis longtemps présenté comme un élément essentiel et structurant de l'intégration européenne. Au moment où se pose avec une spéciale acuité la question de l'avenir de l'Union, la problématique de l'inapplication du droit renvoie inévitablement à une perspective de fragilisation irréversible de l'édifice. Cette contribution vise à présenter la nature, la portée et l'évolution du rôle de la Commission européenne dans le cadre du recours en manquement. Dans un contexte marqué par de nombreux défis et par des attentes variées exprimées notamment lors des consultations citoyennes, il est permis de s'interroger sur l'évolution vers une automaticité des poursuites au regard de l'affirmation de la Commission comme acteur politique et des impératifs de la protection effective des droits fondamentaux dans une Union de droit.

Abstract

The respect for law is a fundamental part of EU integration. The non application of law may undermine the European process in a context full of challenges and new expectations of citizens. This contribution aims to present the nature and the trend of European Commission's actions for failure before the ECJ. L'Union européenne se singulariserait-elle – encore une fois – dans l'appréhension de l'inapplication du droit qu'elle produit ? À l'épreuve de la concrétisation de la règle, de quelle marge de manœuvre disposent les institutions pour assurer le respect de l'ordre juridique européen ? Peut-il y avoir une place pour une forme quelconque de tolérance à l'endroit de l'inapplication des règles communes ? Plus fondamentalement, peut-on admettre qu'une organisation dont le juge a tant œuvré en faveur de l'effectivité puisse concourir, d'une façon ou d'une autre, à l'inapplication de son propre droit² ?

1 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 B. BERTRAND, « Le tropisme juridique du droit de l'Union », *Revue de l'UE*, 2018, p. 103 et s. : « La construction par le droit fait ainsi partie de l'identité de l'Union européenne. Cette dissociation révèle la singularité du projet européen en ce qu'elle s'éloigne des conceptions nationales de la dialectique entre droit et politique ».

Ces questions seront le fil rouge de cette contribution qui tentera d'analyser le rôle de la Commission européenne dans le déclenchement d'une procédure, prévue dès l'origine dans les Traités, qui permet d'obtenir la condamnation d'un État membre pour avoir manqué à ses obligations : le recours en manquement. Manifestation de la spécificité du droit de l'UE³, ce recours est un véritable moyen de pression sur les États pour deux raisons.

D'abord, la notion d'obligation est conçue au sens large comme une obligation juridique pré-existante qui trouve sa source dans le droit de l'UE (texte ou principe général du droit) et notamment dans le principe de coopération loyale⁴. De façon générale, il y a quatre grands types d'infraction : 1) la non-communication des mesures de transposition ; 2) la non-conformité, 3) le non-respect aux exigences des directives ; 4) les infractions aux Traités, règlements et décisions et la mauvaise application ou l'application incorrecte du droit de l'UE. Ensuite, les sanctions pécuniaires sont particulièrement lourdes et dissuasives⁵.

Néanmoins, cette procédure reste un dernier recours, « l'*ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par les Traités contre l'inertie et contre la résistance des États membres »⁶ : ultime rempart, qui en cas d'échec, rend la situation irréversible.

Le Traité donne ici un rôle central à la Commission européenne pour le déclenchement du recours en manquement, et donc dans la phase de glissement vers la rigidification des positions. En effet, aux termes des articles 258 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Cour de justice ne peut être saisie que par les États membres ou la Commission qui bénéficie dans ce domaine d'une forme de priorité eu égard à sa mission générale : elle « promeut l'intérêt général de l'Union », elle « veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci » et « elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne » (article 17 TUE).

Toute inaction de la Commission conforte alors l'inapplication (non-respect ou mauvaise application) du droit de l'UE. Cependant, le système de l'Union s'inscrit plutôt dans un modèle d'opportunité des poursuites laissant la liberté à l'exécutif européen d'apprécier ce qu'il convient de faire ou non dans un cas déterminé. Cette absence d'automaticité semble inhérente au recours en manquement qui reste marqué par son caractère manifestement diplomatique ne serait-ce que par le dialogue et la négociation qu'il implique entre la Commission et l'État membre concerné tout au long de la phase pré-contentieuse.

3 CJCE, 15 juillet 1960, *République italienne c. Haute autorité de la CECA*, aff. 20/59 : « procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des Etats ». Pour comparaison, Art. 46§ 4 de la CEDH : « Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1 ». Première application dans l'affaire *Mammadov c. Azerbaïdjan*, communiqué de presse CEDH 390 (2017) du 14 décembre 2017.

