HJALTE RASMUSSEN

Les Etats membres et l'inexécution des obligations communautaires

1 – Les Etats membres de la CEE exécutent régulièrement, loyalement et diligemment les obligations que leur impose le droit communautaire. C'est à partir de cette toile de fond de normalité que cet article se propose de mettre l'accent sur l'exception, c'est-à-dire l'existence d'infractions commises par les Etats.

L'« infraction » équivaut (dans la terminologie du présent article) à la « non-exécution d'obligations juridiques communautaires ».

La non-exécution peut être complète ou partielle ; elle peut être commise par action ou par défaut d'action ; et elle peut être commise consciemment (ou volontairement ou *male fide*, suivant la terminologie du présent article) ; ou se produire sans qu'il y ait volonté de non-conformité (= de bonne foi)¹.

Indépendamment de la caractérisation détaillée, les infractions ont ceci en commun qu'elles enlèvent au droit communautaire, sur le territoire des Etats membres responsables, tout ou partie de l'efficacité qui devrait être la sienne.

Les obligations juridiques non exécutées créent des différences objectives entre droit communautaire et droit national, différences qui ont parfois trait aux fondements mêmes² de l'ordre juridique communautaire. Parfois elles sont relatives à des situations sociales ou économiques de moindre importance³.

1. Le texte qui suit offre plusieurs illustrations.

2. Tel que, par exemple, le rejet par la *Bundesfinanzhof* de la doctrine de l'effet direct des directives communautaires, décisions du 7 mai 1981 et du 25 avril 1985 ; ou la décision rendue par le tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main du 21 février 1985 (Aff. I/Z E 2957/81). En 1987, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe prend position contre les tendances évasives démontrées par ces trois arrêts.

3. Voir, par exemple, le cas d'exécution viciée décrite dans le texte à la note 52 plus bas.

Cependant, pour la personne morale ou physique qui recherche la justice, peu importe : pour lui, la « différence » prend la dimension d'une anomalie. De même, pour la Commission européenne, gardienne de la légalité communautaire, la dimension sociale, économique ou juridique d'une infraction n'a pas été, en général, le paramètre crucial.

Pour les besoins de présentation du présent article, une distinction est faite entre les infractions commises de bonne foi et celles commises de mauvaise foi.

2 - Deux remarques préliminaires s'imposent. La première est que le présent article traitera plutôt les questions relatives aux diverses méthodes utilisées par les Etats membres pour ne pas exécuter pleinement les obligations que leur impose le droit communautaire, et celles relatives aux formes d'apparition des infractions ; il s'occupera aussi des tendances que l'on peut peut-être dégager et des solutions possibles aux problèmes posés, d'ici 1992.

La deuxième remarque se rapporte aux illustrations utilisées au cours des analyses à suivre. Quoique je me serve de cas précis et identifiables à titre d'illustrations, je ne prétends pas vouloir copier les données réelles des situations utilisées. Ceci est important à retenir, en particulier en ce qui concerne les cas d'infractions commises de mauvaise foi à l'origine desquelles se trouve parfois un cas d'infraction involontaire⁴ ! Ainsi, je ne prétends pas que les Etats membres en question n'agissent pas vraiment de bonne foi. Et *vice versa* ! Loin de là, les cas utilisés ont été choisis en raison, d'une part, du manque d'illustrations appropriées et d'autre part du peu de chance de se trouver dans la situation où des acteurs avoueraient avoir agi de mauvaise foi, ou même de disposer de preuves allant dans ce sens.

Les situations d'infractions sont en effet souvent très ambiguës. Le cas de la taxation danoise que la Cour de justice a condamnée dans l'affaire Commission c/ Danemark⁵ comme incompatible avec l'article 95 (CEE) en témoigne. S'il plaît à quelqu'un de penser, non sans une certaine justification objective, que le protectionnisme économique reproché au Danemark n'est pas seulement un effet secondaire mais bien le but principal recherché par la législation en question, il convient de signaler que toutes mes recherches y

4. Ainsi, par exemple, l'affaire 14/83, Colson & Hamann, 10 avril 1984, *Rec.*, p. 1891.

5. Aff. 171/78, 27 février 1980, *Rec.*, p. 447.

compris les entrevues avec les fonctionnaires chargés de défendre la position danoise ne font apparaître aucun élément indiquant que le Danemark ne se défende pas avec beaucoup de bonne foi.

3 – Le plan du présent article se présente comme suit : dans le paragraphe 4 je chercherai à mettre au point les principales raisons pour lesquelles les Etats membres commettent des infractions involontaires. Une des raisons les plus importantes, à savoir le caractère évolutif du droit communautaire, est étudiée isolément dans le paragraphe 5. Avec le paragraphe 6 l'attention se tourne vers les cas d'infractions volontaires, l'on tentera d'identifier les principales techniques de camouflage de comportements présumés non conformes au droit communautaire. Le paragraphe suivant met l'accent sur la poursuite de la part de la Commission d'infractions présumées (7). Le dernier paragraphe se propose de dégager quelques tendances dans le scénario des infractions et de les discuter dans la perspective « 1992 » (8).

4 – Il importe d'étudier les infractions au droit communautaire commises de bonne foi. Elles sont au moins aussi nombreuses que les infractions voulues par les Etats. C'est cependant celles-là qui attirent très souvent l'attention des commentateurs.

