

Ombres et lumières portées sur la procédure du recours « en manquement sur manquement » : la
Commission entre Tribunal et Cour de justice

Didier Blanc

Professeur de droit public

Université de La Réunion (CRJ EA 14)

*« Que de beaux et bons traités sont restés lettres
mortes fautes de dispositions contraignantes ! »¹*

Résumé :

Par un arrêt du 15 janvier 2014, la Cour de justice clôt une séquence contentieuse mêlant les procédures du recours en manquement (art. 258 et 260 TFEU) et le recours en annulation (art. 263 TFEU). Deux séries d'enseignements inédits s'en dégagent : la première concerne le rôle de la Commission en matière de sanctions financières prononcées au titre des arrêts en manquement ; la seconde porte sur le pouvoir d'appréciation du Tribunal s'agissant du contrôle de légalité de l'exécution de ces arrêts par la Commission. Si le régime juridique du contentieux en manquement s'en trouve enrichi, de lourdes incertitudes pèsent sur le fondement des voies contentieuses ouvertes à la Commission dans l'hypothèse d'une inexécution persistante des arrêts « en manquement sur manquement ».

Abstract :

In a 15 January 2014 judgment, the European Court of Justice closed a dispute combining an action for failure to fulfill obligations (art. 258 and 260 TFEU) and an action for annulment (art. 263 TFEU). Two lessons can be drawn from that: first of all, the role of the European Commission is clarified concerning the financial penalties delivered in cases of breach of obligations. Secondly, the judge's sovereignty powers are strongly bounded as regards his capacity to control the legality

¹ R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 33.

of the Commission's judgments. This may expand the infringement procedure's regime, but it also raises doubts on the relevance of the contentious ways open to the Commission in the hypothesis of repeated non-compliance with judgments based on action under article 260(2) TFUE.

Mots clés :

DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE * CONTENTIEUX *
Recours en annulation, Recours en manquement, Inexécution des arrêts, "Manquement sur manquement".

Sans être totalement passé inaperçu, l'arrêt rendu en grande chambre par la Cour de justice de l'Union européenne le 15 janvier 2014², à la suite d'un pourvoi engagé par la Commission, a faiblement retenu l'attention de la doctrine³. Pourtant, il aborde pour la première fois la délicate question de l'exécution des arrêts rendus au titre de l'article 260, § 2, TFUE⁴. Les éléments de réponse contenus dans l'arrêt nous éclairent sur « la répartition des rôles entre la Commission, le Tribunal et la Cour de justice, dans le cadre de l'exécution d'un second arrêt »⁵. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le juge a tardivement été confronté à cette interrogation consécutive aux modifications affectant le contentieux du manquement depuis le traité de Maastricht. Ce dernier a introduit la possibilité pour la Cour de justice, suivant les termes de l'article 260, § 2, TFUE, « d'infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte » à l'Etat membre qui n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution d'un premier arrêt constatant son manquement. Plus près de nous, le traité de Lisbonne⁶ écourte la phase précontentieuse prévue à l'article 260, § 2, TFUE suivant les propositions faites par la Convention sur l'avenir de l'Europe⁷. Toutefois, le traité n'indique pas quelles suites juridictionnelles donner en cas de divergences persistantes entre la

² CJUE 15 janvier 2014, *Commission c/ Portugal*, aff. C-292/11 P, non encore publiée au Recueil.

³ F. Picod, *Conflit de compétence au sujet de l'insuffisante exécution d'un arrêt relatif à l'inexécution d'un arrêt de manquement...*, JCP (éd. G), 27 Janvier 2014, n° 4, 110, p. 154 ; L. Sadoun-Jarin, *Compétence exclusive de la Cour de justice pour apprécier la conformité d'une législation*, Dalloz.actualité, 4 février 2014 ; D. Simon, *Acte de la Commission de demande de paiement des astreintes*, Europe, 2014, n°3, comm. 118 ; M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère, *Chronique de jurisprudence de la CJUE*, AJDA. 2014. 1150 ; L. Coutron, *L'infinitude de la procédure en manquement : le recours en manquement au secours du recours en manquement sur manquement*, RTD Eur. 2014. 905-906.

⁴ « 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 ».

⁵ M. Wathelet et J. Wildemeersch, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, 2^{ème} éd., p. 181.

⁶ Sur les tendances du contentieux en manquement depuis son entrée en vigueur : D. Blanc, *Les procédures du recours en manquement, le traité, le juge et le gardien : entre unité et diversité en vue d'un renforcement de l'Union de droit*, *Contentieux du droit de l'Union européenne*, S. Mahieu, (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 429-461.

⁷ V. Rapport final du 25 mars 2003, CONV 636/03, p. 10.

Commission et l'Etat membre quant à l'exécution de sa condamnation décidée à l'issue d'un second jugement, qualifié en doctrine d'arrêt « en manquement sur manquement ».

Le litige opposant la Commission au Portugal à l'origine de l'arrêt du 15 janvier 2014 est venu éclairer ce qui s'apparente à l'apparition d'une « phase 'post-contentieuse' »⁸. Etalée sur une période de près de 20 ans⁹, cette affaire est exceptionnelle par les développements contentieux en résultant. Pas moins de quatre arrêts, sans compter le dépôt par le Portugal en décembre 2014 d'un recours en annulation devant le Tribunal¹⁰, scandent une séquence juridictionnelle, qui représente à ce jour l'unique illustration des limites de dispositions ayant jusque là apporté la preuve de leur efficacité. Les affaires atteignant le stade de l'article 260, § 2, TFUE sont très rares en regard de l'ensemble des procédures d'infraction instruites par la Commission ; les Etats membres s'efforcent le plus souvent d'exécuter les arrêts de la Cour de justice et les décisions de la Commission.

Au commencement d'un litige apparu dès le milieu des années quatre-vingt-dix et opposant à tour de rôle la Commission au Portugal, se trouve la mauvaise transposition de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 (dite « directive-recours ») portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Les faits à l'origine de l'affaire et les questions de droit mobilisées ne présentent pas de difficultés particulières. Dans un premier temps, la Cour de justice décide que le défaut d'abrogation d'un décret-loi limitant les possibilités d'indemnisation prévues par la directive 89/665/CEE est constitutif d'un manquement conformément à l'article 226 CE (art. 258 TFUE)¹¹. Preuve de la simplicité de l'affaire, cet arrêt du 14 octobre 2004 est rendu sans conclusions de l'avocat général. Le mois suivant, la Commission demande au Portugal de lui communiquer les mesures ou projet de mesures visant à l'abrogation de la législation litigieuse. Ce dernier fait valoir un changement de gouvernement pour justifier du retard - argument déjà employé sans succès à l'occasion de la procédure en manquement - et ajoute que l'adoption prochaine d'un projet de loi « non encore approuvé définitivement par le Parlement, constitue une transposition adéquate des dispositions de la directive 89/665 et garantit l'exécution intégrale des obligations découlant de l'arrêt Commission/Portugal, précité »¹².