4 Art. 4§ 3 TUE : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

5 V. la jurisprudence relative aux sanctions pécuniaires in Répertoire de la jurisprudence de la CJUE, rubrique « Contentieux » : https://curia.europa.eu/common/recdoc/repertoire_jurisp/bull_3/data/index_3_01_05.htm

6 CJCE, 15 juillet 1960, *Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Aff. 25-59.

Une première analyse, purement littérale, montre combien les rédacteurs du Traité ont souhaité que la Commission ait la libre maîtrise du processus, nous soulignons les mots-clés dans chacune des dispositions pertinentes :

– Article 258 :

Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

– Article 259 :

Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités.

Avant qu'un État membre n'introduise, contre un autre État membre, un recours fondé sur une prétendue violation des obligations qui lui incombent en vertu des traités, il doit en saisir la Commission.

La Commission émet un avis motivé après que les États intéressés ont été mis en mesure de présenter contradictoirement leurs observations écrites et orales.

Si la commission n'a pas émis l'avis dans un délai de trois mois à compter de la demande, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la Cour.

– Article 260 :

1. Si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.

2. Si la commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances.

Si la Cour reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Cette procédure est sans préjudice de l'article 259.

3. Lorsque la Commission saisit la Cour d'un recours en vertu de l'article 258, estimant que l'État membre concerné a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative, elle peut, lorsqu'elle le considère approprié, indiquer le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par cet État, qu'elle estime adapté aux circonstances.

Si la Cour constate le manquement, elle peut infliger à l'État membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte dans la limite du montant indiqué par la Commission. L'obligation de paiement prend effet à la date fixée par la Cour dans son arrêt.

L'opportunité dans le sens d'un choix, d'une liberté est par conséquent inhérente au recours en manquement et rejoint les pouvoirs généraux conférés à la Commission européenne par le Traité. Cette opportunité est consacrée en tant que telle par le juge et particulièrement visible et affichée, voire revendiquée (I). Mais nous nous interrogerons sur la tendance de cette opportunité à se réduire eu égard aux attentes légitimes formulées envers l'UE (II). Selon que l'on emprunte au vocabulaire de la procédure pénale ou à celui du droit administratif : se dirige-t-on vers un principe de légalité des poursuites⁷ et vers une compétence liée⁸ de la Commission dans certains domaines ? Au fond comment la politisation du droit de l'UE influence-t-elle l'utilisation par la Commission de l'opportunité dans le recours en manquement⁹ ? Plus fondamentalement, comment *l'humanisation* du droit concourt-elle à enserrer l'autorité de contrôle¹⁰ ?

I. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement consacrée et affichée

Reconnu très tôt par la Cour de justice (A), le caractère discrétionnaire du pouvoir de déclencher les poursuites est rendu particulièrement visible dans les rapports et autres documents de communication de la Commission. Pourtant le discours de plus en plus politique a aujourd'hui tendance à opacifier les données chiffrées brutes et à rendre l'approche comptable trop réductrice (B).

A. Un pouvoir discrétionnaire reconnu de façon constante par la Cour de justice

La consécration de ce pouvoir discrétionnaire se présente comme une véritable garantie que la Commission n'hésite pas à rappeler elle-même en la présentant comme un acquis. En témoignent les termes qu'elle utilise dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats » publiée en janvier 2017¹¹ : « Dans l'exercice de ce rôle, la Commission jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider d'entamer ou non, et à quel moment, une procédure d'infraction et de porter ou non, et à quel moment, une affaire devant la Cour. »

7 La légalité des poursuites désigne le « Système selon lequel le ministère public est tenu d'engager des poursuites dès lors que les agissements portés à sa connaissance renferment, vérification par lui faite, tous les éléments d'une infraction ; s'op. à l'opportunité des poursuites » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, 2012).

8 La compétence liée désigne le « pouvoir qu'exerce une autorité quand elle n'a pas le choix entre plusieurs solutions. Par op. pouvoir discrétionnaire » ((G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*).

9 B. BERTRAND note en effet : « Le positivisme européen ne résulte pas que du juge. Au sein des institutions européennes, la méthode affichée pour faire fonctionner le triangle décisionnel repose très largement sur une technicisation des enjeux et, par là même, une dépolitisation des questions européennes. La Commission, telle qu'elle se présente, est longtemps apparue davantage comme une autorité administrative, comme une institution tirant sa légitimité de la défense d'un intérêt général européen conçu de façon rationnelle et technique que comme une institution politique chargée de défendre certaines orientations politiques. Dans son mode de nomination comme dans son fonctionnement, la Commission a longtemps semblé souhaiter ne pas mettre en avant les orientations politiques qu'elle cherchait à porter, même si certaines évolutions sont venues nuancer cette idée », *op. cit.*

10 Pour reprendre l'expression du juge à la Cour internationale de Justice Antonio Augusto Cançado Trindade (notamment *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 728 p.).