Le présent article cherche en particulier à mettre en lumière les causes principales derrière les infractions involontaires. Il y en a plusieurs que la liste (a-g) qui suit ne prétend pas présenter ni exhaustivement ni par ordre d'importance.

a / Bon nombre d'erreurs sont d'abord à attribuer au caractère multilingue de la Communauté⁶. De même, sa réalité juridico-politique englobe une multitude de traditions et de cultures juridiques dont résultent, invariablement, des confusions aussi bien terminologiques⁷ que conceptuelles.

Le décalage entre les points de vue exprimés par la Cour de justice et les opinions défendues par certaines juridictions françaises au sujet des conséquences à tirer d'une déclaration d'invalidité d'un règlement communautaire par la Cour de justice en vertu de l'ar-

6. Voir, par exemple, l'affaire Stauder c/ la Ville d'Ulm, 12 novembre 1969, *Rec.*, p. 419.

7. Voir, par exemple, l'aff. 143/83, Commission c/ Danemark, 30 janvier 1985, *Rec.*, p. 427 (égalité de rémunération des deux sexes ; notions de « pour un même travail » et « pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale »).

ticle 177, § 1, en témoigne clairement. Cependant, des cas semblables surgissent souvent⁸.

b / Au stade actuel de l'intégration communautaire, l'harmonisation ou le rapprochement des méthodes, pratiques et coutumes administratives nationales n'est que très peu avancée. L'on doit, par conséquent, s'attendre à l'existence de beaucoup de variations et de dissimilitudes sur le plan du fonctionnement à l'échelle nationale des multiples instruments du droit communautaire. C'est une attente qui n'est certainement pas démentie par la réalité⁹.

La volonté politique communautaire, ainsi qu'elle est entérinée dans la norme communautaire, ne se trouve donc souvent qu'imparfaitement traduite dans la réalité juridique nationale ; et on dirait presque qu'elle l'est par nécessité sociologique.

Dans son arrêt dans l'affaire Commission c/ Belgique de 1980¹⁰, la Cour de justice a tracé les grandes lignes des conditions de la mise en œuvre correcte des directives communautaires. Dans d'autres jugements, elle a formulé les conditions auxquelles l'exécution correcte des règlements dans l'ordre interne des Etats membres doit répondre¹¹.

Exemple : Le Danemark a transposé la Directive 79/32 (relative à la longueur des cigarettes) en droit interne danois par l'envoi de 2 lettres. L'une fut adressée à la firme dominant 80 % du marché en question ; l'autre à l'association professionnelle des producteurs de tabacs au Danemark. Ayant ainsi, sans aucun doute, assuré une transposition efficace de la volonté juridique communautaire, le procédé choisi ne répond cependant guère aux conditions formulées par la Cour de justice dans l'arrêt précité préconisant la promulgation de règles (de transposition) générales qui soient publiées dans les mêmes conditions que les règles correspondantes d'origine danoise.

c / L'existence d'autres différences objectives non voulues entre le droit communautaire et le droit national résulte inéluctablement de l'indépendance fonctionnelle que les ordres internes de tous les Etats membres attribuent à certains organes ou institutions. L'on

8. Voir, par exemple, Henri Labayle, La Cour de justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité, dans *19 Rev. trim. Dr. eur.* (1982), p. 485 ff.

9. Un projet de recherche mené par l'Institut européen d'Administration publique (de Maastricht) dans dix Etats membres de la Communauté s'est concentré sur ces aspects. Les résultats seront bientôt publiés par Bruylant et Sage, *L'Europe des administrations. La mise en œuvre de la législation communautaire dans les Etats membres* (MM. Siedentopf et Ziller, réd.). Rapporteurs pour la France, Pr Yves Mény ; et pour le Danemark, Pr Hjalte Rasmussen.

10. Aff. 102/79, 6 mai 1980, *Rec.*, p. 1473.

11. Voir, par exemple, aff. 34/73, Variola, 10 octobre 1973, *Rec.*, p. 981.

penserait avant tout à l'indépendance des tribunaux et juridictions diverses. Face à cette indépendance, il convient de souligner que les gouvernements, qui sont responsables vis-à-vis de la Communauté de tout comportement juridique national non conforme au droit communautaire, ne disposent pas des moyens adéquats d'intervention pour atteindre cet objectif en cas de divergence dans l'interprétation du droit communautaire préconisée par leurs juges et par la Communauté.

Exemple : L'on se souvient encore de la divergence existant entre le point de vue de la Cour constitutionnelle allemande et le Gouvernement fédéral de Bonn au sujet de la protection des droits fondamentaux en droit communautaire. La Cour de justice avait déclaré qu'elle était seule compétente pour contrôler la conformité du droit dérivé communautaire à ces droits fondamentaux. Les juges communautaires créèrent à cette fin un droit fondamental communautaire¹². Ne trouvant pas cette offre de protection satisfaisante pour les citoyens ouest-allemands, la Haute Cour allemande s'est réservé le rôle de gardien ultime de la protection efficace des droits fondamentaux des Allemands¹³. Dans le conflit qui en résulta et qui opposa la Commission à Bruxelles au gouvernement fédéral, ce dernier se déclara en faveur de la solution adoptée par la Communauté. Il se dissociait donc de l'interprétation favorisée par la Cour constitutionnelle, sans être évidemment en mesure de la modifier¹⁴.

d / Si les causes génératrices de fautes d'exécutions trouvées sous les points *a* / à *c* / sont d'origine nationale, la Communauté peut être « coupable » aussi. En effet, il semble que les instruments de droit dérivé prennent parfois si peu en considération les réalités sociales et/ou économiques d'un secteur de l'économie que, presque par la force des choses, la situation se corrige au cours du processus d'exécution.