⁸ A. Rigaux, Europe, 2011, n°12, comm. 447.

⁹ Les premiers contacts entre la Commission et le Portugal au titre de la phase précontentieuse sont noués en 1995.

¹⁰ Nous tenons à remercier Madame Muriel Heller, membre du service juridique de la Commission, de nous avoir informé de l'introduction de cette nouvelle requête.

¹¹ CJCE 14 octobre 2004, *Commission c/ Portugal*, aff. C-275/03, non publié au Recueil.

¹² CJUE 10 janvier 2008, *Commission c/ Portugal*, aff. C-70/06, Rec. I-20, point 13.

Dans un deuxième temps, guère convaincue par les arguments du Portugal, la Commission saisit le 7 février 2006 la Cour de justice pour qu'elle constate la persistance du manquement. Le maintien en l'état du droit national contraire conduit la Cour de justice à affirmer selon les termes de l'article 228 CE (260 TFUE) que le Portugal « ne s'est pas conformé à son arrêt ». Suivant les possibilités qu'il prévoit, la Cour de justice inflige dans le dispositif de son arrêt « une astreinte de 19 392 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt du 14 octobre 2004 »¹³. Dans un troisième temps, le Portugal conteste l'étendue de cette sanction devant le Tribunal et obtient l'annulation de la décision de la Commission relative au paiement de l'astreinte¹⁴. Visiblement pas séduite par le « numéro d'équilibriste » réalisé par le Tribunal¹⁵, la Commission engage dans un quatrième temps un pourvoi devant la Cour de justice, à l'origine de l'arrêt du 15 janvier 2014, tandis que le Portugal reçoit le soutien de huit Etats membres dont l'Allemagne, la France et les Pays-Bas, témoignant en cela des enjeux du litige.

L'arrêt de pourvoi *Commission c/ Portugal* met-il un terme à l'opposition entre les deux parties ? Assurément non ! Le Portugal a de nouveau présenté le 12 décembre 2014 un recours devant le Tribunal demandant l'annulation de la décision de la Commission du 6 octobre 2014 portant liquidation de l'astreinte¹⁶. Parmi les moyens invoqués, le Portugal soutient l'incompétence de la Commission et sa méconnaissance de l'autorité de la chose jugée¹⁷. Sans préjuger de l'issue de cette affaire à rebondissements, l'état du droit applicable a pour l'essentiel été précédemment fixé s'agissant des pouvoirs de la Commission et du Tribunal dans le contentieux en manquement, comme l'action engagée par le Portugal est une illustration supplémentaire des relations tissées entre les recours en manquement et en annulation.

De toute évidence cette séquence juridictionnelle, partant de l'introduction du premier recours en manquement par la Commission et s'achevant pour l'heure par l'arrêt de la Cour de justice du 15 janvier 2014, enrichit « la systématique des contentieux », à cette différence près qu'elle ne découle pas d'une articulation « entre le recours en constatation de manquement et le renvoi préjudiciel en interprétation »¹⁸, mais entre le premier et le recours en annulation. Cette translation du contentieux du manquement vers le contentieux de la légalité permet au juge de l'Union d'éclairer le rôle de la Commission dans l'exécution des sanctions financières prononcées

¹³ *Idem.*

¹⁴ Trib. UE 29 mars 2011, *Portugal c/ Commission*, aff. T-33/09, Rec. II-1429.

¹⁵ L. Coutron, L'intervention du Tribunal dans le contentieux du manquement : un numéro d'équilibriste, RTD Eur. 2012. 185.

¹⁶ Aff. T-810/14.

¹⁷ JOUE C 65, 23 février 2015, p. 40.

¹⁸ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3^{ème} éd, p. 492.

au titre des arrêts en « manquement sur manquement » (I). En revanche, un flou persistant entoure la question des suites juridictionnelles à donner à l'inexécution d'un arrêt « en manquement sur manquement » (II).

I – La détermination du rôle de la Commission dans l'exécution des sanctions financières prononcées au titre du recours « en manquement sur manquement »

Rien dans le traité ne permet à un Etat membre de contester par la voie de l'appel ou du pourvoi le montant des sanctions financières le frappant et pas davantage le calcul du montant total de l'astreinte qu'il est censé payer. Aussi à la suite de sa condamnation à l'astreinte par l'arrêt du 10 janvier 2008, le Portugal n'a-t-il d'autres choix que de prolonger le contentieux en manquement par un recours en annulation. A l'occasion de cette translation contentieuse, le régime juridique du recours en manquement fondé sur l'article 260, § 2, TFUE bénéficie d'un éclairage circonstancié s'agissant d'une part, sans que le point soit véritablement douteux, de la compétence de la Commission en matière de recouvrement des sanctions financières prononcées par la Cour de justice (A), et d'autre part, de sa capacité à apprécier l'exécution d'un arrêt « en manquement sur manquement » (B).

A) La compétence de la Commission dans le recouvrement des sanctions financières infligées par les arrêts « en manquement sur manquement »

Le dispositif relatif aux procédures de manquement ne détermine pas expressément l'autorité compétente en matière de recouvrement des astreintes. Si l'article 280 TFUE prévoit que les « arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire », le renvoi qu'il opère à l'article 299 TFUE exclut les Etats membres des destinataires d'une « obligation pécuniaire » formant « titre exécutoire ». De plus, rien n'indique spécifiquement quelles sont les suites pratiques à donner à la condamnation financière d'un Etat membre jugé défaillant suivant les termes de l'article 260, § 2, TFUE. Conformément à cette disposition, la Cour peut infliger à un Etat membre le paiement d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte¹⁹. Dans le premier cas, la Commission communique à l'Etat condamné une note portant appel de fonds²⁰. Dans le second, elle contacte

¹⁹ La Cour de justice a jugé qu'un cumul des sanction était possible : CJCE 12 juillet 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, Rec. I-6263. V. C. Boutayeb, *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, p. 783, n°1330 et s. Sur le cumul des sanctions : A. Rigaux, *Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul de sanctions pécuniaires*, Europe, 2005, n°10. 9-11 ; L. Clément-Wiltz, *Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son Avocat général*, CDE. 2005. 725-748.

²⁰ Pour un exemple : note du 5 septembre 2005 de la Commission (DG Pêche) portant appel de fonds à raison de la somme forfaitaire de 20 millions d'euros prévue par l'arrêt du 12 juillet 2005. RI 342 sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, Sénat, session ordinaire 2005-2006, p. 64.

l'Etat concerné afin qu'il lui communique en retour les mesures qu'il compte prendre pour faire cesser le manquement, à défaut, la Commission décide du recouvrement de l'astreinte selon la périodicité fixée par l'arrêt.