11 JOUE, C 18/10 du 19 janvier 2017.

Effectivement, la jurisprudence marque une réelle constance dans ce domaine et ne semble ouvrir aucune brèche¹². Dans chaque affaire, le juge réaffirme à titre de principe qu'il incombe à la Commission « d'apprécier l'opportunité d'agir contre cet État, de déterminer les dispositions qu'il a violées et de choisir le moment où elle initiera la procédure en manquement à son encontre, les considérations qui déterminent ce choix ne pouvant affecter la recevabilité de son recours ». Le juge poursuit : « Compte tenu de cette marge d'appréciation, la Commission est libre d'entamer une procédure en manquement contre certains seulement des États membres qui se trouvent dans une situation comparable du point de vue du respect du droit communautaire. Elle peut ainsi, notamment, décider d'engager des procédures en manquement à l'encontre d'autres États membres à un moment ultérieur, après avoir eu connaissance de la solution à laquelle ont abouti les premières procédures ».

Ce caractère discrétionnaire ainsi consacré implique l'irrecevabilité d'un recours en carence intenté à l'encontre de la Commission¹³ ainsi que celle d'un recours en annulation à l'encontre de son refus d'agir¹⁴.

Ce pouvoir est particulièrement étendu dans la phase pré-contentieuse régie par les articles 258 et 259 du TFUE. En revanche, la Cour en restreint le champ dans la phase post-contentieuse d'exécution des sanctions financières et rappelle à la Commission les limites de son intervention. Ainsi, elle confirme, dans l'arrêt *Commission c./ Portugal* de 2014¹⁵, la spécificité du manquement sur manquement de l'article 260 § 1 du TFUE : « Contrairement à la procédure instituée par l'article 258 TFUE, qui vise à faire constater et à faire cesser le comportement d'un État membre constituant une violation du droit de l'Union [...], l'objet de la procédure prévue à l'article 260 TFUE est beaucoup plus circonscrit, en ce qu'il ne vise qu'à inciter un État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement ». Elle continue : « En conséquence, cette dernière procédure doit être considérée comme une procédure juridictionnelle spéciale d'exécution des arrêts de la Cour et, en d'autres termes, comme une voie d'exécution [...]. Par conséquent, ne peuvent être traités dans le cadre d'une telle procédure que les manquements aux obligations incombant à l'État membre en vertu du traité FUE que la Cour, sur la base de l'article 258 TFUE, a considéré comme fondés ». Elle en conclut que « La Cour dispose donc d'une compétence exclusive à cet égard qui lui est confiée directement et expressément par le traité et sur laquelle la Commission ne saurait empiéter dans le cadre de la vérification de l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour en application de l'article 260, paragraphe 2, TFUE ». Il en découle que la Commission ne saurait, en adoptant une décision, trancher elle-même un tel différend et en tirer les conséquences qui s'imposent pour le calcul de l'astreinte.

Ce recadrage jurisprudentiel des pouvoirs de la Commission en phase post-contentieuse contribue à nouveau à mettre en exergue la nature et la portée de son pouvoir dans la phase préalable, comme le démontrent d'ailleurs de façon plus visible les informations publiées chaque année.

12 Notamment CJCE, 6 décembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. C-329/88 ; CJCE, 1^{er} juin 1994, *Commission c. Allemagne*, aff. C-317/92, CJCE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-562/07 ; CJCE, 19 mai 2009 *Commission c. Italie*, C-531/06.

13 CJCE, 15 janvier 1998, *Intertronic*, aff. C-196/97 P.

14 CJCE, 9 juillet 1998, *Smanor*, C-317/97.

15 CJUE, 15 janvier 2014, *Commission c. Portugal*, aff. C-292/11, § 39 et s. et le commentaire de D. BLANC, *RTDE*, 2015, p. 285 et s. V. également Trib. UE, 28 mars 2017, *Portugal c. Commission*, aff. T-733-15.