Une impraticabilité de cette sorte marque par exemple, paraît-il, les réglementations communautaires du transport par route de biens et de personnes (les règlements dits « sociaux »)¹⁵.

e / La circonstance que très peu d'Etats membres assurent une coordination efficace entre leurs représentants compétents pour négocier

12. Voir, par exemple, aff. 44/79, Liselotte Hauer, 13 décembre 1979, *Rec.*, p. 3727.

13. La première « Solange Beschluss » de mai 1974 (1^{er} Sénat, 5 juges (3 à 2)).

14. Plus de dix ans plus tard, par son arrêt du 22 octobre 1986 (la deuxième « Solange Beschluss ») la Cour constitutionnelle allemande (2^e Sénat, 8 juges (unanimité)) s'aligne sur les thèses de la Cour européenne.

15. Règlement du Conseil n° 543/69 et règlement de la Commission n° 1463/70.

cier à Bruxelles le droit communautaire dérivé et les responsables de l'exécution ultérieure de ces mêmes règles, est aussi une source importante d'exécutions non conformes. Il ressort d'ailleurs de l'étude mentionnée plus haut¹⁶ que le Danemark forme à cet égard une des exceptions les plus remarquables.

f / L'on distingue aussi les cas où une sorte de consensus, explicite ou tacite, établi entre les Etats membres (ou bon nombre d'entre eux) d'un côté, et parfois la Commission de l'autre, « autorise » la non-exécution incorrecte d'une obligation communautaire. Ici, le cas Defrenne II en est la parfaite illustration. Dans son arrêt la Cour de justice réprouvait sévèrement non seulement les comportements étatiques mais aussi le rôle de complice joué par la Commission¹⁷.

g / Enfin, mais d'une importance fondamentale, la quasi-totalité des institutions communautaires, et notamment la Cour de justice, ont insisté sur le caractère essentiellement évolutif du droit communautaire, original aussi bien que dérivé. Ce point sera développé plus en détail dans le paragraphe suivant 5.

5 - Le système juridique communautaire, loin d'être créé une fois pour toutes, se caractérise par son évolution constante. Cette évolution vise à la mise en place d'une structure juridique capable de supporter « une union toujours plus étroite », selon la formule utilisée dans le préambule du traité de Rome. Toutes les instances créatives du droit communautaire, y compris la Cour, doivent obéir à cet impératif¹⁸. Comme on le sait, la Cour s'en est faite depuis presque vingt ans le seul fidèle serviteur¹⁹.

Bien naturellement des incertitudes juridiques en ont résulté. En effet, dans un nombre considérable d'arrêts, la Cour tirait de la notion vague « d'union toujours plus étroite » des conclusions précises et juridiquement contraignantes pour les Etats membres²⁰. Le fait, d'une part, que ces conclusions étaient normalement tirées

16. Note 9.

17. Aff. 43/75, 8 avril 1976, *Rec.*, p. 455.

18. Voir, par exemple, Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

19. Voir, par exemple, Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, Nijhoff, 1986.

20. Dans l'arrêt Defrenne II (cité en note 17) la Cour conclut par exemple que l'article 119 (CEE) qui stipule que les Etats membres « assurent... l'application du principe de l'égalité des rémunérations... » des deux sexes sur le marché de travail, est d'application directe. Les œuvres citées dans les notes 18 et 19 en citent d'autres exemples.

avec effet rétroactif²¹ et, d'autre part, que les jugements de la Cour intervenaient souvent de nombreuses années après que l'action, menée par un Etat membre de bonne foi quant à sa compatibilité avec les normes communautaires, avait eu lieu, aggravait les incertitudes. Dans la mesure où l'interprétation préconisée par la Cour de justice n'était pas, ou seulement en partie, prévisible par les Etats, des infractions commises involontairement en résultaient. La situation était évidemment radicalement différente en ce qui concerne la législation adoptée par le conseil des ministres. Celle-ci ne réglant que les cas à venir, les Etats membres exercent normalement une influence décisive, du moins aussi longtemps que le vote à l'unanimité restait la règle presque sans exception.

Si pour la Cour de justice le concept d'union plus étroite est donc suffisamment précis pour être justiciable et faire naître des obligations concrètes, l'on sait aussi comment sur le plan politique un nombre considérable d'essais ont été entrepris en vue d'esquisser un consensus relatif à son contenu réel. En effet, du Plan Fouchet du début des années 60 en passant par l'Union économique dont on parlait beaucoup au début des années 70 ; et la Déclaration solennelle de Stuttgart de 1983 ; et le Projet Spinelli d'union européenne de 1984 ; et même l'Acte unique européen adopté deux ans plus tard, ces essais révélaient une diversité remarquable d'idées — mais sans consensus ni même clarté commune — dans les Etats membres²². Le Gouvernement néerlandais explique, par exemple, que « le fait que l'Union européenne soit mentionnée dans le Préambule ne signifie pas pour cela que le Préambule de l'Acte unique européen remplace celui du traité CEE. Il le complète et une partie du texte vient de la Déclaration solennelle de Stuttgart dans laquelle l'Union européenne est décrite comme la somme totale des relations entre les Etats membres. Cela montre aussi que l'Acte unique européen ne peut être autre chose qu'une étape transitoire dans le développement de la Communauté vers l'Union. Contrairement à la proposition Spinelli, l'Acte élabore ce qui était déjà établi »²³. Trouve la clarté qui peut !