La nature des sanctions commande les possibilités juridictionnelles s'offrant à l'Etat condamné. Dans la mesure où la somme forfaitaire est destinée à sanctionner les errements passés, l'impossibilité juridique de contester l'arrêt en « manquement sur manquement » empêche par avance sa remise en cause. En revanche, comme dans le cas d'espèce, l'astreinte ayant pour objectif d'éviter que la violation du droit ne se prolonge²¹, il est possible de dénoncer, sinon son principe, du moins son mode de calcul en arguant de la bonne exécution de l'arrêt. Telle est précisément la démarche suivie par le Portugal. La situation juridique des Etats membres est ainsi favorisée par le choix en règle générale de l'astreinte²² que commande le traité en privilégiant la régularisation sur la sanction²³.

Si cette tendance s'est légèrement infléchie²⁴ depuis que la Commission demande systématiquement à la Cour de justice que soient prononcées une somme forfaitaire et une astreinte, en principe journalière²⁵, la possibilité de discuter de son paiement demeure. L'argumentation se concentre alors sur le moment où le manquement prend fin puisque le calcul journalier de l'astreinte à payer en dépend. Le choix de cette date entraîne des répercussions financières telles qu'il constitue un enjeu susceptible de provoquer un nouveau contentieux au sujet de la décision de la Commission fixant le champ temporel de l'astreinte. Comme l'action contentieuse du Portugal, après celle de la France²⁶, l'illustre, il s'agit à cette fin de saisir le juge compétent, en l'occurrence le Tribunal, d'un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission portant

²¹ L'avocat général M. Geelhoed porte une appréciation différente : « Nous ne sommes pas convaincu par l'argument selon lequel la somme forfaitaire est plutôt orientée vers le passé, alors que l'astreinte est tournée vers l'avenir. Ces deux sanctions visent à influencer le comportement d'un Etat membre dans le futur, mais de différentes manières ». Il considère que l'astreinte a un effet dissuasif et la somme forfaitaire persuasif. Conclusions présentées le 18 novembre, 2004, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, Rec. I-6312, point 38.

²² V. Tableau des sanctions infligées par la Cour de justice jusqu'en 2011, T. Materne *La procédure en manquement d'Etat. Guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 393-396.

²³ V. T. Van Rijn, Non exécution des arrêts de la Cour de justice par les Etats membres, CDE. 2008. 118.

²⁴ Des sommes forfaitaires sont parfois exclusivement prononcées : CJUE 19 décembre 2012, *Commission c/ Irlande*, aff. C-279/11 ; CJUE 30 mai 2013, *Commission c/ Suède*, aff. C-270/11 ; CJUE 13 mai 2014, *Commission c/ Espagne*, aff. C-184/11.

²⁵ Depuis sa communication de 2005, la Commission privilégie les astreintes journalières. Mise en œuvre de l'article 228 du traité CE, SEC(2005) 1658, 13 décembre 2005, point 13.3, p. 5. Le recouvrement des astreintes journalières est mensuel.

²⁶ La France a inauguré cette voie, mais le Tribunal s'est d'abord prononcé sur la requête introduite par le Portugal : J. Dupont-Lassalle, L'ultime recours de la France dans l' « affaire des poissons sous-taille », Trib. UE 19 octobre 2011, *France c/ Commission*, aff. T-139/06, RAE. 2013. 807-814.

demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt « en manquement sur manquement ».

A l'issue de cette requête, le cadre juridique de la liquidation de l'astreinte est précisé. Le Tribunal reconnaît qu'il appartient à la Commission de procéder au recouvrement des astreintes, parce qu'elles abondent « le compte Ressources propres de la Communauté européenne (...) et (...) en vertu de l'article 274 CE [317 TFUE], la Commission exécute le budget »²⁷. Cette affirmation vient en renfort du dispositif des arrêts rendus sur le fondement de l'article 260, § 2, TFUE, lequel prévoit : « La République portugaise est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte Ressources propres de la Communauté européenne » une astreinte de... »²⁸. La compétence de la Commission est reconnue sous l'angle budgétaire alors qu'elle l'aurait pu tout aussi bien l'être en vertu de sa mission générale affirmée à l'article 17 TUE²⁹. Il reste que la Commission étant à l'origine de la procédure en manquement, de l'engagement du recours « en manquement sur manquement » et disposant du pouvoir d'indiquer le montant de l'astreinte, elle paraît toute désignée pour la liquider. Nul besoin, pour la Commission, contrairement à ce qu'a pu soutenir la France, d'entamer un nouveau recours en manquement en vue du paiement de l'astreinte³⁰. Cette compétence de la Commission quant au recouvrement des astreintes ne vaut que dans le cadre défini par la Cour de justice, elle n'est aucunement autorisée à en moduler le montant³¹.

Si la mission de la Commission est indubitablement fondée et sa reconnaissance guère surprenante, plus d'incertitudes pèsent sur son pouvoir d'appréciation quant aux mesures adoptées par l'Etat défaillant.

B) Le pouvoir d'appréciation de la Commission quant à l'exécution d'un arrêt « en manquement sur manquement » : le gendarme dans les pas du juge

Dans le long conflit l'opposant au Portugal, la Commission se voit reprocher la manière dont elle applique l'arrêt « en manquement sur manquement ». Puisque sa compétence est indiscutable, la façon dont elle l'exerce peut davantage nourrir la contestation. Le Portugal met en

²⁷ Aff. T-33/09 précitée, point 62.

²⁸ Aff. C-70/06 précitée.

²⁹ « Elle veille à l'application des traités ».

³⁰ Le Tribunal relève : « il serait contraire à l'esprit du traité et à l'objectif du mécanisme prévu par l'article 228 CE d'imposer à la Commission l'introduction d'un nouveau recours en manquement sur le fondement de l'article 226 CE » Trib. UE 19 octobre 2011, *France c/ Commission*, aff. T-139/06, Rec. II-731, point 32.

³¹ La France soutenait au contraire que la modulation de l'astreinte par la Commission aurait permis de prendre en considération les progrès dans l'exécution des arrêts. Aff. T-139/06 précitée, points 77 à 82.

œuvre cette stratégie de défense en dénonçant le mode de calcul de l’astreinte. Son principal argument vise à faire reconnaître que le manquement a cessé antérieurement à la date retenue par les services de la Commission. La relation des circonstances de l’espèce en trois temps éclaire le fond du litige et la solution que lui apporte le juge de la légalité. Tout d’abord, une loi du 31 décembre 2007, portant adoption du régime de responsabilité civile extracontractuelle de l’État et des autres entités publiques, entrée en vigueur le 30 janvier 2008, abroge le décret-loi dont le maintien était précisément à l’origine du manquement. En conséquence, les autorités portugaises estiment que l’astreinte courant du prononcé de l’arrêt (10 janvier) à son exécution (30 janvier) couvre vingt jours de retard. La Commission ne partage pas ensuite cette analyse et convainc le Portugal d’adopter une nouvelle loi le 17 juillet. Entrant en vigueur le lendemain, elle comporte une disposition prévoyant une application rétroactive au 30 janvier, mais entretemps, le 15 juillet, la Commission exige le paiement de l’astreinte pour une période allant du 10 janvier au 31 mai (soit 2 753 664 €), puis considérant que seule la loi du 17 juillet 2008 met en conformité la législation portugaise avec la directive, la Commission ajoute une nouvelle période allant du 1^{er} juin au 17 juillet (soit 911 424 €). Par une décision du 25 novembre 2008³², la Commission demande le paiement des deux montants cumulés. Enfin, pour faire valoir ses prétentions, le Portugal saisit le Tribunal en vue de l’annulation de cette décision au motif que l’appréciation de la Commission quant à l’exécution de l’arrêt en manquement de 2004 est constitutive d’une erreur de droit. Selon les autorités gouvernementales, la loi de 2007 en abrogeant le décret-loi litigieux fixe un régime de responsabilité civile extracontractuelle de l’État qui assure la pleine et entière application de la directive ; pareil résultat vaut exécution de l’arrêt en manquement de la Cour de justice. La Commission estime au contraire que l’abrogation par la loi du 31 décembre 2007 ne suffit pas, ce n’est qu’à partir du 18 juillet 2008 que le Portugal se conforme à l’arrêt de 2004.