B. Une opportunité visible mais difficilement appréciable

La question ici sous-jacente est celle des outils permettant de rendre visibles les infractions des Etats au droit de l'UE et la diligence de la Commission pour les faire cesser. En creux, cela interroge sur l'existence d'outils permettant d'apprécier la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire : peut-on déterminer, en dehors bien sûr du contrôle du juge qui intervient forcément en dernier ressort et de façon non systématique, les critères, y compris chiffrés, garantissant que l'opportunité ne confine pas à l'arbitraire ? Il en va en effet de la crédibilité de l'action de la Commission.

Rappelons tout d'abord qu'il existe aujourd'hui trois modalités de détection des infractions : les plaintes, le décèlement d'office et les rapports fournis par les États membres. On peut également ajouter les pétitions et questions devant le Parlement européen en tant que sources d'informations.

Pour l'heure, il n'est possible de quantifier, certes de façon tout à fait partielle, que les proportions d'infractions commises par les États membres faisant effectivement l'objet de poursuites. Pour ce faire, le rapport annuel sur l'application du droit de l'UE est une source intéressante¹⁶, mais nécessairement partielle puisqu'il émane de la Commission elle-même et est alimenté par les États membres¹⁷. Depuis 1984, il a vocation à répondre à une demande formulée par le Parlement européen qui adopte ensuite chaque année une résolution sur la base de ce rapport.

Pendant longtemps, le rapport annuel était un document administratif presque austère fournissant de façon quasi systématique les chiffres relatifs aux infractions et à leur traitement par la Commission. Les données pouvaient aisément être comparées d'une année à l'autre pour conclure à des progrès – ou non – dans l'application du droit de l'UE. Par exemple, le rapport annuel pour 2016¹⁸, comme les précédents, consacre toute une partie à l'exposé des chiffres relatifs aux procédures d'infraction ainsi que l'identification des États et domaines concernés. Globalement, avant le lancement d'une éventuelle procédure d'infraction, le total des cas relevés s'élève à 4 303, dont 3 783 plaintes. Puis, dans la phase pré-contentieuse, sont recensées 986 procédures par l'envoi d'une lettre de mise en demeure ; en 2016, la Commission a clôturé : 520 dossiers d'infraction après envoi de lettres de mise en demeure, 126 dossiers après envoi d'avis motivés, 18 dossiers après avoir décidé de saisir la Cour de justice mais avant d'envoyer la requête. Concernant la phase contentieuse, 28 arrêts ont été rendus en 2016 dont 23 en faveur de la Commission. *Grosso modo*, un quart des infractions donnent lieu à une poursuite, moins de 30 % des procédures ont abouti à un avis motivé et moins de 3 % à un arrêt de la Cour. Bien que ces proportions restent très artisanalement calculées, elles donnent à voir tant le travail de filtrage de la Commission que les effets de la négociation menée avec l'État notamment grâce à EU-Pilot, plateforme en ligne utilisée par les États membres et la Commission pour établir le cadre factuel, désamorcer et discuter en cas d'infractions potentielles au droit de l'UE. Le rapport annuel pour 2017¹⁹ montre une légère diminution (de 5,91 %) des procédures d'infraction ouvertes en

16 https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en

17 Le tableau d'affichage annuel du marché unique permet également d'évaluer la mise en œuvre des Etats, les progrès de l'ouverture des marchés et la coopération à un certain nombre d'outils comme L'Europe est à vous, Solvit et Eures.

18 COM (2017) 370 final.

19 COM (2018) 540 final.

comparaison avec l'année précédente. Ainsi, après avoir atteint un pic en 2016, le nombre d'affaires a commencé à se stabiliser.

Mais au-delà des chiffres, ce rapport montre une rupture formelle avec les précédents, même s'il faut bien avouer que l'évolution était déjà perceptible. Cette rupture se concrétise par une approche thématique et résolument stratégique directement en lien avec les engagements consignés dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats ». Cette présentation plus politique, presque plus ludique avec ses photos, a pour effet de noyer les informations chiffrées au profit de données plus fragmentées²⁰. Le rapport annuel devient dès lors un véritable outil de communication. Il rend compte de la nouvelle politique de la Commission en matière de contrôle de l'application de la législation : « La Commission a établi des priorités claires qui guideront ses actions pour poursuivre les infractions présumées au droit de l'Union. Conformément à ces priorités et à son engagement de contrôler de manière plus stratégique l'application du droit de l'Union, la Commission a clôturé certains dossiers lorsque cela semblait approprié d'un point de vue stratégique » (p. 6).