21. Voir aff. 24/86, Blaizot, 2 février 1988 (pas encore dans le *Recueil*).

22. *The Dynamics of European Union*, Roy Price (éd.), Londres, Croom Helm, 1987, donne un compte rendu assez complet des diverses initiatives d'union.

23. En anglais : The significance of the mention of the European Union in the Preamble is not such that the Preamble of the Single European Act replaces that of the EEC Treaty. It supplements the latter and part of the text is derived from the solemn Stuttgart Declaration, in which the European Union is described as the sum total of relations between the Member States. This also shows that the

Il paraît d'ailleurs que même en ce qui concerne les concepts centraux de « marché intérieur » et « marché commun », l'Acte unique a plutôt fait naître plus de doutes qu'il n'en a fait disparaître. En effet, on ne sait pas si le « marché intérieur » est semblable au « marché commun » du traité de Rome, ou économiquement plus important, ou plus restreint. Chacun est donc amené à s'en faire une idée personnelle. Comme illustration, je citerai de nouveau le Gouvernement néerlandais qui a rendu public la « définition » suivante du concept de « marché intérieur » :

« Le Gouvernement néerlandais considère que pour ce qui est du concept de marché intérieur, les parties signataires du traité ne désavouent en aucune façon les dispositions du traité CEE sur la base desquelles la pratique et la jurisprudence ont établi le régime communautaire. Cela est clairement exprimé dans l'article 32. Selon le Gouvernement néerlandais, le concept de "marché intérieur" est présenté dans la décision du Conseil européen de Milan et dans celle de Luxembourg comme ayant une portée plus large que le terme "marché commun", tel qu'il est compris depuis l'entrée en vigueur du traité CEE. La particularité la plus caractéristique du terme "marché intérieur" est l'espace géographique et économique unique sans frontières intérieures, tandis que le terme "marché commun" prévoit des frontières ouvertes au travers desquelles des catégories particulières de commerce peuvent se déplacer librement. Ce qui précède implique que la date de décembre 1992 qui a été fixée s'applique à la définition la plus large et qu'il n'est aucunement question que la période transitoire stipulée dans le traité CEE, et qui expira le 1^{er} janvier 1970, puisse en être affectée. »²⁴

Il est à remarquer très respectueusement que ces propos ne sont pas exactement éclaircissants.

Single European Act can be no more than a transitional step in the development of the Community towards the Union. Unlike the Spinelli proposal, the Act elaborates what was already established.

24. En anglais : The Netherlands government (...) considers that with regard to the concept of the internal market, the parties to the Treaty do not in any way go back on the provisions of the EEC Treaty, on the basis of which practice and case law have established a Community regime. This is clearly expressed in Article 32. The concept « internal market » according to the Netherlands government in the decision of the European Council in Milan, and in that of Luxembourg, purported to have a wider scope than the term « common market », as understood since the entry into force of the EEC Treaty. The most characteristic feature of the term « internal market » is the single geographical economic area without internal borders, while the « common market » provides for open borders through which particular categories of trade may move freely. The above implies that the final date, December 1992, which has been set, applies to this broader definition, and that there is no question that the transition period laid down in the EEC Treaty, which came to an end on January 1, 1970, could have been affected.

Quoi qu'il en soit, en concrétisant le contenu juridique contraignant de l'objectif de « l'union », le juge communautaire se sent obligé, dans les arrêts de la Cour, de contribuer au développement du droit communautaire. Dans l'arrêt *CILFIT*²⁵, le juge révèle qu'il accomplit cette tâche en prenant acte du stade actuel de l'intégration au sein de la Communauté et de ses besoins de développement. C'est sur la base de cette information qu'il prend concrètement sa décision. Cette méthode est souvent appelée la « méthode d'interprétation téléologique ». Toute une branche de la littérature juridique communautaire s'est consacrée à l'étude de l'application concrète de cette méthode²⁶.

On note l'existence de quelques rares exceptions à la règle selon laquelle la Cour européenne attribue un effet rétroactif à ses arrêts en interprétation²⁷. Dans ces cas-là, l'interprétation préconisée par elle a été si peu semblable aux pronostics qu'il a fallu que la Cour nie l'effet rétroactif en général. Cet effet, elle l'attribue tout de même à la solution des conflits portés devant les juridictions compétentes avant la publication de l'arrêt en question.

L'on comprend pourquoi le caractère évolutif reste source d'infractions involontaires.

L'effet contraignant que la Cour de justice attribue à l'article 5 (CEE) est différent de celui qu'elle attribue à la notion d'union²⁸. Mais les concrétisations de cet effet sont tout aussi difficiles à prédire. C'est pour cela que l'article 5 restera probablement une source importante d'« erreurs » étatiques.