En présence des prétentions des parties, le Tribunal rejette l’argumentation de la Commission en raison de son absence de qualité pour apprécier l’exécution de l’arrêt en manquement au-delà de l’abrogation de la législation nationale qu’il exige, ce que réalise la première loi du 31 décembre 2007. Le juge considère que « l’exercice de ce pouvoir d’appréciation ne saurait porter atteinte ni aux droits – et, en particulier, aux droits procéduraux – des États membres, tels qu’ils résultent de la procédure établie par l’article 226 CE [260 TFUE], ni à la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la conformité d’une législation nationale avec le droit communautaire »³³. Ce dernier point ne peut recevoir que l’approbation de la Cour de justice, qui considère à la faveur du pourvoi, que la Commission doit s’en tenir à son dispositif, lequel

³² Décision C (2008) 7419 final.

³³ Aff. T-33/09 précitée, point 82.

comme on le sait est centré sur le défaut d'abrogation du décret-loi. Toute autre action reviendrait à « empiéter sur la compétence exclusive de la Cour, prévue aux articles 258 TFUE à 260 TFUE, en ce qui concerne la constatation du manquement par un État membre à ses obligations découlant du droit de l'Union »³⁴.

Dans ces conditions, la Commission ne peut examiner la conformité du droit national avec le droit de l'Union en vue du calcul de l'astreinte hors du cadre strictement défini par la Cour de justice, pour, comme en l'espèce, considérer qu'une première loi abrogeant les dispositions litigieuses ne suffit pas et qu'une seconde est nécessaire³⁵. Pourtant, le calcul de l'astreinte implique l'appréciation de la fin de la violation du droit qui se trouve à son fondement³⁶. Seulement cette opération doit être strictement *passive*, effectuée au regard uniquement du dispositif de la Cour, elle ne peut être *active*, consistant en une appréciation de la conformité de la nouvelle réglementation nationale avec le droit de l'Union. Or, suivant le raisonnement de la Cour de justice tel sera nécessairement le cas quand « il existe un différend entre la Commission et l'État membre concerné quant à l'aptitude d'une pratique ou d'une réglementation nationale n'ayant pas été examinée auparavant par la Cour » ; dans cette hypothèse, avérée en l'espèce, « 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 »³⁷. Si tel était le cas, le monopole de la Cour de justice se trouverait entamé au bénéfice de la Commission ; le gendarme des traités ne peut disposer d'un pouvoir comparable à leur juge.

Toutefois, la Cour de justice aurait pu admettre, comme le suggérait l'avocat général dans ses conclusions, que l'étendue de la compétence de la Commission, bien que découlant « nécessairement du libellé du dispositif de l'arrêt rendu au titre de l'article 258 TFUE, puis de celui de l'arrêt rendu au titre de l'article 260 TFUE », couvre l'interprétation du « libellé du dispositif (...) à la lumière de la motivation de l'arrêt »³⁸. D'autant plus que s'agissant « d'un arrêt en manquement, son dispositif doit surtout être interprété par référence au recours de la Commission et à la manière dont la Cour y a répondu »³⁹.

La Cour de justice témoigne d'une rigueur extrême en enfermant la Commission dans le cadre exclusif du dispositif de l'arrêt. Elle habille sa raideur d'un soubassement théorique portant

³⁴ Aff. C- 292/11 P précitée, point 65.

³⁵ Nécessité partagée initialement par le Portugal puisqu'il consent à adopter la loi du 17 juillet 2008.

³⁶ Ainsi que le fait observer le Tribunal, Aff. T 33/09 précitée, point 81.

³⁷ Aff. C- 292/11 P précitée, point 52.

³⁸ Conclusions de l'avocat général M. Jääskinen, présentées le 16 mai 2013, Aff. C-292/11 P précitée, point 29.

³⁹ *Ibid.*

sur la nature de l'article 260, § 2, TFUE. A partir de cette constatation indéniable que « 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 », il est rappelé que cette 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 ⁴⁰». Lors de la première mise en œuvre de ce dispositif, l'avocat général examinait sa technique et l'intention des auteurs du traité la soutenant en ces termes : « On ne cherche pas, avec ce régime, à punir l'État membre défaillant, mais à l'inciter à exécuter un arrêt en le soumettant à la contrainte qu'implique une sanction pécuniaire importante, qui devient chaque jour plus lourde. C'est la raison pour laquelle je pense que, s'il fallait situer ce concept dans une des branches traditionnelles du droit, il faudrait le faire plutôt dans celle de la procédure d'exécution des arrêts »⁴¹. Ce faisant, la Cour de justice distingue nettement la procédure du recours en manquement engagée sur la base de l'article 258 TFUE, gouvernée par des considérations diplomatico-juridiques, de la procédure conclue par l'article 260, § 2, TFUE et gouvernée quant à elle par l'application pure du droit. Ce positionnement théorique cantonne la Commission dans un rôle d'agent servile d'exécution, dénué de tout pouvoir d'appréciation ; elle n'est au titre de l'article 260, § 2, TFUE qu'un rouage de cette « procédure juridictionnelle spéciale ».

Cette solution n'a rien d'évident, une part de rhétorique émaille ses soubassements théoriques dans la mesure où le déclenchement du recours « en manquement sur manquement » n'est pas automatique. La Commission dispose d'une marge d'appréciation non seulement quant à l'absence de mesures prises par l'Etat pour exécuter l'arrêt rendu sur la base de l'article 258 TFUE, mais aussi concernant la saisine de la Cour de justice conformément à l'article 260, § 2, TFUE. De sorte que la césure entre ces deux dispositions n'est pas aussi nette que le soutient la Cour de justice ; une différence de degré plus que de nature peut caractériser les deux procédures. Manquer aux obligations incombant en vertu des traités (258 TFUE) n'est guère différent de manquer aux obligations que comporte l'exécution d'un arrêt de la Cour car elles découlent aussi des traités (260 TFUE). Au demeurant, cette jurisprudence entretient la tentation pour l'Etat défaillant de modifier à la marge son droit interne sans qu'il soit mis fin au manquement et de soutenir au contraire que cette révision exécute pleinement l'arrêt « en manquement sur manquement ». Et ce d'autant plus que la Cour s'est déjà prononcée dans un sens défavorable à la Commission au sujet de l'exécution

⁴⁰ Aff. C-292/11 P précitée, points 39 et 40.