Si l'opportunité des poursuites semble désormais répondre plus clairement à des éléments de stratégie politique, la question des outils utilisés par les services de la Commission pour apprécier la nécessité d'une procédure en manquement reste entière : quels critères ? Quel seuil de gravité ? Pourrait-on envisager une analyse d'impact ? Quels types de considérations déterminent le choix de la Commission ? On entrevoit ici l'enjeu principal du sujet qui est non pas d'entraver l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sanctuarisé mais plutôt de répondre au souci d'une transparence accrue.

II. Une opportunité du déclenchement du recours en manquement affectée par les attentes envers l'Union européenne

Le respect du droit est depuis longtemps présenté comme un élément essentiel et structurant de l'intégration européenne²¹. Au moment où se pose avec une spéciale acuité la question de l'avenir de l'Union²², la problématique de l'inapplication du droit renvoie inévitablement à une perspective de fragilisation irréversible de l'édifice.

Dans un contexte marqué par de nombreux défis et par des attentes variées exprimées notamment lors des consultations citoyennes, il est permis de s'interroger sur l'évolution vers une automaticité des poursuites au regard de deux séries de facteurs à la fois internes et externes : les uns tiennent à l'affirmation de la Commission comme acteur politique (A), les autres sont liés aux impératifs de la protection effective des droits fondamentaux (B).

²⁰ Il est toujours possible de disposer de chiffres notamment grâce aux fiches d'infractions établies chaque mois et publiées sur le site internet Europa ainsi que grâce à la consultation du Registre sur les décisions d'infraction.

²¹ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 2008, 321 p. ; P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruylant, 2005, 100 p.

²² Commission européenne, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe*, 2017 :

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livre_blanc_sur_lavenir_de_leurope_fr.pdf

A. L'opportunité affectée par l'intensification de la traque de la Commission contre l'inapplication du droit

Le discours est récurrent : assurer l'effectivité du droit de l'UE. Les moyens pour y parvenir sont envisagés depuis une quinzaine d'années dans le contexte du « Mieux légiférer » et les propositions vont clairement dans le sens du renforcement de l'intransigeance de la Commission en cas d'infractions²³. Ainsi, dès le premier Accord institutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003²⁴ jusqu'au dernier Accord de 2016²⁵, la volonté de la Commission d'adopter une démarche proactive quant à l'amélioration de l'application du droit de l'Union dans les droits nationaux est constamment réaffirmée. Après avoir posé l'objectif de « faciliter » la transposition et l'« application pratique » d'une « législation de l'Union de haute qualité », qui soit aussi « simple et claire que possible » dans les États membres, l'Accord interinstitutionnel de 2016 consacre des développements à la question de l'intégration du droit de l'Union dans les États membres : les paragraphes 41 à 45 sont ainsi relatifs à la « mise en œuvre et application de la législation de l'Union »²⁶.

Dans le même sens, la Commission inventorie, dans son Rapport pour 2016, les moyens pour aider les États membres à mieux appliquer et transposer le droit de l'UE : elle s'est d'ailleurs engagée à élaborer des plans de mise en œuvre pour certains règlements ou certaines directives. Ces plans prévoient une série d'outils : comme des documents d'orientation, des groupes d'experts et des sites web spécialisés...

23 V. E. SAULNIER-CASSIA, « L'impact du « Mieux légiférer » sur l'intégration du droit de l'Union européenne dans les États membres : le Mieux et le Bien transposer » in N. RUBIO (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du Mieux légiférer*, Collection électronique Confluence des droits, 2018, 219 p.

<https://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits/parutions>

24 Dans cette communication du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 16 décembre 2003, *JOUE* 31 décembre 2003, C 321/1, les trois institutions rappelaient déjà, dès les engagements et objectifs communs introduisant le texte, qu' : « Elles invitent les États membres à veiller à une transposition correcte et rapide et dans les délais prescrits du droit communautaire dans la législation nationale, conformément aux conclusions de la présidence du Conseil européen lors de ses réunions de Stockholm, Barcelone et Séville ». V. aussi la communication de la Commission de 2005, *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne* (COM (2005) 97 final) ; la décision 14901/05 sur *l'approche interinstitutionnelle commune en matière d'analyse d'impact* ; la communication de la Commission de 2010, *Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne* (COM (2010) 0543) et la communication de la Commission de 2012, *Pour une réglementation de l'UE bien affûtée* (COM (2012) 746 final).

25 Cet Accord a été adopté à la suite des communications de la Commission du 19 mai 2015 : *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE*, COM (2015) 215 final et *Proposition d'accord interinstitutionnel relatif à l'amélioration de la réglementation*, COM (2015) 216 final.