Pour exemple : La Cour décidait dans l'affaire *Leclerc* (« Prix des livres ») que si, au moment du déroulement des faits incriminés, la Communauté avait eu une politique en matière de livres, l'effet combiné des articles 5, 3 f et 85 (CEE) aurait été d'interdire aux Etats membres de plein droit d'arrêter des prix minima pour la vente au détail de livres²⁹. Considérant que la notion de « politique communautaire » n'est nulle part définie de façon précise et que l'article 85 ne s'adresse pas aux Etats mais aux firmes privées, l'article 5 doit avoir joué un rôle important — quoique non spécifié —

25. Aff. 283/81, 6 octobre 1982, *Rec.*, p. 3415.

26. Voir les références faites dans l'œuvre citée dans la note 19, chap. 6.

27. Les arrêts *Defrenne II* et *Blaizot*, cités dans les notes 20 et 21 (respectivement).

28. Voir, par exemple, Vlad Constantinesco, L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire, dans *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amcorum Pierre Pescatore* (F. Capotorti et al., réd's, Baden-Baden, Nomos, 1987), p. 97 f.

29. Aff. 229/83, 10 janvier 1985, *Rec.*, p. 1.

dans la prise de position de la Cour. Il est à prévoir que même la meilleure bonne volonté d'un Etat membre à s'aligner juridiquement sur les impératifs communautaires fera régulièrement défaut en face d'incertitudes comparables.

6 - *a* / Dans l'analyse des infractions involontaires, les essais de camouflage n'ont pas retenu une grande attention. Ils occuperont par contre une place centrale dans la discussion qui suivra sur les non-conformités volontaires. Ceci vaut aussi bien pour les actes que pour les omissions susceptibles de constituer une infraction au droit communautaire.

On note d'ailleurs la façon dont une omission d'exécution ou une action irrégulière jouera en faveur d'un Etat membre dont l'action ouverte et active sur le plan politique, pour influencer dans le sens favorable à ses intérêts l'essor des négociations communautaires, est restée sans succès.

b / Un autre moyen d'action pour un Etat qui n'a pas obtenu gain de cause au cours des négociations consisterait à attaquer la légalité de l'acte en question devant les tribunaux, en particulier devant la Cour de justice dans une action directe (art. 173 (CEE))³⁰. Après l'adoption de l'Acte unique et la réintroduction de la pratique du vote à la majorité au conseil des ministres, l'on s'attendrait à l'émergence plus fréquente d'atteintes de ce genre à l'intégrité et à la validité des actes du droit dérivé européen.

L'on distingue peut-être même les premiers signes de cette nouvelle importance de l'action en justice dans les deux affaires Grande-Bretagne c/ Conseil (n° 68/86 et n° 131/86). Ces affaires se rapportaient à des situations où la Grande-Bretagne (en même temps que le Danemark) avait perdu deux votes à la majorité. Soutenue dans ses conclusions par le Danemark, la Grande-Bretagne contestait dès lors la légalité des actes (directives) adoptés par le Conseil. Elle arguait entre autres que le Conseil n'avait pas respecté les règles du traité en adoptant les deux directives sur la seule base de l'article 43 (CEE). De l'opinion de la partie requérante, le Conseil aurait aussi dû invoquer l'article 100 (CEE). La Cour n'a pas retenu ces points de vue dans son arrêt³¹. Elle a cependant annulé la directive pour d'autres raisons.

30. L'Irlande c/ Conseil, aff. 151/73, 21 mars 1974, *Rec.*, 285, fut à l'époque un cas isolé.

31. Les deux arrêts ont été publiés à la même date, le 23 février 1988 (pas encore dans le *Recueil*).

c / En ce qui concerne les essais de camouflage d'infractions volontaires, on note aussi que l'ingéniosité inventive des Etats membres semble être presque inépuisable. Les méthodes ou techniques de camouflage ne cessent, paraît-il, d'ailleurs pas de s'affiner. Elles s'adaptent, ce faisant, à une jurisprudence toujours plus complète qui classifie comme « conformes » ou « non conformes » les infractions du passé.

d / L'embellissement des motifs législatifs ou instruments de régulation est une technique de camouflage bien connue partout. Elle l'est aussi dans la vie de la Communauté.

Cependant, aussi vieille que la Communauté, cette méthode jouit peut-être ces dernières années d'un regain de popularité. Et surtout, l'habileté avec laquelle les Etats membres s'en servent s'accroît !

Cette nouvelle popularité est probablement liée à l'arrivée récente³² sur la scène communautaire de considérations non économiques de haute priorité (la protection de l'environnement physique ou de travail ; la protection du consommateur ; la prévention du gaspillage des ressources naturelles épuisables ; le contrôle effectif de l'application de la législation de taxation, etc.). On est amené à penser que ces considérations se prêtent plus facilement aux tentatives pour camoufler des abus que ne le faisaient des considérations mieux connues, comme par exemple la protection de la santé, des végétaux ou des animaux³³.

Bien sûr, la protection de la santé a longtemps été considérée comme extrêmement importante. Aussi, elle a toujours prévalu sur les considérations essentiellement économiques qui sont cependant fondamentales pour la construction communautaire³⁴. Néanmoins, la question relative à la preuve nécessaire pour assurer la prédominance de l'un ou de l'autre objectif (santé c/ environnement de travail, par exemple) se pose différemment.

En effet, à partir d'un cas donné, l'art médical nous indiquerait (au besoin, après des essais en laboratoire) si une substance chimique précise ou un traitement quelconque d'un produit destiné à la consommation humaine est nuisible à la santé ou non. Mais au fond qui est reconnu généralement comme expert dans le domaine de la protection de l'environnement ? Ou, ce qui revient presque au

32. Voir notamment l'arrêt dans l'aff. 120/78, Cassis de Dijon, 20 février 1979, *Rec.*, p. 649 ; et, plus tard, l'Acte unique européen (CE Bulletin, Supplément 2/1986).