⁴¹ Conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 28 septembre 1999, Aff. C-387/97, *Commission c/ Grèce*, Rec. I-5065, point 33.

d'un premier arrêt en manquement dans le cadre du contentieux de l'article 260, § 2, TFUE⁴². Il s'ensuit que le risque existe d'un développement du contentieux de l'exécution des arrêts « en manquement sur manquement », sans que soit dissipé le flou l'entourant.

II – Le flou du contentieux de l'inexécution des arrêts « en manquement sur manquement »

Dans une Union de droit, le recours en annulation permet de déférer l'examen des actes adoptés par les institutions de l'Union, en l'occurrence la décision de la Commission portant demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt « en manquement sur manquement ». Il s'agit de l'un des enseignements du conflit opposant la Commission au Portugal ; entamé dans le cadre du contentieux en manquement il peut se poursuivre sur le terrain du recours en annulation. Le Tribunal est la juridiction compétente pour examiner ce « nouveau 'foyer contentieux' »⁴³ qui s'inscrit de façon balisée dans le prolongement du contentieux « en manquement sur manquement » (A). Si la contestation par l'Etat de la bonne exécution de l'article 260, § 2, TFUE est portée devant le Tribunal, en revanche, quand elle émane de la Commission, elle l'est devant la Cour de justice. Toutefois les modalités de cette saisine demeurent incertaines en dépit de l'assurance qu'il s'agit toujours d'un contentieux né du manquement persistant de l'Etat (B).

A) L'insertion balisée du Tribunal dans le prolongement du contentieux « en manquement sur manquement »

L'attraction du recours en annulation dans le prolongement du contentieux en manquement est forte. L'Etat condamné peut former un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission relative au paiement des sanctions financières exigées au titre de l'article 260, § 2 TFUE. Si la recevabilité d'un tel recours n'est pas douteuse, elle est plus incertaine à l'encontre d'une lettre adressée par la Direction générale concernée, pas tant en raison de sa forme, que parce que l'acte ne fait vraisemblablement pas grief dès lors qu'il se borne à rappeler l'arrêt de la Cour concernant l'astreinte et qu'il ne fixe pas la position de la Commission⁴⁴. Sur le fond, la remise en

⁴² CJUE Gde ch., 22 octobre 2013, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-95/12, non encore publiée au Recueil ; note A. Rigaux, Europe, 2013, n°12, comm. 502. La Commission, considérant qu'un manquement imputable à l'Allemagne persistait, a introduit un recours sur le fondement de l'article 260, § 2, TFUE, la Cour de justice l'a rejeté au motif qu'il reposait sur une lecture erronée de l'arrêt constatant le manquement.

⁴³ A. Rigaux, Europe, 2011, n°12, comm. 447.

⁴⁴ V. radiation du 5 mars 2009, *Portugal c/ Commission* (T-378/08). Dans un premier temps, le Portugal avait saisi le Tribunal de la lettre du directeur général de la DG « Marché intérieur et services », il s'est ensuite désisté de ce recours. Sa recevabilité était d'ailleurs contestée par la Commission au motif qu'elle ne fixait pas définitivement sa position. Aff. T. 33/09 précitée, points. 18 à 20.

cause de la compétence de la Commission s'est avérée infructueuse comme on le sait, le juge rejetant à bon droit toutes prétentions en ce sens⁴⁵. En revanche, la manière dont la Commission s'acquitte de sa mission peut offrir une opportunité contentieuse à l'Etat sanctionné. A cette occasion, le Tribunal, soucieux de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union balisée par les rapports entretenus par le recours en annulation et le recours en manquement, exprime une conception restrictive de son office. Selon les motifs de l'arrêt faisant l'objet du pourvoi : « une plus grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour en application de l'article 228, paragraphe 2, CE, [260, § 2, TFUE] aurait pour conséquence que, à la suite de la contestation par un État membre devant le Tribunal d'une appréciation de la Commission allant au-delà des termes mêmes du dispositif de l'arrêt de la Cour, celui-ci serait inévitablement amené à se prononcer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit communautaire. Or, une telle appréciation relève de la compétence exclusive de la Cour et non de celle du Tribunal »⁴⁶.

En d'autres termes, saisi d'un recours en annulation, le Tribunal ne peut avoir à connaître de la conformité d'une législation nationale avec le droit de l'Union à l'occasion de l'examen de la légalité d'une décision procédant précisément de l'appréciation de cette conformité, sans atteindre le monopole de la Cour de justice quant à la constatation des manquements. Simultanément, le raisonnement du Tribunal emprunte au rôle de la Commission dans l'exécution de l'arrêt « en manquement sur manquement » pour apprécier le sien propre. Pour éviter tout empiètement de la Commission sur la Cour de justice, il juge que son rôle quant à l'exécution de l'arrêt « en manquement sur manquement » doit être aussi faible que possible. Pour ne pas avoir à se substituer à la Cour de justice, il estime que la Commission ne peut appréhender la manière dont l'Etat défaillant exécute ses obligations autrement qu'en s'inscrivant scrupuleusement dans le cadre fixé par le dispositif de son premier arrêt en manquement. Restreindre l'un (le Tribunal) revient à restreindre l'autre (la Commission). Chaque limitation découle d'une autre limitation, celle que se fixe le Tribunal conformément à la répartition des fonctions juridictionnelles, celle qu'il fixe à la Commission conformément à la répartition des fonctions institutionnelles. Ce raisonnement circulaire assure une position supérieure à la Cour de justice, en surplomb du Tribunal et de la Commission. C'est précisément à ce positionnement subalterne qu'entend échapper la Commission.

Le seul moyen pour la Commission de ne pas souffrir de cette paralysante subordination réside dans la contestation du rôle dévolu au Tribunal, lequel comme on l'observe influe sur le sien

⁴⁵ Trib. UE 19 octobre 2011, *France c/ Commission* et aff. T-139/06 précitée.

⁴⁶ Aff. T. 33/09 précitée, point 90.

propre. Pour cette raison, la Commission dénonce dans son pourvoi le contrôle « purement formel »⁴⁷ qu'il opère au titre du recours en annulation ; à ses yeux, le Tribunal devrait être en mesure d'examiner si par son comportement, l'Etat défaillant a mis fin au manquement constaté par la Cour de justice. Suivant cette conception, le Tribunal assiste la Cour de justice en vue du respect du droit de l'Union. A défaut, et il s'agit de l'argument central du pourvoi de la Commission, l'effectivité et l'efficacité du jugement rendu au titre de l'article 260, § 2, TFUE seraient menacées dans la mesure où l'ensemble de la procédure devrait être relancé sur le fondement de l'article 258 TFUE⁴⁸. En effet, dans la mesure où le Tribunal s'interdit toute intrusion dans le champ de l'appréciation du manquement, la censure éventuelle de la décision de liquidation de l'astreinte ne résout pas les divergences entre l'Etat membre et la Commission, d'où l'introduction d'une nouvelle procédure en manquement. En clair, lorsque la Commission estime que le manquement persiste à l'issue de l'arrêt en « manquement sur manquement », elle doit engager un dialogue précontentieux avec l'Etat concerné, lequel peut à son tour déboucher sur un nouvel arrêt rendu au titre de l'article 258 TFUE, dont l'inexécution potentiellement persistante conduirait à une forme de « déjà-vu » par un recours renouvelé à l'article 260, § 2, TFUE. Cette mise en abyme problématique pour la Commission quant à la force du droit jugé repose sur le caractère exclusif de la compétence de la Cour de justice dans l'appréciation finale du manquement.

La Cour de justice rejette sans mal cette argumentation plus pratique que juridique. Pour ce faire, elle fait sien le raisonnement du Tribunal : la Commission ne peut empiéter sur sa capacité à juger du comportement des Etats ; le Tribunal ne peut se prononcer « sur l'appréciation portée par la Commission quant à l'aptitude d'une pratique ou d'une réglementation nationale, n'ayant pas été examinée auparavant par la Cour » car, ce faisant, il « serait inévitablement amené à se prononcer sur la conformité d'une telle pratique ou réglementation avec le droit de l'Union »⁴⁹. La Cour de justice ne manque pas d'indiquer au surplus que dans l'hypothèse où le Tribunal aurait à examiner si l'Etat s'est conformé à l'arrêt, la prise en considération de circonstances de fait lui échapperait « dès lors qu'il n'appartient pas à la Cour de contrôler celles-ci dans le cadre d'un pourvoi »⁵⁰. En résumé, la Cour de justice entend bien se réserver le monopole de statuer en droit et en fait en matière de manquement⁵¹.

⁴⁷ Aff. C-292/11 P précitée, point 34.

⁴⁸ Ce qu'au passage ni Tribunal ni la Cour de justice à l'issue du pourvoi ne soutiennent.

⁴⁹ Aff. C-292/11 P précitée, point 51.

⁵⁰ *Ibid.* point 54.

⁵¹ L'avocat général Jääskinen est sensible au respect de l'articulation des compétences entre le Tribunal et la Cour de justice : « Le Tribunal se voit ainsi reconnaître un pouvoir souverain d'appréciation quant aux constats factuels qui servent de fondement au constat de l'existence de manquements, tel qu'opéré auparavant par la Cour. En effet, dès lors qu'une part importante des manquements revêt un caractère factuel, la Cour doit prendre en considération que les questions de fait puissent échapper à sa compétence dans le cadre d'un pourvoi dirigé contre un arrêt du Tribunal se

Aussi fondée soit-elle, cette solution implique une nouvelle saisine de la Cour de justice en cas de différend persistant entre la Commission et un Etat condamné quant à l'exécution précisément de cette condamnation. Or, la Cour de justice n'apporte aucune information relativement à la base juridique pertinente.

B) L'insertion incertaine de la Cour de justice dans le prolongement du contentieux « en manquement sur manquement »

Le différend entre la Commission et l'État membre concernant *in fine* l'exécution d'un arrêt « en manquement sur manquement » doit suivant la jurisprudence être porté à la connaissance de la Cour de justice, mais sur quel fondement ? Celui de l'article 258 TFUE réservé aux cas où « la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités », ou bien celui de l'article 260 TFUE prévu lorsque « la Commission estime que l'Etat membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour » ? A ces questions l'avocat général consacre d'importants développements dont on ne retrouve pas le moindre écho dans l'arrêt de la Cour de justice. Son silence était prévisible, l'objet du pourvoi porte sur le recours en annulation, non sur le manquement. Par ailleurs, la Commission admet que le Portugal a fini par se conformer au droit de l'Union européenne, le différend porte sur la date de cette opération. Toutefois, la résonance du pourvoi sur l'inexécution de l'arrêt « en manquement sur manquement » ainsi que l'argumentation de la Commission développée lors de sa requête concernant le choix dans cette hypothèse de l'introduction d'un recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE⁵², auraient pu convaincre la Cour de justice d'user de la technique de *l'obiter dictum*.

Quoi qu'il en soit, l'argumentation bâtie par l'avocat général est articulée autour du litige persistant entre la Commission à l'Etat concerné, dont la teneur par rapport au recours original commande le fondement du nouveau contentieux. A ce titre deux cas de figure sont distingués. D'une part, lorsqu'il « dépasse le cadre délimité par le dispositif de l'arrêt de la Cour au titre de l'article 258 TFUE », l'avocat général « considère que la Commission est tenue d'introduire un nouveau recours en manquement sur la base de l'article 258 TFUE »⁵³. Ce dépassement du cadre du litige est requis au regard du principe de l'autorité de la chose jugée gouvernant les arrêts en

prononçant sur la légalité d'une décision de la Commission relative à l'avancement de l'exécution d'un arrêt de la Cour ainsi qu'à la nécessité de poursuivre le paiement d'une astreinte ». Point 72, des conclusions précitées du 16 mai 2013. L'arrêt du 19 octobre 2011 illustre cette appréciation, *France c/ Commission*, aff. T-139/06 précitée, points 56 à 76.

⁵² Aff. C-292/11 P précitée, point 31.

⁵³ Point 77 des conclusions.

manquement⁵⁴. D'autre part, « dans l'hypothèse d'un changement évident du cadre du litige », il est possible d'envisager un second recours en vertu de l'article 260, paragraphe 2, TFUE, « dès lors que l'État membre a pris des mesures qui s'avèrent largement insuffisantes aux fins de l'exécution de l'arrêt rendu en vertu de l'article 260, paragraphe 2, TFUE »⁵⁵. En d'autres termes, là où une différence de degré (dépassement du cadre) existe entre le litige original et celui né de l'inexécution de l'arrêt, la Commission doit saisir la Cour de justice au titre de l'article 258 TFUE. En revanche, s'il s'agit d'une différence de nature (changement du cadre), l'article 260, § 2, TFUE constitue le fondement pertinent.

Le raisonnement développé par l'avocat général devance deux objections tirées du respect du principe *non bis in idem*⁵⁶ et de celui de l'autorité de la chose jugée⁵⁷. Le premier n'est pas un obstacle dirimant dès lors qu'il ne trouve pas à s'appliquer s'agissant d'une voie spéciale d'exécution⁵⁸. Quant au second, il s'oppose à tout recours reposant sur des prémices identiques⁵⁹, d'où la distinction entre ce qui « dépasse le cadre délimité par le dispositif de l'arrêt de la Cour au titre de l'article 258 TFUE » et ce qui représente « un changement évident du cadre du litige ». Sans qu'il soit nécessaire de discuter de la violation ou non de ces deux principes par l'introduction d'une nouvelle procédure par la Commission, les conclusions de l'avocat général n'emportent pas totalement la conviction. Sans éclaircissement de la Cour de justice, la solution qu'il préconise soulève trois objections.

Tout d'abord, si la première voie offerte par l'article 258 TFUE ne souffre d'aucune contestation dès lors que l'Etat qui refuse de s'acquitter de l'astreinte demandée par la Commission manque à une obligation lui incombant en vertu des traités, de l'aveu même de l'avocat général, « cette approche, quoique rigoureuse et juridiquement fondée, constituerait l'option la plus longue et, en quelque sorte rébarbative »⁶⁰. L'inconvénient tenant à la longueur provient de l'absence de tout lien préalable avec la constatation d'un précédent manquement. Or, dans notre hypothèse, en dépit des changements affectant son droit interne, l'Etat concerné a déjà fait l'objet de deux arrêts,

⁵⁴ Les arrêts en manquement sont revêtus de l'autorité de la chose jugée : CJUE 29 juin 2010, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-526/08, Rec. I-6151 ; note. A. Rigaux, Europe, 2010, n°10, comm. 302.

⁵⁵ Point 89 des conclusions.

⁵⁶ V. P. Oliver et T. Bombois, « *Ne bis in idem* » en droit européen : un principe à plusieurs variantes, *JDE*. 2012. 266-272.

⁵⁷ La Cour de justice a développé une approche plutôt restrictive du principe : Z. Perbux-Beaugendre, Autorité de la chose jugée et droit communautaire, RFDA. 2005. 473-482.

⁵⁸ Points 83 et 84 des conclusions.

⁵⁹ Point 88 des conclusions : « qu'un second recours introduit conformément à l'article 260, paragraphe 2, TFUE devrait être considéré comme irrecevable, pour autant qu'il se caractériserait par une identité de fait et de droit avec l'arrêt antérieur rendu au titre de l'article 260 TFUE, autrement dit lorsque le second recours en vertu de l'article 260 TFUE consiste en une simple répétition de la constatation de l'absence d'exécution de l'arrêt en manquement au titre de l'article 258 TFUE ».

⁶⁰ Point 73 des conclusions.

le premier constatant le manquement, le second l'inexécution du premier. En outre, l'arrêt rendu sur ce fondement pourrait appeler à son tour et à nouveau la mise en œuvre de l'article 260, § 2, TFUE. La perspective de recours en cascade ressemblant à un « manquement sur manquement sur manquement... » est de nature à faire naître une légitime perplexité. En tout état de cause, il s'agit d'un terreau favorable à l'éclosion d'un contentieux théoriquement sans fin, participant de la réalisation de manquements structurels et généralisés, lourdement condamnés par la Cour de justice⁶¹. Toutefois, cette perspective reste possiblement bornée en droit par le principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 TFUE et en pratique par le souci du maintien de bonnes relations entre la Commission et les Etats membres.

Ensuite, la distinction opérée est d'un maniement délicat tant la frontière est doublement ténue : entre des mesures qui, toutes liées à la constatation du manquement, s'inscrivent à l'intérieur de ce cadre ou au contraire dépassent ce dernier (258 TFUE) ; entre un dépassement du cadre du litige (258 TFUE) et son changement (260 TFUE). Les divergences quant à cette appréciation se retrouvent précisément au cœur du litige opposant la Commission au Portugal. Sans compter qu'il est possible de soutenir une position inverse : l'usage de l'article 260 TFUE ne vaut que si l'objet du litige n'est pas déplacé, or par définition il s'est déplacé de l'inertie ou de l'insuffisante prise en compte de l'arrêt de la Cour de justice vers le défaut de suites données au second arrêt et particulièrement à la décision de la Commission. Ce déplacement est de nature à justifier au contraire le recours à l'article 258 TFUE, sauf à bâtir une doctrine dégageant de cette rupture dans l'objet du litige une continuité contentieuse embrassant l'ensemble de l'affaire, dès les premiers contacts pris par la Commission en vertu de la phase pré-contentieuse de l'article 258 TFUE jusqu'au prononcé de l'arrêt « en manquement sur manquement ».

Enfin, elle fait dépendre de l'Etat membre le choix de la voie contentieuse à partir de considérations éminemment factuelles tenant à son comportement, puisqu'il est seul à décider des mesures susceptibles de dépasser ou de changer le cadre du litige. Au surplus, cette mise en concurrence des articles 258 TFUE et 260 TFUE est inégale car le premier n'est assorti d'aucunes sanctions financières.

Sans qu'une voie dénuée de toute critique s'impose, l'usage exclusif en toutes hypothèses de l'article 260 TFUE semble préférable pour une série de raisons. Premièrement, l'adage *lex specialis derogat legi generali* milite en faveur d'une utilisation renouvelée de l'article 260 § 2, TFUE. Après

⁶¹ V. P. Wennerås, *A New Dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC : General and persistent (gap) infringements, lump sums and penalty payments*, CMLR, 2006. 31-62.

tout, est patente la situation dans laquelle l'Etat membre n'a pas selon la Commission « pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour », or il n'est pas douteux que la décision de la Commission relative au paiement de l'astreinte relève des termes de l'article 260 TFUE. S'ouvrirait dans ces conditions une nouvelle mise en abyme de l'article 260, § 2, TFUE. Seulement la recevabilité de cette action doit être encore examinée au regard du principe *non bis in idem* et de celui de l'autorité de la chose jugée. Le premier comme on le sait peut être surmonté en considérant qu'il ne s'applique pas à une voie spéciale d'exécution⁶². Quant au second, il s'oppose à tout recours reposant sur des prémices identiques⁶³. Mais ne doit-on pas admettre que l'inexécution du *second* (deuxième ?) arrêt rendu au titre de l'article 260 § 2, TFUE déplace nécessairement l'objet du litige (inexécution du *premier* arrêt rendu au titre de l'article 258 TFUE) ? Deuxièmement, le sens général des modifications apportées par les précédentes révisions des traités au contentieux en manquement est univoque : une juridictionnalisation renforcée passant non seulement par l'édition de sanctions financières, mais également par des procédures simplifiées. De toute évidence, l'article 260 § 2, TFUE s'inscrit mieux que l'article 258 TFUE dans cette tendance. Troisièmement, sans nier le respect des droits procéduraux de la défense, il convient de ne pas oublier que le manquement a d'abord été constaté en vertu de l'article 258 TFUE puis sanctionné au terme de l'article 260, § 2, TFUE, éclairant d'une lumière crue ce qui s'apparente sans nul doute à une « mauvaise foi persistante »⁶⁴ de l'Etat membre concerné. Ce comportement heurte frontalement le principe de coopération loyale régissant ses rapports avec la Commission et affecte gravement l'uniformité d'application du droit de l'Union, exigence jurisprudentielle itérativement rappelée. Quatrièmement, rien ne s'oppose à ce que les prolongements jurisprudentiels dont peut faire l'objet un recours engagé sur la base de l'article 260, § 2, TFUE puissent également s'appliquer à ceux introduits conformément à l'article 260, § 3, TFUE. Or, dans ces conditions, l'objectif du traité commandant cette disposition introduite par le traité de Lisbonne, à savoir la simplification de la procédure du manquement engagée pour violation de l'« obligation de communiquer des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative », est contredit par l'option d'un recours à nouveau fondé sur l'article 258 TFUE. En somme et pour le dire brutalement : il est à redouter que « trop de droit tue le droit ».

⁶² Points 83 et 84 des conclusions.

⁶³ Point 88 des conclusions : « qu'un second recours introduit conformément à l'article 260, paragraphe 2, TFUE devrait être considéré comme irrecevable, pour autant qu'il se caractériserait par une identité de fait et de droit avec l'arrêt antérieur rendu au titre de l'article 260 TFUE, autrement dit lorsque le second recours en vertu de l'article 260 TFUE consiste en une simple répétition de la constatation de l'absence d'exécution de l'arrêt en manquement au titre de l'article 258 TFUE ».

⁶⁴ A. RIGAUX, *Europe*, 2011, n°12, comm. 447.

Des voies contentieuses autres que celles examinées par l'avocat général sont-elles susceptibles d'être empruntées par la Commission ? Celle d'un arrêt en interprétation au sens de l'article 43 du statut de la Cour⁶⁵ ne semble pas appropriée dans la mesure où « la demande en interprétation doit, pour être recevable, viser à dissiper l'obscurité ou l'ambiguïté éventuelle affectant le sens et la portée de l'arrêt (...) viser essentiellement à l'interprétation du dispositif, en combinaison avec les motifs essentiels (...) Elle n'est pas recevable lorsqu'elle vise des points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt ou lorsqu'elle tend à obtenir de la Cour un avis sur l'application, l'exécution ou les conséquences de l'arrêt rendu »⁶⁶. En vertu de cette jurisprudence, la Cour qui était pour la première fois saisie d'une demande en interprétation au sujet d'un arrêt rendu sur le fondement de l'article 260, § 2, TFUE a déclaré le recours irrecevable au motif qu'il remet « en cause les conséquences d'une telle lecture strictement littérale du dispositif de l'arrêt »⁶⁷.

Au-delà de la question des prolongements jurisprudentiels à donner à l'affaire opposant la Commission au Portugal, il est permis d'évoquer ses éventuelles conséquences pratiques. La Cour de justice, à la demande de la Commission, peut revoir sa position en matière d'astreinte dans la mesure où leur caractère journalier est propice à la cristallisation des oppositions avec les Etats membres concernant la période de référence du paiement. Parallèlement, elle peut décider d'infliger plus fréquemment des astreintes dégressives, c'est-à-dire « dont le montant varie en fonction du degré d'exécution du premier arrêt en manquement »⁶⁸, afin de permettre à la Commission d'engager un dialogue constructif avec l'Etat membre susceptible de désamorcer de futurs conflits. Si la Cour de justice n'a édicté ce type sanctions qu'en cinq occasions, on observe une fréquence plus soutenue ces deux dernières années⁶⁹. Le confirmation de cette tendance est de nature à inciter l'Etat défaillant à améliorer l'exécution du droit de l'Union sans pour autant être en mesure d'assurer qu'elle soit immédiatement complète. Sans compter que la dégressivité limite les effets négatifs du manquement qui restent appréciés à l'issue de la phase précontentieuse en permettant de prendre en compte non seulement « les efforts normatifs que les États membres peuvent avoir

⁶⁵ « En cas de difficulté sur le sens et la portée d'un arrêt, il appartient à la Cour de justice de l'interpréter, à la demande d'une partie ou d'une institution de l'Union justifiant d'un intérêt à cette fin ».

⁶⁶ CJCE Ord. 20 avril 1988, *Maindiaux e. a c. Comité économique et social*, aff. jtes. 146 et 431/85, Rec. I-2005, points 5 et 6.

⁶⁷ CJCE Ord. 11 juillet 2013, *Italie c/ Commission*, aff. C-496/09 INT.

⁶⁸ T. Materne, *op. cit.*, p. 382.

⁶⁹ CJUE 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, Rec. I-14141 ; CJUE 17 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, aff. C-496/09, Rec. I-11483 ; note A. Rigaux, *Europe*, 2012, n°1, comm. 8 ; CJUE 17 octobre 2013, *Commission c/ Belgique*, aff. C-533/11, non encore publié au Recueil ; CJUE Gde ch. 2 décembre 2014, *Commission c/ Italie*, aff. C-196/13 et CJUE Gde ch. 2 décembre 2014, *Commission c/ Grèce*, aff. C-378/13 et CJUE Gde ch., non encore publiés au Recueil ; note A. Rigaux, *Europe*, 2015, n°2, comm. 54.

accomplis avant que la Cour ne statue »⁷⁰, mais également ceux réalisés après. Par ailleurs, ces développements doivent inciter la Commission et la Cour de justice à définir avec une précision extrême le cadre du manquement, pour limiter autant que faire se peut toute aspérité juridique offrant prise à de vétilleuses autorités gouvernementales⁷¹.

En somme et en dépit des éclaircissements apportés sur la compétence de la Commission s'agissant de l'exécution d'un arrêt « en manquement sur manquement », la question des suites juridictionnelles à donner à son inexécution demeure en suspens. La Cour de justice pourra, lorsque les circonstances s'y prêteront, achever son œuvre de clarification du régime de ce contentieux. A défaut, une solution aussi radicale qu'improbable, car moins protectrice des droits des Etats membres et exigeant une réforme des traités, consisterait sur le modèle du défunt traité CECA⁷² à mettre entre les mains de la Commission la constatation du manquement par l'édiction de sanctions financières comme elle le fait régulièrement par exemple en matière de droit de la concurrence. Ni l'évolution institutionnelle, ni l'emprise du système juridictionnel de l'Union ne laissent présager une telle révolution copernicienne.

⁷⁰ J.-P. Puissechet, L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ?, in *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissechet, D. Ruiz-Jarabo Colomer, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 572.

⁷¹ Comme l'illustre à sa façon le Portugal par l'introduction d'un nouveau recours en annulation (aff. T-810/14 précitée), pour lequel le Tribunal rendra vraisemblablement un jugement en 2017 ou en 2018, dans le prolongement d'un arrêt en manquement remontant... au 14 octobre 2004 (aff. C-275/03).

⁷² Le groupe de réflexion réuni à la veille de la CIG 2000 considérait : « La solution la plus favorable au bon fonctionnement de la Cour de justice consisterait, à l'évidence, à donner à la Commission, comme le prévoit l'article 88 du traité CECA, la responsabilité de prendre les décisions constatant les manquements et à laisser les Etats membres, en véritable désaccord avec ces décisions, les déférer, aux fins d'annulation, à la Cour. Le manquement serait définitivement établi dès l'expiration du délai de recours en annulation en l'absence de contestation de l'Etat membre, ou dès le rejet de ce recours ». Rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, janvier 2000, pp. 25-26. J.-P. Puissechet repousse une à une les objections qu'un tel système soulève (*op. cit.*, pp. 577-578).