26 « VII. Mise en œuvre et application de la législation de l'Union

41. Les trois institutions conviennent de l'importance d'une coopération plus structurée entre elles afin d'évaluer l'application et l'effectivité du droit de l'Union en vue de l'améliorer par le biais de la législation future.

42. Les trois institutions soulignent la nécessité d'une application rapide et correcte de la législation de l'Union dans les États membres. Le délai de transposition des directives sera aussi court que possible et, en règle générale, n'excèdera pas deux ans.

43. Les trois institutions invitent les États membres, lorsque ceux-ci adoptent des mesures visant à transposer ou à mettre en œuvre la législation de l'Union ou à garantir l'exécution du budget de l'Union, à communiquer clairement, à destination de leur public, sur ces mesures. Lorsque, dans le cadre de la transposition de directives en droit national, des États membres décident d'ajouter des éléments qui ne sont aucunement liés à cette législation de l'Union, ces ajouts devraient être identifiables soit grâce aux actes de transposition, soit grâce à des documents associés.

44. Les trois institutions invitent les États membres à coopérer avec la Commission dans la collecte des informations et des données nécessaires au suivi et à l'évaluation de la mise en œuvre du droit de l'Union. Les trois institutions rappellent et soulignent, en ce qui concerne les documents explicatifs qui accompagnent la notification des mesures de transposition, l'importance de la déclaration politique commune du 28 septembre des États membres et de la Commission sur les documents explicatifs et de la déclaration politique commune du 27 octobre 2011 du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les documents explicatifs.

45. La Commission continuera à présenter chaque année au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de la législation de l'Union. Le rapport de la Commission inclut, le cas échéant, une référence à l'information figurant au paragraphe 43. La Commission peut fournir d'autres informations sur l'état de mise en œuvre d'un acte juridique donné ».

Cette priorité implique la mise en œuvre par la Commission d'une véritable stratégie politique en matière d'infractions qu'elle décrit dans la Communication « Le droit de l'UE : Une meilleure application pour de meilleurs résultats » : elle entend ainsi « se concentrer sur les problèmes pour lesquels l'action qu'elle mène pour faire respecter le droit de l'UE peut réellement changer la donne, ainsi que sur les priorités d'action » ; elle « opérera donc une distinction sur la base de la valeur ajoutée qu'une procédure pourra apporter et clôturera certains dossiers lorsqu'elle le jugera opportun d'un point de vue stratégique ».

Cette approche stratégique s'articule autour de deux volets principaux : d'une part, l'encouragement à déposer plainte et, d'autre part, la traque à l'absence de notification des mesures nationales de transposition.

Concernant les plaintes qu'elle présente comme un « moyen important de détecter les infractions », la Commission affirme qu'elle « redoublera d'efforts pour en améliorer le traitement ». Dans l'annexe de la Communication sont prévues les modalités de « procédures administratives pour la gestion des relations avec le plaignant en matière d'application du droit de l'UE » : enregistrement, accusé de réception, modalités de dépôt, communication avec le plaignant, délai d'instruction, plainte auprès du médiateur... Ce faisant, la Commission s'expose au contrôle du Médiateur européen qui veille à ce qu'elle informe le plaignant des suites réservées à sa demande. Ainsi, le programme pilote de la Commission qui vise à garantir que les États membres appliquent correctement la législation de l'UE sans recourir à une procédure d'infraction a fait l'objet d'une enquête stratégique qui a débuté en 2016. Le Médiateur a en effet décidé de se pencher sur ce processus après avoir enquêté sur plusieurs plaintes. Il a demandé à la Commission comment fonctionne la procédure, y compris quels sont les motifs de retards ; comment elle fait part aux plaignants de l'ouverture et de la clôture d'une procédure pilote ; et ce qu'elle fait lorsqu'un État membre tarde à plusieurs reprises à répondre ou ne fournit pas suffisamment d'informations. Ceci l'a conduit à adopter une décision le 14 septembre 2017 (OI/5/2016/AB) dans laquelle il énumère les attentes envers la Commission²⁷, soit autant d'exigences qui concourent à restreindre sa liberté de manœuvre.

27 « 1. Inform complainants of any new significant step in its investigation under “EU Pilot” if they express an interest in closely following the progress of their case. This could include providing complainants with a summary of the Member State’s reply, whenever possible.

2. Make publicly available the list of ongoing EU Pilot dialogues and the status of each file.

Concerning relations with complainants when handling infringement complaints in general :

The Commission should :

3. Provide citizen-friendly information on its website and in the complaint form about the various criteria it takes into account when deciding to close a case.

4. Be particularly careful in addressing separately all aspects of the complainant’s complaint in the pre-closure letter.