33. Ces valeurs non économiques sont protégées par, par exemple, l'article 36 (CEE).

34. Voir, par exemple, l'arrêt dans l'aff. 53/80, Kaasfabrick Eyssen, 5 février 1981, *Rec.*, p. 409.

même, tout essai que l'on pourrait faire afin de savoir si une mesure destinée, par exemple, à protéger l'environnement, est nécessaire ou non, prendrait normalement plusieurs années. Durant ces années, il faudrait permettre à l'Etat membre en question d'appliquer la mesure, ne fût-ce que parce que l'éliminer pourrait amener une catastrophe non contrôlable. Cependant, en cas de détournement de motif, le protectionnisme économique aurait la partie belle. Les pertes économiques des importateurs sont par contre en principe toujours récupérables.

On note que l'adoption de l'Acte unique n'apportera guère d'amélioration à cette situation. Au contraire, les dispositions de l'article 100 A (4) qui autorisent les Etats membres à isoler du marché intérieur des secteurs entiers de leur économie en invoquant des motifs non économiques (dont les plus importants sont cités plus haut), faciliteront probablement le recours unilatéral aux détournements de motif³⁵. En effet, une mesure discriminatoire s'abritant derrière un motif embelli n'est trop souvent vulnérable que si elle crée une barrière disproportionnée au commerce intracommunautaire³⁶.

e / L'Etat membre devant exécuter une directive ou un jugement communautaire qu'il considère peu compatible avec les priorités politiques nationales dispose aussi d'autres moyens d'y échapper.

Il y a d'abord la possibilité de ne pas transposer du tout la norme communautaire³⁷. Quoique cela constitue évidemment un défaut d'action difficile à dissimuler, l'expérience nous enseigne que les non-exécutions totales ne sont pas rares. En effet, les Etats « coupables » ne paraissent pas être dépourvus d'arguments de défense. Un argument souvent utilisé consiste à dire que la transposition requiert la participation du législateur et que le calendrier de celui-ci est surchargé³⁸ !

Un autre argument souligne que la règle communautaire a trait à une législation se trouvant en plein processus de révision pour des raisons purement nationales ; c'est pourquoi il apparaît souhaitable, afin d'épargner le temps précieux du parlement et pour lui assurer une vue d'ensemble, d'ajourner la révision d'origine commu-

35. Voir, par exemple, Pierre Pescatore, Die « Einheitliche Europäische Akte ». Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt, dans *Europarecht*, 1986, p. 153-169.

36. Voir, par exemple, l'arrêt dans l'aff. 174/82, Sandoz, 14 juillet 1983, *Rec.*, p. 2445.

37. Pour un exemple français, voir P. Servan-Schreiber, Current Survey, France, dans *11 European Law Review* (1986), p. 158, 160.

38. Référence est faite à *L'Europe des administrations* (précité, note 9).

nautaire. On rencontre aussi l'argument suivant lequel l'exécution d'une directive est ajournée en prévision de l'adoption d'une ou plusieurs autres directives communautaires requérant à leur tour la participation du parlement³⁹.

Si l'on se place du côté des Etats, on se trouve ici en face d'arguments de défense non dépourvus d'une certaine légitimité et valeur persuasive. Il en va de même si le processus d'exécution est interrompu par des élections générales ; ou si le Gouvernement est brusquement renversé et remplacé par un autre Gouvernement préconisant d'autres priorités politiques⁴⁰.

Il est vrai que le recours à la technique de non-exécution totale ou partielle souffre de ce qu'après l'expiration du délai d'exécution, des directives sont directement applicables (ou d'effets directs) suivant la terminologie communautaire en cours. Ceci revient à dire que le justiciable peut se prévaloir de ses droits communautaires devant les tribunaux nationaux qui sont obligés de les protéger, même si cela implique la méconnaissance du droit national⁴¹.

Beaucoup d'ayants droit reculent cependant devant la perspective d'une action en justice dont la durée est variable mais souvent très longue (dix ans n'est pas une durée anormale) et devant l'importance des investissements en ressources humaines et financières. Et ceci pour un résultat qui paraît souvent moins que certain et qui, même si la partie plaignante sort victorieuse, profite autant à ses concurrents qu'à la partie elle-même.

On note enfin que l'effet direct ne joue que dans les relations entre partie privée/Etat membre et non pas entre deux parties privées, auquel cas on parlerait d'effet direct horizontal⁴². L'absence de cet effet paralyse, par exemple, pour une grande part l'effet des directives prescrivant le droit à l'égalité des rémunérations entre les deux sexes sur le marché du travail.

f / Une troisième technique consiste à masquer l'origine communautaire de la règle transposée⁴³. Si elle est appliquée habilement, cette manœuvre aboutit à affaiblir considérablement l'effet voulu de la règle communautaire. Un affaiblissement de fait résulte souvent

39. Voir, par exemple, H. G. Crossland, *Current Survey, Germany*, dans *12 European Law Review* (1987), p. 278, 281 ; ou M. Weirich, *Current Survey, Luxembourg*, dans *12 European Law Review* (1987), p. 383, 389.

40. Référence est faite à *L'Europe des administrations* (précité, note 9).

41. Voir, par exemple, l'arrêt dans l'aff. 8/81, Ursula Becker, 19 janvier 1982, *Rec.*, p. 53.

42. Voir l'arrêt dans l'aff. 152/84, Marshall, 26 février 1986, *Rec.*, p. 737.

43. Référence est faite à *L'Europe des administrations* (précité, note 9).

aussi d'une transposition qui réécrirait ou reformulerait fondamentalement la norme communautaire⁴⁴. Un autre aspect de cette technique consisterait à la rendre excessivement⁴⁵ inaccessible ou complexe, par exemple, en l'enterrant dans un contexte normatif national duquel il est difficile de dégager les règles d'origine communautaire de celles purement nationales.

g / Si le législateur national ne prévoit pas pour la norme (transposée) communautaire une sanction adéquate pour les cas de désobéissance, il est évident que la norme n'atteindra pas pleinement l'effet voulu par le législateur communautaire. L'affaire Colson jugée par la Cour de justice à l'occasion de la soumission d'une question préjudicielle formulée par un juge ouest-allemand nous montre à quel point l'absence de sanction adéquate peut priver la norme communautaire de presque tout effet sur le plan interne d'un Etat membre⁴⁶.

h / Une dernière mesure de sauvegarde de l'intérêt national réside dans la possibilité de procéder par voie de dispenses concrètes⁴⁷. On est ici en face d'une technique bien adaptée aux situations où la pression exercée contre une mesure nationale incompatible avec le droit communautaire devient critique, bien souvent parce que les difficultés créées par l'instauration d'une ou plusieurs des techniques mentionnées de *d* à *g* n'ont pas dissuadé les ayants droit de demander en justice la reconnaissance de leurs droits d'origine communautaire.

La technique des dispenses concrètes est recommandée parce qu'elle évite à l'administration de courir le risque qu'un scandale éclate dans la presse ; aussi parce que l'on évite ainsi que la question relative à la conformité de la norme nationale avec le droit communautaire ne soit soumise à la Cour de justice qui pourrait, le cas échéant, saisir l'occasion qui lui est donnée d'appliquer la méthode d'interprétation téléologique pour développer davantage le droit communautaire⁴⁸.

44. H. G. Crossland, *Current Survey, Germany*, en donne des exemples dans *12 European Law Review* (1987), p. 279-282.

45. Voir pour une illustration probable, l'article de A. Arnall, *Article 119 and equal pay for work of equal value*, dans *11 European Law Review*, 1986, p. 200.

46. Précité dans note 5.

47. L'administration danoise pour ce qui est de la législation relative à l'achat de maisons de campagne par des non-Danois suit, paraît-il, un cours semblable. Pour une plus ample discussion du « cas danois », voir l'œuvre citée dans la note 19, p. 357-363.

48. Ainsi, par exemple, le Gouvernement danois, voir l'œuvre citée dans la note 19, p. 362.

7 – Quand la Commission, en se basant sur l'article 155 ou l'article 169 (CEE), ouvre un nouveau dossier d'infraction présumée contre un Etat membre, les données de la situation sont différentes. La technique de « dispenses concrètes » n'est, par exemple, plus appropriée. Pour défendre leurs intérêts, les Etats membres sont donc forcés de changer de tactique. Cependant, il existe aussi des techniques d'utilisation courante qui conviennent à cette situation.

a / Une technique consiste à engager la Commission, aux niveaux les plus hauts, dans des pourparlers politiques afin d'obtenir un *gentleman's agreement* permettant que l'Etat ou bien gagne du temps ou bien ne soit pas poursuivi du tout.

Pour des observateurs extérieurs à la Commission, il est extrêmement difficile de se faire une idée précise du contenu, des fréquences et de l'importance des *gentleman's agreements*. Une chose paraît cependant certaine : ils existent.

b / Une autre technique consiste à invoquer toutes sortes d'excuses, de promettre beaucoup et de tenir en échec les services de la Commission, l'objectif étant normalement de gagner du temps.

Le champ de ces manœuvres varie bien naturellement selon les cas. Il est peut-être intéressant de relever que les Etats membres, dont les langues officielles sont périphériques, jouissent presque toujours de l'avantage tactique de pouvoir se cacher derrière une barrière linguistique. L'absence souvent totale de fonctionnaires maîtrisant ces langues barre régulièrement l'accès de la Commission à toutes sortes de témoignages et documentations écrites. La conduite, éventuelle, d'une affaire préjudicielle (art. 177, CEE) parallèlement à une affaire opposant la Commission à un Etat membre devient, dans de telles circonstances, extrêmement importante⁴⁹.

c / Il arrive aussi relativement souvent qu'un Etat membre, ayant finalement accepté de modifier sa législation dans le sens demandé par la Commission, le fasse d'une manière assurant que sur le plan de la réalité rien ne change⁵⁰.

d / Les défis explicites d'exécuter les obligations qui leur incombent sont rares et de grande notoriété.

On se souvient, par exemple, encore de la déclaration faite par

49. La législation danoise, qui prohibait la vente de lait UHT aux consommateurs, survécut plusieurs années aux critiques formulées à son égard par les services de la Commission. Elle tomba dès qu'un importateur danois porta plainte citant les débats publiés de l'Assemblée nationale d'où il ressortait clairement que l'interdiction visait à protéger la production danoise de lait frais.

50. A cet effet, l'on pourrait peut-être citer l'exécution par les autorités danoises de l'arrêt cité dans la note 5.

le Gouvernement français à l'issue de l'affaire Commission c/ France (« Guerre du mouton ») de septembre 1979⁵¹, selon laquelle la France n'exécuterait pas l'arrêt de la Cour de justice qui avait trouvé la réglementation française non conforme au droit communautaire.

e / Moins rares sont les cas d'infraction qui sont juridiquement complètement injustifiables.

Exemple : Le Gouvernement danois décidait il y a quelques années qu'à partir d'une telle date, un voyageur danois ayant visité un autre Etat membre ne serait plus autorisé à revenir au Danemark qu'avec 10 l de bière achetés au cours du voyage ; au lieu d'une quantité de bière équivalant à 600 CD, tel que le prescrit le droit communautaire en vigueur⁵².

8 – Quelle est la tendance, s'il y en a une, dans la situation des infractions en 1988, c'est-à-dire quatre ans avant 1992 ? A mon avis, qui n'est pas basé sur une recherche spécifique à ce sujet, rien ne justifie de conclure que le nombre et la gravité des infractions sont en baisse. Peut-être même augmenteront-ils, ne fût-ce que parce que le nombre d'actes de droit dérivé communautaire ne cesse de s'accroître. En 1992, il y aura, par exemple, près de 1 100 directives en vigueur auxquelles correspond le nombre impressionnant de près de 13 000 instruments étatiques d'exécution. Au milieu des années 80, il n'y avait environ que 700 directives, équivalant à 7 000 mesures étatiques d'exécution.

Le projet de recherche dont il a été question plus haut⁵³ nous permet de faire quelques tentatives de pronostics en ce qui concerne les pourcentages probables d'infractions d'ici 1992. En effet, pendant la période étudiée (début des années 80) au moins 30 % des instruments d'exécution souffraient d'erreurs non négligeables ! A cela s'ajoutent entre 10 et 20 % d'instruments souffrant d'erreurs moins graves. Ces chiffres sont effrayants dans la perspective de « 1992 ». Leur intérêt réside particulièrement dans la circonstance que beaucoup de milieux d'affaires semblent penser que le marché intérieur de 1992 ressemblera au marché intérieur d'un Etat national. Dans cette optique, ces milieux préparent et exécutent leurs investissements, ils s'associent pour être prêts à relever le défi « 1992 » et à exploiter ses possibilités économiques, etc.

Loin de ressembler à un marché vraiment « intérieur », à chaque

51. Aff. 232/78, 25 septembre 1979, *Rec.*, p. 2729.

52. Aff. 208/88, *JO*, C 222, 26 juin 1988.

53. Note 9.

imperfection de marché, due aux différences juridiques entre les ordres internes des Etats membres, correspondra une barrière au commerce intracommunautaire. Les imperfections du marché seront importantes aussi bien sur le plan des coûts supplémentaires que les acteurs économiques devront absorber, que sur le plan psychologique. De plus, si les firmes ne veulent pas accepter la situation d'imperfection telle qu'elle est, elles devront investir le temps et les autres ressources nécessaires pour essayer d'y remédier par des réclamations administratives, des affaires judiciaires, etc.

De même, la poursuite par la Commission des infractions au droit communautaire commises par les Etats membres devra être considérablement renforcée, ce qui implique un accroissement important de ses ressources (en argent, en fonctionnaires et en moyens d'investigation). Jusqu'à présent, aucun signe ne permet cependant, ni à court ni à moyen terme, d'anticiper qu'un renforcement adéquat aura lieu. Les Etats membres ne semblent pas être prêts à accepter une plus grande efficacité des poursuites d'infraction de la Commission. Au sein du Conseil, ces Etats se refusent pour le moins à accorder les fonds demandés par la Commission pour lui permettre de relever les défis de « 1992 ».

Dans cette perspective, et dans les limites de ses ressources, une stratégie de la Commission quant à la poursuite d'infractions pourrait consister à se concentrer sur les incompatibilités créant des barrières au commerce intracommunautaire, très coûteuses pour la vie économique. A l'instar de l'expérience américaine, cela pourrait signifier des barrières coûtant plus qu'environ 5 % des prix de production des biens ou des services exportés. Cette stratégie trouverait sa justification dans l'idée que la vie économique absorbera assez facilement des coûts de l'ordre de moins de 5 %. Cette hypothèse est-elle valable pour la Communauté européenne ?

Que la réponse soit oui ou non, une part importante du contrôle de la compatibilité des réglementations nationales avec le droit communautaire aura lieu de manière décentralisée. Le contrôle sera financé par des fonds privés.

RÉSUMÉ. — *L'article analyse la grande variété de causes, de raisons, d'explications qui surgissent régulièrement dans les discussions relatives aux inexécutions par les États membres de leurs obligations juridiques communautaires. Il en discute une liste non exhaustive d'environ vingt « causes » et met en particulier l'accent sur le rôle créateur de droit de la Cour de justice comme cause importante d'inexécutions non volontaires.*

Hjalte RASMUSSEN. — **Member States and the non-execution of Community obligations.**

The article focuses on the many causes, reasons, ... underlying incomplete implementations by the Member States of their Community legal obligations, as well as on the various window-dressings in regular usage by States intentionally seeking to avoid a correct implementation. Discussing some 20 causes of « error » particular attention is paid to the law-creating role of the Court of Justice as a source of unintended incomplete implementation.