5. Respond adequately to any further arguments from the complainant where the Commission nevertheless decides to close the complaint. This should be done in the letter confirming that the case will be closed.

6. Set an indicative deadline for initial analysis of complaints in CHAP and generalise the good practice of sending a holding reply to the complainant when the initial assessment of the complaint cannot be performed within this deadline.

7. To the extent that it does not already do so, when an individual/organisation submits a complaint on a case which the Commission is already investigating, inform the complainant of the progress of its on-going investigation and of its decision to close that case or to open an infringement procedure.

Concerning transparency of the Commission’s action :

The Commission should :

8. Provide more information on its performance in resolving actual breaches of EU law under pre-infringement procedures – and on the average duration of the process – in its annual report on “Monitoring the application of EU law” ».

Concernant la traque à l'absence de notification par les États membres des mesures de transposition des directives, la Commission s'est fixé un délai de 12 mois pour saisir la Cour de justice en cas de défaut persistant de transposition d'une directive. Conformément à la priorité qu'elle accorde à la communication en temps utile des mesures de transposition, la Commission entend exploiter pleinement les possibilités offertes par l'article 260, paragraphe 3, du TFUE pour renforcer son approche des sanctions dans ce domaine. Elle a aussi annoncé qu'elle demanderait systématiquement à la Cour d'infliger une somme forfaitaire combinée à une astreinte. Par l'affichage de cette priorité, la Commission réduit encore le champ de l'opportunité car, par définition, la sanction pour défaut de communication des mesures de transposition revêt un caractère automatique : il suffit de constater l'absence de notification.

La Commission, en voulant s'ériger en véritable acteur politique, concourt donc à sa propre pressurisation en présentant une meilleure application du droit comme un gage de meilleurs résultats. Au-delà de ce facteur interne d'évolution de l'opportunité, il y a aussi un facteur externe induit par la consolidation de l'Union de droit en réaction aux atteintes dans certains États membres.

B. L'opportunité affectée par l'amplification de la défense de l'Union de droit

L'amplification de la défense de l'Union de droit découle, d'une part, des attentes suscitées par la jurisprudence relative au respect du principe de transparence et, d'autre part, de celles attendues par les citoyens dans le cadre du respect des valeurs européennes. Autrement dit, nous nous interrogerons sur la question de savoir comment l'opportunité du déclenchement du recours en manquement s'adapte au courant *d'humanisation* du droit.

La jurisprudence de la Cour de justice va dans le sens d'une plus grande ouverture et d'un meilleur accès des citoyens aux dossiers contentieux. Ainsi, dans l'arrêt *Breyer*²⁸, la Cour reconnaît-elle le droit d'accès aux mémoires des États dans le cadre d'une procédure en manquement close alors que la Commission arguait que tout document lié à l'activité juridictionnelle de la Cour devait être exclu de cet accès, peu important d'ailleurs son auteur ou son possesseur. Il n'y a donc *a priori* désormais plus d'obstacles pour que la Commission divulgue ses propres mémoires, ce qui conduit à ouvrir la voie à une certaine forme de contrôle de la part des citoyens. Bien sûr, il s'agit ici de la phase contentieuse du recours, mais inmanquablement l'accès aux documents permettra de remonter le fil et de s'interroger sur la ou les raisons pour lesquelles la Commission a engagé les poursuites, mettant ainsi un coup de projecteur sur une étape marquée par une grande opacité du fait du caractère discrétionnaire du déclenchement. D'ailleurs, les conclusions de l'Avocat général Bobek vont dans ce sens : il propose en

28 CJUE, 18 juillet 2017, *Breyer*, aff. C-213/15 : « Dans ce contexte, la circonstance que les documents détenus par l'une des institutions visées par le règlement n° 1049/2001 aient été établis par un État membre et présentent un lien avec des procédures juridictionnelles n'est pas de nature à exclure de tels documents du champ d'application de ce règlement ». « Il convient de rappeler, dans ce contexte, que, dans l'arrêt du 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission* (C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, EU :C :2010 :541), la Cour a reconnu l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des mémoires déposés par une institution dans le cadre d'une procédure juridictionnelle porte atteinte à la protection d'une procédure juridictionnelle au sens de l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement n° 1049/2001 tant que ladite procédure est pendante. Cette présomption générale de confidentialité s'applique également aux mémoires déposés par un État membre dans le cadre d'une telle procédure. Cela étant, comme la Cour l'a précisé, l'existence d'une telle présomption n'exclut pas le droit de l'intéressé de démontrer qu'un document donné dont la divulgation est demandée n'est pas couvert par ladite présomption ».

effet que la décision relative à l'accès aux documents juridictionnels devrait appartenir en premier chef à la Cour de justice et non à une partie ou un intervenant. Il développe ainsi un raisonnement visant à démontrer que les juridictions ne peuvent plus échapper par principe aux valeurs d'ouverture dans leur activité juridictionnelle au quotidien : il en va de la qualité de la justice. Par le truchement de cette surveillance publique, l'ouverture ne peut que consolider la légitimité institutionnelle générale des juridictions mais également celle des acteurs politiques.

De façon plus globale, le recours en manquement est aujourd'hui utilisé comme un pis-aller de la procédure politique de l'article 7 du TUE²⁹ pour garantir les valeurs « de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités » (art. 2 TUE). La lourdeur de la mise en œuvre du mécanisme a conduit la Commission à proposer dès 2014 un « Cadre en vue de la sauvegarde de l'État de droit ». Cet outil d'alerte précoce vise à permettre à la Commission d'entamer un dialogue avec l'État afin d'empêcher toute escalade dans les menaces systémiques envers l'État de droit. Dans le cas où le nouveau cadre de l'UE pour l'État de droit ne permet pas de dégager une solution, l'article 7 TUE est activé en dernier recours.

L'enlèvement de l'Union face aux provocations de certains États membres comme la Hongrie et la Pologne a conduit à mobiliser le recours en manquement, faute de mieux... Ainsi, à la suite des mesures adoptées par le gouvernement hongrois en 2012, la Commission a lancé une procédure d'infractions concernant le système judiciaire et l'indépendance de l'autorité de protection des données, le manquement a été constaté par la Cour en 2014³⁰. De même, les contentieux récents concernant la Pologne sont significatifs de la mobilisation du recours en manquement comme moyen de pression et sont très instructifs sur la panoplie des moyens procéduraux invocables par la Commission. Ainsi, la Cour de justice a-t-elle fait droit à toutes les demandes de l'exécutif, et ce avant même que la Pologne n'ait présenté ses observations dans le cadre de la procédure de référé³¹.

À ce stade, les vraies questions sont sans doute celles de savoir si les États respecteront ou non les arrêts de la Cour dans ces hypothèses et – bien plus généralement – quels sont les impacts de la constatation du manquement sur l'application du droit.

29 1. Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure.

Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.

2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière.

3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales.

Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État.

4. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider par la suite de modifier les mesures qu'il a prises au titre du paragraphe 3 ou d'y mettre fin pour répondre à des changements de la situation qui l'a conduit à imposer ces mesures.

5. Les modalités de vote qui, aux fins du présent article, s'appliquent au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sont fixées à l'article 354 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

30 CJUE, 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, aff. C-288/12.

31 S'agissant de l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême, Ord. 19 octobre 2018, *Commission c. Pologne*, C-619/18. Voir également le recours relatif à la protection de la forêt de Biatowieska, CJUE, *Commission c. Pologne*, C-441-17, et le commentaire de L. COUTRON, « La Cour de justice au secours de la forêt de Biatowieska, Coup de tonnerre dans le recours en manquement ! », *RTDE*, 2018, p. 321 et s.

Le recours en manquement n'est certes pas la panacée pour pallier l'inapplication du droit, mais il a le mérite d'exister. Il reste un instrument précieux mobilisable par la Commission dans le cadre d'une véritable stratégie politique menée au service des intérêts de l'Union et des citoyens et présentée chaque année dans le cadre du Discours sur l'Union et de son programme de travail. La consolidation d'un nouvel *ordre public européen* ne peut donc plus se satisfaire de l'opacité et des insuffisances d'un mécanisme qui n'est au fond qu'un *ultima ratio* face aux États récalcitrants.

Il est temps de s'interroger sur la question de l'articulation du recours en manquement avec d'autres formes de contrôle du respect du droit plus décentralisées et plus participatives :

- l'engagement de la responsabilité de l'État devant le juge national du fait des violations du droit de l'UE,
- la pénalisation des poursuites à l'instar du parquet européen,
- Le renforcement des plateformes comme Solvit et EU pilot,
- Le déploiement de réseaux d'experts nationaux assurant une surveillance des États à l'instar du modèle Schengen³²...

Si le droit a construit l'œuvre européenne, l'inapplication du droit contribue à alimenter la réflexion sur le ressort essentiel du projet européen qui est et a toujours été politique.

³² Article 70 TFUE : « Sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation ».