

L'HARMONISATION DES RÉGLEMENTATIONS NATIONALES ET LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS DES ÉTATS «AVANCÉS»

De l'acte unique européen
au traité d'Amsterdam (*)

PAR

Syméon KARAGIANNIS

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
UNIVERSITÉ DE LILLE II
(GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES
SUR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE)

Europe à deux ou à plusieurs vitesses, Communauté à géométrie variable (1), clivage Nord-Sud, voire coupure entre une Europe catholique (et orthodoxe) et une Europe protestante : autant d'expressions qui transforment régulièrement le rêve fédéraliste en cauchemar de la désunion. La récente adhésion de trois États du «Nord» tenant à leur neutralité traditionnelle semble ainsi porter un coup sévère, sinon fatal, aux ambitions les plus poussées d'une politique étrangère et de sécurité commune. L'accession à l'Union monétaire ne concernera pas, à brève échéance, l'ensemble des États membres de l'Union européenne, tandis que la liberté totale de circulation des personnes (accord et convention d'application de Schengen) et, en tout cas jusqu'à récemment, la politique sociale (protocole n° 14 du traité sur l'Union européenne) s'établissent dans des cadres para-commu-

(*) Les articles des traités résultant de la renumérotation effectuée par le traité d'Amsterdam figurent entre crochets. Cela ne vaut naturellement pas pour les articles que le traité d'Amsterdam a abrogés.

(1) Cf. C.-D. EHLERMANN, «How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of 'Two Speeds'», *Michigan Law Review*, 1984, pp. 1274-1293; Philippe MANIN, «Les aspects juridiques de l'intégration différenciée», in P. MANIN et J.-V. LOUIS (éds), *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*, Paris, Pedone, 1996, pp. 9-32; Jean-Victor LOUIS, «Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union européenne», *ibid.*, pp. 33-49; J.A. USHER, «Variable Geometry or Concentric Circles: Patterns for the European Union», *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, pp. 243-273.

nautaires (2) dont un ou plusieurs Etats se sont volontairement — et volontiers — exclus (3).

Si ce sont, en tout premier lieu, ces « grandes » et souvent nouvelles politiques qui portent les germes de la désunion, la vie communautaire « ordinaire » n'est pas exempte, loin s'en faut, de dérogations, de clauses de sauvegarde ou, plus prosaïquement, de transpositions de directives tardives et défectueuses, en ce qu'elles cherchent, même *in extremis*, à sauvegarder à l'Etat transposant un minimum d'autonomie d'action. Excepté le dernier cas, qui relève sans doute de la pathologie de la construction communautaire, les dérogations et les clauses de sauvegarde, qu'on les trouve dans le traité ou dans le droit dérivé, ont globalement joué un rôle positif puisqu'elles ont permis — et permettent toujours — l'intégration d'économies structurellement plus faibles ou traversant une période de faiblesse conjoncturelle.

En revanche, peu de chose était prévu dans le traité initial pour la défense des économies les plus performantes. L'idée même aurait pu faire sourire. Les puissants n'ont pas besoin de protection spéciale. Ils arrivent fort bien à se protéger par eux-mêmes. Les économies les plus avancées ont du reste joué traditionnellement le rôle de locomotive de la construction communautaire. A quoi on devrait ajouter que la concurrence risquait fort peu d'être faussée étant donné le niveau assez homogène du développement économique des Six ; ce qui en était la conséquence, l'homogénéité des réglementations nationales était, globalement, établi. Le problème particulier du Mezzogiorno italien n'avait pas été jugé digne d'une solution particulière. Ce qu'on n'appelait pas encore la manne communautaire allait bientôt, pensait-on, rapprocher l'économie du Sud de l'Italie de la moyenne communautaire (4).

L'homogénéité de la Communauté n'a pas souffert lors des premières adhésions, en dépit, dorénavant, de la présence en son sein de la République d'Irlande, caractérisée initialement par un niveau de développement économique inférieur à la moyenne communautaire. En revanche, l'extension de la Communauté vers le Sud dans les années 1980 a changé la donne aussi bien quantitativement (presque 60 millions de nouveaux ressortissants communautaires) que qualitativement. La réglementation réputée

(2) La communautarisation de l'acquis de Schengen effectuée par un des protocoles du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 n'a pas mis fin à l'« isolationnisme » du Royaume-Uni et de l'Irlande, ce qui, d'une certaine manière, risque d'accentuer le clivage entre Etats membres (tenus et non tenus par l'acquis de Schengen) dans la Communauté même.

(3) On n'oubliera pas d'ajouter à cette liste les concessions que les Onze ont dû consentir au Danemark, lors du Conseil européen d'Edinbourg de décembre 1992, afin d'« influencer » le résultat du deuxième référendum danois sur le traité de Maastricht.

(4) Le problème du sous-développement chronique des pays et territoires d'outre-mer a par ailleurs paru surmontable grâce à une « solution » essentiellement négative. Ces régions ultra-périphériques, déjà démographiquement peu importantes, ne sont qu'« associées » à la Communauté (articles 131-136bis [art. 182-188] et 227 [art. 299]).

plus laxiste de ces nouveaux Etats membres dans des domaines tels que la protection de l'environnement, la protection des consommateurs ou encore la protection sociale n'ont pas manqué d'inquiéter le «Nord».

Certes, avant même ces adhésions, la jurisprudence communautaire s'était fait l'écho de préoccupations attentives à la sauvegarde d'une certaine «qualité de vie», cependant que le problème a connu une nouvelle acuité avec des propositions, au milieu des années 1980, visant à relancer la construction communautaire. Au centre de ces propositions, qui ont finalement donné lieu à l'Acte unique européen de 1986, s'est trouvée la nécessité de relancer le processus d'harmonisation des «dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres».

L'harmonisation, moyen privilégié de l'intégration économique, ne se présente pas, dans la brève histoire du droit communautaire, comme un bloc monolithique. Schématiquement, elle a traversé trois phases successives. De l'harmonisation totale des débuts, relativement difficile à obtenir, on est passé à la forme plus souple de l'harmonisation optionnelle qui permettait la coexistence, dans le marché, de réglementations communautaires et nationales, pour aboutir finalement à ce qu'on appelle la «nouvelle approche». Cette forme d'harmonisation pragmatique privilégie l'harmonisation totale pour ce qui est des seuls grands standards, notamment de sécurité, tandis que pour le reste les Etats gardent la faculté de réglementer.

Quoi qu'il en soit, les Etats soucieux de maintenir des standards élevés de protection harmonisée maîtrisaient pour l'essentiel le processus grâce au droit de veto implicite que leur reconnaissait l'article 100 [art. 94] du traité CE, article servant de base générale à l'harmonisation. La nécessité de prévoir expressément un niveau de protection élevé en cas d'harmonisation ne s'est fait sentir qu'à partir du moment où ledit droit de veto a été supprimé afin de faciliter les opérations d'harmonisation. Dans une mesure appréciable, à l'article 100 [art. 94] s'est substitué un nouvel article 100A [art. 95] introduit par l'Acte unique européen (5). L'analyse de cet article, qui est complété par une série d'autres dispositions insérées dans le traité, soit en 1986, soit en 1992, et souvent modifiées en 1997, est au centre de la présente étude. Il peut être regardé comme le recours par excellence des Etats «avancés» contre toute tentative de remise en cause des hauts standards dont ils bénéficient dans plusieurs domaines sensibles.

(5) Une autre cause d'inquiétude pour les Etats membres pouvait consister dans l'abandon de la directive comme moyen unique de l'harmonisation. Certes, la Commission, dans une déclaration n° 4 inscrite dans l'Acte final de la conférence qui a adopté l'Acte unique européen, affirme vouloir privilégier, dans le cadre de l'article 100A [art. 95], le moyen de la directive. La nature juridique pour le moins incertaine de la déclaration ainsi que les termes mesurés dont se sert la Commission («privilégier») ne sont pas de nature à apaiser ces inquiétudes. Voir, pour les exigences d'une partie de la doctrine, Volker HEYDT, «Über die Notwendigkeit von (EG-)Verordnungen im europäischen Binnenmarkt», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991, p. 513.

L'identification de ces domaines est par conséquent une question de grande importance. Une analyse de l'article 100A [art. 95] permet d'établir que, à l'instar de l'article 100 [art. 94], il peut constituer la base légale générale de l'harmonisation à l'exception des trois groupes de dispositions mentionnées dans son deuxième paragraphe : les « dispositions fiscales », les « dispositions relatives à la libre circulation des personnes », les dispositions « relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés ». Les contours de chacune de ces catégories apparaissent d'emblée comme assez flous. Certaines des difficultés les concernant sont examinées plus loin dans le texte.

Un autre problème relatif à la base légale de l'harmonisation a trait à la concurrence des articles « généralistes » 100 [art. 94] et 100A [art. 95] avec des articles « spécialistes ». Chaque fois que la concurrence est parfaite, il n'y a pas de doute que c'est la *lex specialis* qui devra l'emporter (6). Dans la plupart des cas, la préférence donnée à une base « spécialiste » n'est pas susceptible de nuire aux intérêts des États « avancés », soit parce que la règle de l'unanimité est maintenue (7), soit parce que des dispositions sont prévues pour la sauvegarde d'un haut niveau de protection communautaire, soit encore parce que des droits spécifiques sont reconnus à ces États.

Un dernier problème enfin, relativement délaissé par la doctrine, concerne l'application dans le temps de l'article 100A [art. 95]. Cet article est étroitement lié à la mise en place du marché intérieur. C'est déjà l'histoire qui le rattache à la notion de marché intérieur puisque c'est l'Acte unique européen qui l'a incorporé dans le texte du traité. Or, justement, l'un des objectifs les plus ambitieux de l'Acte unique européen a été l'instauration d'« un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée » (8).

Cependant, appréhender l'article 100A [art. 95] comme l'instrument de prédilection de la création du marché intérieur ne comporte pas que des avantages, notamment pour la pérennité de cette disposition au sein du traité. La mise en place du marché intérieur ne risque-t-elle pas, conceptuellement, de rendre l'article 100A [art. 95] sans objet ? La première phrase du paragraphe 1^{er} de l'article 100A [art. 95] ne lève pas le doute. Circonscrire le champ d'application de cet article à la (seule) « réalisation des objectifs énoncés à l'article 7A [art. 14] » ne milite pas en faveur d'une large application, *ratione temporis*, de l'article 100A [art. 95]. Les « objectifs énoncés à l'article 7A [art. 14] » ne sont nullement énoncés dans le deuxième

(6) Voir cependant *infra* sur la difficulté de choisir la base juridique en matière notamment de protection de l'environnement.

(7) C'est notamment le cas de l'article 99 [art. 93] relatif à l'harmonisation dans certains domaines de la fiscalité.

(8) Article 7A [art. 14] al. 2.

alinéa de l'article 7A [art. 14], alinéa qui se borne à définir le marché intérieur, mais dans l'alinéa premier qui dispose que :

«La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 [...]».

Il est probable que l'objectif de l'article 7A [art. 14] soit un objectif à terme, un objectif qui s'épuise (qui se soit épuisé) le 1^{er} janvier 1993 (9) (10).

A cette interprétation restrictive d'application dans le temps de l'article 100A [art. 95] (11) on peut opposer la formule retenue par l'Acte unique européen et, plus tard, par le traité sur l'Union européenne pour la modification de l'article 99 [art. 93], article proche, de par son objet, de l'article 100A [art. 95] puisqu'il traite de l'harmonisation des législations en matière fiscale. L'article 99 [art. 93] trouve application «dans la mesure où cette harmonisation est nécessaire pour assurer l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans le délai prévu à l'article 7A [art. 14]». Le fait qu'il est prévu un délai fixe (12), *a priori* non équivoque, pour l'utilisation de l'article 99 [art. 93] dans le texte même de cet article pourrait faire penser que, *a contrario*, l'absence d'un tel terme dans le texte même de l'article 100A [art. 95] pourrait affranchir ce dernier du respect scrupuleux de l'échéance du 31 décembre 1992.

Il y a pourtant aussi un autre argument, qu'on peut tirer du texte même de l'article 100A [art. 95] en vue de la libération, fût-elle partielle, de celui-ci du carcan de l'échéance du 31 décembre 1992. Suivant la deuxième phrase du premier paragraphe de cet article, l'harmonisation qu'il est

(9) Le célèbre alinéa 2 de la déclaration n° 3 inscrite dans l'Acte final de la conférence de 1985-86 («La fixation de la date du 31 décembre 1992 ne crée pas d'effets juridiques automatiques») est d'une interprétation particulièrement délicate. Il convient en tout cas de ne pas oublier la nature juridique incertaine et faible de cette déclaration, qui ne fait pas partie intégrante du traité. Cf. A.G. TORH, «The Legal Status of the Declarations Annexed to the Single European Act», *Common Market Law Review*, 1986, pp. 803-812 et Alfonso MATTEA, «Un espace sans frontières intérieures : le défi de l'Europe 1993», *Revue du marché unique européen*, 1992, n° 1, pp. 5-10. Une majorité d'auteurs semble cependant adopter une approche très «modérée» sur ce point. Voir plus particulièrement H.G. SCHERMERS, «The Effect of the Date of 31 December 1992», *Common Market Law Review*, 1991, pp. 275-289.

(10) C'est apparemment le seul délai expiré que la «simplification» des traités communautaires opérée par le traité d'Amsterdam (article 6 de ce traité) a épargné de la suppression «en raison de son caractère symbolique» (Jean-Paul JACQUE, «La simplification et la consolidation des traités», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, pp. 903-913, spéc. p. 909).

(11) *Contra* Roberto HAYDER, «Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung? Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986», *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1989, pp. 622-698, spéc. pp. 653 et 667; Bernd LANGEHEINE dans son commentaire de l'article 100A [art. 95] CE in GRABITZ / HILF, *Kommentar zur Europäischen Union*, München, Verlag C.H. Beck, 1995, n° 10.

(12) Des auteurs considèrent cependant que la base juridique de l'article 99 [art. 93] peut être utilisée même après l'expiration de ce délai (Reimer VOSS dans son commentaire de l'article 99 [art. 93] in GRABITZ / HILF, *op. cit.*, 1998, n° 2; Rudolf GEIGER, *Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Munich, Verlag Beck, 2^e éd., 1995, p. 305). Cette position n'est pas tout à fait convaincante en ce qu'elle contrarie le texte même du traité.

appelé à opérer a pour objet «l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur». Si on lit ensemble les deux phrases du premier paragraphe — et ce serait la moindre des choses —, l'on peut aboutir à la conclusion suivante : seul «l'établissement du marché intérieur» obéirait à l'injonction de l'article 7A [art. 14]; par rapport à l'aspect «fonctionnement du marché intérieur», l'article 100A [art. 95] pourrait être utilisé même après l'échéance du 31 décembre 1992 (13).

Bien entendu, à la base de cette analyse se trouve l'idée que l'«établissement du marché intérieur» est un acte instantané se consommant sur le moment tandis que le «fonctionnement du marché intérieur» est un acte durable, se déployant dans le temps. Cette distinction entre «établissement» et «fonctionnement» n'aurait pas de répercussions notables si l'on se limitait à une conception globalisante du «marché intérieur». Il semble pourtant qu'une telle conception doit être écartée. En effet, il ne peut y avoir un marché intérieur, mais plusieurs, autant qu'il y a des domaines d'activité économique.

En somme, si l'on accepte l'idée de la mise en place progressive du «marché intérieur», force est d'admettre que, en ce qui concerne au moins certaines activités économiques, cette mise en place n'aurait pas, en bonne logique, pu se produire avant l'échéance du 31 décembre 1992. Or, c'est ici qu'intervient la première phrase du premier paragraphe de l'article 100A [art. 95] qui, par le biais de son renvoi à l'article 7A [art. 14] et à la date précise sus-indiquée, empêche l'utilisation de l'article 100A [art. 95] pour ce qui est de nouvelles (14) activités économiques. Là pourtant où l'article 100A [art. 95] a déjà été utilisé (avant le 31 décembre 1992), il est permis de le réutiliser, après le 1^{er} janvier 1993, afin de compléter le marché intérieur, en modifier les règles, les suspendre temporairement, etc., bref assurer le «fonctionnement» du marché. Cette solution serait déjà acquise si l'on se fiait à la simple logique juridique, et notamment à l'exigence bien

(13) Roberto ADAM, qui s'est penché sur le problème de l'avenir de l'article 100A [art. 95] («Il diritto del mercato interno : l'art. 100A e l'armonizzazione delle legislazioni», *Rivista di diritto europeo*, 1993, pp. 681-725, spéc. p. 690), aboutit à la conclusion que l'acceptation de cet article par le traité sur l'Union européenne (référence à l'article 100A [art. 95] par le nouvel article 129A [art. 153], introduction dans l'article 100A [art. 95] de la procédure de l'article 189B [art. 251], etc.) lui vaut en quelque sorte adoubement et le libère globalement de l'échéance du 31 décembre 1992. Cependant, chaque fois, d'autres explications sont également possibles. Ainsi, la procédure de l'article 189B [art. 251] serait valable pour le seul volet «fonctionnement du marché intérieur», tandis que la référence de l'article 129A [art. 153] à l'article 100A [art. 95] vaudrait «résurrection» de celui-ci spécifiquement pour l'harmonisation dans de «nouveaux» domaines en matière de protection des consommateurs, objet de l'article 129A [art. 153].

(14) On entendra par «nouvelles» activités celles qui, prévues d'être harmonisées avant l'échéance, n'ont pu l'être pour des raisons techniques ou politiques. On peut aussi qualifier de «nouvelles» celles qui, tout simplement, n'avaient pas été — ou ne pouvaient normalement être — prévues avant l'échéance.

connue du parallélisme des formes (15). Mais c'est déjà le texte de l'article 100A [art. 95] qui consacre cette solution, puisque question y est non seulement de l'«établissement» mais aussi du «fonctionnement», c'est-à-dire de la gestion du marché intérieur à la suite de son établissement.

L'inapplicabilité de l'article 100A [art. 95] en ce qui concerne les «nouvelles» activités économiques (16) laisse la place à l'autre article «généraliste» qu'est l'article 100 [art. 94]. La solution est ici dictée par les mots qui inaugurent l'article 100A [art. 95] : «par dérogation à l'article 100 [art. 94]». Cette dérogation, communément interprétée comme étant uniquement *ratione materiae*, devrait être également interprétée *ratione temporis* comme concernant donc le moment où l'harmonisation intervient. Il peut certes être objecté que l'article 100 [art. 94] est lui-même conçu en des termes similaires à ceux de l'article 100A [art. 95], non tant pour ce qui est de la distinction entre établissement et fonctionnement du marché, mais parce que ceux-ci visent le «marché commun». Or, le «marché commun» est censé avoir été établi depuis déjà le 1^{er} janvier 1970 ... *Mutatis mutandis*, la problématique par rapport à l'utilisation de l'article 100 [art. 94] serait celle qu'on vient d'examiner par rapport à l'article 100A [art. 95], ce qui conduirait inévitablement à l'impossibilité d'harmoniser de «nouveaux» domaines (il serait même davantage tragique si l'on devait calculer la «nouveau» par rapport au 31 décembre 1969 que par rapport au 31 décembre 1992!). On conviendra néanmoins que, premièrement, le lien entre l'emploi de l'article 100 [art. 94] et l'échéance du 31 décembre 1969 n'est en rien comparable au lien fort et organique entre l'emploi de l'article 100A [art. 95] et l'échéance du 31 décembre 1992; et, deuxièmement, que l'article 100 [art. 94] constitue un article refuge, un dernier rempart (hormis un hypothétique recours à l'article 235 [art. 308] (17)) dont la démolition entraînerait l'impossibilité de «nouvelles» harmonisations et, partant, l'asphyxie progressive de pans entiers de la construction communautaire.

(15) *Contra*, plutôt, Andrea R. ZIEGLER, *Trade and Environmental Law in the European Community* (Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 165) et Peter OLIVER, *Free Movement of Goods in the EEC* (London, European Center Law Ltd, 2^e édition, 1988, spéc. 354), qui comptent pourtant parmi les rares auteurs à se poser la question du statut de l'article 100A [art. 95] dans l'après-1993 (mais sans apporter de réponse définitive). A noter en tout cas que le parallélisme des formes n'a pas toujours été respecté dans la Communauté et notamment en matière d'harmonisation. Ainsi, plusieurs directives adoptées sur la base de l'article 100 avant 1987 ont été modifiées après cette date sur la base de l'article 100A [art. 95].

(16) Cela dit, plusieurs directives postérieures à 1992 semblent faire œuvre d'harmonisation à propos de «nouvelles» activités (voir une liste d'exemples in ADAM, *op. cit.*, p. 688). Dans la troisième édition de son ouvrage *Free Movement of Goods in the EEC* (London, Sweet and Maxwell, 1996, p. 369), P. OLIVER se contente d'observer que le Conseil continue toujours à «basier» ses mesures d'harmonisation sur l'article 100A [art. 95], tandis qu'une solution différente «would have made little sense». Pourtant, *ex iniuria non fit ius!*

(17) On signalera au passage que, assez curieusement, la procédure dans le cadre de l'article 100 [art. 94] (tout comme celle dans le cadre de cet autre article sur l'harmonisation qu'est l'article 99 [art. 93]) est plus lourde que celle de l'article 235 [art. 308]. En effet, ce dernier ne prescrit pas la consultation du Comité économique et social.

Il resterait une dernière objection au sujet de l'élimination de l'article 100A [art. 95] par rapport à l'harmonisation de «nouvelles» activités. L'article 100 [art. 94] et l'article 100A [art. 95] n'auraient pas le même objectif : si le premier vise l'établissement du «marché commun», le second vise l'établissement du «marché intérieur», avec ceci comme risque au cas où la notion de «marché intérieur» serait plus large que celle de «marché commun» (18) : l'impossibilité d'harmoniser (sauf, toujours, recours à l'article 235 [art. 308]) de «nouvelles» activités relevant du «marché intérieur» mais non point du «marché commun». Il serait vain de vouloir tirer de quelconques renseignements concernant ces deux notions des appellations dont le texte les affuble. On constatera, de même, que si l'article 7A [art. 14], al. 2 définit le «marché intérieur», jamais aucune disposition du traité ou du droit dérivé n'a défini le «marché commun». Ce nonobstant, il serait difficile de voir dans le «marché commun» quelque chose de fondamentalement différent du «marché intérieur». Si l'on veut voir dans le premier un ancêtre du second, force est de convenir qu'il ne s'agit nullement de son pithécantrophe ; il appartient lui aussi à la lignée des «sapiens» (19) (20).

Ayant ainsi établi les limites d'application de l'article 100A [art. 95], on se consacrera à l'étude des pouvoirs des États «avancés». A un pouvoir de nature positive, celui de voir l'harmonisation communautaire s'établir à un «niveau élevé» (I) correspond un pouvoir de nature négative, celui de se soustraire à l'obligation d'appliquer une mesure d'harmonisation ne satisfaisant pas à l'exigence du «niveau élevé» (II).

I. — UN «NIVEAU DE PROTECTION ELEVE»

Une des premières victoires remportées par les États «avancés» de la Communauté européenne se trouve consacrée dans la brève disposi-

(18) Une minorité d'auteurs considère néanmoins qu'il s'agit exactement de l'inverse. On ne peut s'étendre ici davantage sur la question.

(19) Ainsi, par exemple, déjà dans son arrêt *Deutsche Grammophon GmbH c. Metro*, (8 juin 1971, aff. 78/70, *Rec.*, p. 487), la CJCE admettait que le «but essentiel du traité [...] tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique» (point 12).

(20) Il est inutile de s'attarder sur la clause de l'article 100 [art. 94], selon laquelle l'harmonisation est entreprise uniquement en cas de présence d'une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Cette clause a été interprétée de manière tellement large qu'elle a considérablement perdu de sa substance (voir, parmi d'autres, R. KOVAR dans son commentaire de l'article 100 [art. 94] in CONSTANTINESCO, JACQUÉ, KOVAR, SIMON (éds), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 552). En ne la reprenant pas, les rédacteurs de l'article 100A [art. 95] se sont tout simplement conformés à la pratique communautaire. Pourtant, la formule utilisée à l'article 100A § 1 [art. 95 § 1] («rapprochement des dispositions [...] des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur») n'est pas des plus réussies. Comme Ulrich EVERLING l'observe malicieusement («Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes», *Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, pp. 1155-1169, spéc. p. 1169), ce ne sont point les dispositions nationales à qui on peut confier cette mission...

tion de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] qui énonce, dans sa version de 1992 :

«La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé.»

Il est à signaler que, parmi les différents articles du traité ayant trait à l'harmonisation, qu'ils soient «généralistes» ou «spécialistes», seul l'article 100A [art. 95] contient une telle disposition (21). Dans un article typiquement de procédure, les rédacteurs de l'Acte unique européen ont donc glissé une disposition de fond. On peut facilement imaginer l'âpreté des négociations sur ce point (22).

§ 1^{er}. — Quel «niveau»?

Les enjeux qui se cachent derrière la disposition du paragraphe 3 sont considérables, surtout en matière de libre circulation des marchandises, celle parmi les libertés communautaires qui semble être plus particulièrement visée par cette disposition. On sait en effet que la jurisprudence *Cassis de Dijon* (23), en transposant la jurisprudence *Dassonville* (24) dans le domaine des réglementations techniques, avait pu faire l'objet d'une critique qui, quoique parfois sévère, était loin d'être dénuée de pertinence. La règle de la reconnaissance mutuelle des produits «fabriqués ou commercialisés légalement» dans d'autres Etats membres risquait d'orienter les fabricants vers la solution du moindre effort en matière de qualité de leurs produits. La production communautaire en général risquait de connaître les affres du nivellement par le bas, tant les économies réalisées par une mau-

(21) Voir néanmoins plus loin pour une analyse des articles 129A [art. 153] § 1 et 130R [art. 174] § 2. A noter que l'article 129 [art. 152] § 1 al. 1 indique que «la Communauté contribue à assurer un *niveau élevé de protection* de la santé humaine» (disposition qui a été modifiée par le traité d'Amsterdam dans un sens encore plus favorable aux standards élevés), que, selon l'article 130F [art. 163] § 2 al. 1, la Communauté encourage les entreprises et les universités dans «leurs efforts de recherche et de développement technologique de *haute qualité*» et que, suivant l'article 126 [art. 149] § 1, la Communauté contribue «au développement d'une *éducation de qualité*». Cependant, les articles 126 [art. 149] § 4 (éducation), 127 [art. 150] § 4 (formation professionnelle) et 128 [art. 151] § 5 (culture), excluent *expressis verbis* toute harmonisation dans les domaines respectifs. Implicitement, cette exclusion semble aussi affecter le domaine de la recherche et du développement technologique (articles 130F — 130P [art. 163-173]). Sous l'empire du traité de Maastricht, cela est également vrai en ce qui concerne l'article 129 [art. 152] § 4 (santé publique). En revanche, sous l'empire du traité d'Amsterdam, le nouveau paragraphe 4 de l'article 129 [art. 152] autorise implicitement le Conseil à adopter des mesures d'harmonisation dans certains domaines spécifiquement énumérés.

(22) De faibles échos nous sont transmis par Jean DE RUYT, *L'Acte unique européen* (Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 1989, p. 170). LANGEHEINE (*op. cit.*, 1995, n^o 51) relativise la problématique en certifiant que l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] n'a fait que codifier une évidence.

(23) 20 février 1979, aff. 120/78 *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Rec., p. 649).

(24) 11 juillet 1974, aff. 8/74 (Rec., p. 837).

vaise qualité des produits était susceptible de placer leurs fabricants dans une position concurrentielle privilégiée (25), position qui, quasi-automatiquement, inciterait les autres producteurs à les imiter. Pour paraphraser un phénomène monétaire bien connu, on pourrait dire que la mauvaise marchandise risquait de chasser la bonne, cela au détriment de la production communautaire prise globalement. Mais, naturellement, ce ne serait pas tant la position de la Communauté européenne dans le contexte international qui en souffrirait que celle des producteurs des États membres exposés, eux, le cas échéant, à des mesures nationales de garantie de la qualité. En effet, il convient de lire la jurisprudence *Cassis de Dijon* en combinaison avec la théorie de la discrimination à rebours (26).

Certes, il ne faut perdre de vue que la CJCE était assez consciente de tous ces problèmes quand elle énonçait sa théorie de la reconnaissance mutuelle des produits et, plus particulièrement, de leur mode de fabrication. Dans ce même arrêt du 20 février 1979, elle a aussi énoncé sa théorie des exigences impératives, lesquelles autorisent un État membre à s'opposer à l'importation sur son territoire de certains produits pour des raisons tenant «notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs».

Véritable face cachée de l'arrêt *Cassis de Dijon*, la théorie des exigences impératives est destinée à faire mieux accepter la jurisprudence combinée *Cassis de Dijon* — *Dassonville*. Les deux aspects de cette jurisprudence (reconnaissance mutuelle — exigences impératives) «sont fondamentalement indissociables» (27). Cela dit, les «exigences impératives» ne constituent pas le pendant exact de la reconnaissance mutuelle. C'eût été le cas que la Cour eût retiré d'une main, à la construction européenne, ce qu'elle lui eût donné de l'autre. La théorie des exigences impératives ne couvre, en négatif, qu'une partie infime du terrain couvert par la théorie de la recon-

(25) Cf. Andrea GIARDINA, «Il mercato interno alla luce dell'Atto Unico», *Rivista di diritto europeo*, 1991, pp. 279-287, spéc. p. 285.

(26) Cf. *Jongeneel Kaas*, 7 février 1984, aff. 237/82, *Rec.*, p. 483. Il ne manque pourtant pas d'auteurs pour s'interroger sur la survivance de cette théorie dans le cadre du marché intérieur, «espace sans frontières intérieures». Voir pour une riche argumentation en ce sens, Norbert REICH, «Binnenmarkt als Rechtsbegriff», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991, pp. 203-210. Voir aussi la position plus nuancée de Astrid EPINEY, *Umgekehrte Diskriminierungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1995, p. 215 et s. et de Stéphane DANGER, «Le droit communautaire et la discrimination à rebours : vers un marché intérieur inachevé», *Annales de l'école doctorale de l'Université de Lille II*, 1997, n° 5, pp. 225-298, spéc. pp. 278 et s.

(27) Vassilis HATZOPOULOS, «Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout?», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, pp. 191-236, spéc. p. 229.

naissance mutuelle (28), ce qui signifie qu'une importante marge de manœuvre est créée « en faveur » de l'éventuel abaissement de la qualité des produits communautaires. Plus simplement, seule la très mauvaise qualité, susceptible d'engendrer des risques pour le consommateur, l'environnement, etc., pourra être sanctionnée par le droit communautaire et ce de manière indirecte, par le biais des droits reconnus à l'Etat membre d'importation. On peut le regretter mais on voit mal ce que l'institution chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité » pourrait faire de plus. La tâche d'aller *contra legem* afin de compléter positivement l'article 30 [art. 28] (vu à la lumière de la jurisprudence *Cassis de Dijon — Dassonville*) n'incombait manifestement pas à la CJCE mais aux Etats membres par le biais de la révision du traité.

S'il est donc indéniable que la disposition de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] est fille naturelle de la jurisprudence *Cassis de Dijon — Dassonville* (29), on est, par contre, en droit de s'interroger sur l'intensité normative de cette disposition. En particulier, l'injonction faite à la Commission de prendre « pour base un niveau de protection élevé » constitue-t-elle autre chose qu'une simple orientation politique assignée par les rédacteurs de l'Acte unique européen à la Commission ? (30) S'agit-il au contraire d'une disposition sanctionnable ?

Certes, tout d'abord, la sanction peut être de nature politique. Si le niveau de protection envisagé par la Commission dans sa proposition n'était pas jugé « élevé » par les deux organes politiques, le Conseil et le Parlement européen, appelés à adopter l'acte communautaire, la proposition

(28) Et c'est évidemment bien logique. La reconnaissance mutuelle, garantie absolue de la libre circulation des marchandises, s'appuie solidement sur l'article 30 [art. 28]. La théorie des exigences impératives, de construction largement prétorienne, ne saurait être que l'exception à la règle. Les termes clairs : « exigences » et « impératives » traduisent bien la prudence de la position de la Cour.

(29) On ne sera pas étonné de voir que les domaines d'application de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] coïncident assez largement avec ceux dans lesquels s'applique la théorie des exigences impératives.

(30) La réponse des auteurs est généralement négative. Ainsi, notamment, C.D. EHLERMANN, « The Internal Market Following the SEA », *Common Market Law Review*, 1987, pp. 361-409, spéc. p. 389; George A. BERMANN, « The Single European Act : A New Constitution for the Community ? », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1989, pp. 529-587, spéc., p. 541; HAYDER, *op. cit.*, p. 675; Hans-W. MICKLITZ et Stephen WEATHERILL, « Consumer Policy in the EC » (in N. REICH et G. WOODREFFE, eds, *European Consumer Policy after Maastricht*, Dordrecht, Kluwer, 1994, pp. 3-39, spéc. p. 14); André DECOCQ, *Droit communautaire des affaires*, vol. I : *Droit professionnel communautaire*, Paris, Les Cours de Droit, 1995, pp. 232-233. Gert MEIER, « Einheitliche Europäische Akte und Freier EG-Warenverkehr », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 537-542, spéc. p. 539 est le plus véhément de tous quand il indique que cette disposition constitue une « bloße Beruhigungsspielle für Staaten wie Dänemark oder Deutschland ». D'autres auteurs, comme François ROELANTS DU VIVIER et Jean-Pierre HANNEQUART (« Une nouvelle stratégie européenne pour l'environnement dans le cadre de l'Acte unique », *Revue du marché commun*, 1988, pp. 225-231, spéc. p. 229), Kay HAILBRONNER (« Der 'nationale Alleingang' im Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Abgastandards für Pkw », *Europäische Grundrechtszeitschrift* 1989, pp. 101-122, spéc. p. 114) et Ludwig KRÄMER (*EC Treaty and Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2^e édition, 1995, spéc. p. 51), se montrent en général davantage optimistes.

«défectueuse» de la Commission pourrait ne pas être transformée en acte communautaire. Cependant, l'éventuelle sanction qui nous intéresse le plus est la sanction juridique, et notamment juridictionnelle. Deux questions surgissent spontanément : Qu'est-ce qu'il peut être reproché à la Commission ? Par qui ?

Il peut être reproché à la Commission d'avoir retenu comme base de sa proposition un niveau de protection trop élevé ou bien, à l'opposé, un niveau non élevé. Les auteurs sont généralement d'accord pour considérer que la formule sagement vague de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] empêche la Commission de se reporter à la pratique en vigueur dans les États les plus soucieux de protéger l'environnement, les consommateurs, etc. (31) Le danger d'une telle interprétation est qu'elle insinue le devoir pour la Commission de se reporter quand même à la pratique législative, administrative ou autre des États membres et de chercher à dégager en quelque sorte une moyenne communautaire de protection. Or, déjà, il n'est pas clair du tout comment une telle moyenne pourrait — ou devrait — être dégagée. Par exemple, un État vaudrait-il un État ou bien une espèce de moyenne «qualifiée» favorisant sans doute les cinq Grands, devrait-elle être privilégiée ? Comment traiter le cas des États membres où, avant l'harmonisation proposée, aucun «niveau de protection» n'existerait ? A supposer, malgré tout, qu'une telle moyenne communautaire puisse être correctement dégagée, il n'est nullement suggéré dans le texte de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] que celle-ci devrait automatiquement servir de base à la proposition de la Commission.

Faut-il de toute façon entraver aussi considérablement la marge de manœuvre de la Commission ? Il convient de rappeler que sa marge — cas rare dans le traité ! (32) — est déjà limitée par l'orientation de principe qui lui est imposée. Même si l'objectif premier de toute harmonisation est de rapprocher, la dépendance du niveau de protection à proposer du niveau de protection existant dans les États membres ne semble pas trouver dans le texte un appui inconditionnel. Il serait tentant de considérer que, *in ultimo*, l'obligation du «niveau de protection élevé» n'est pas tant ... protectrice des États «avancés» que du citoyen communautaire. Il ne serait pas trop audacieux d'estimer que la proposition de la Commission devrait s'affranchir des

(31) Cf. Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, 2^e édition, p. 169 ; Bernd LANGHEINE, «Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100A [art. 95] du traité CEE : l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales», *Revue du marché commun*, 1989, pp. 347-359, spéc. p. 352 ; M. RÖTTINGER, commentaire de l'article 100A [art. 95] in Carl-Otto LENZ, éd., *Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften*, Köln, Bundesanzeiger, 1994, p. 639. *Contra*, apparemment, KRÄMER, *op. cit.* (1995), p. 50. Voir aussi le scepticisme de Daniel VIGNES in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 323.

(32) Seul cas dans l'ensemble du traité selon Sophie BAZIADOLY, *Le droit communautaire de l'environnement depuis l'Acte unique européen jusqu'à la Conférence intergouvernementale*, Bruxelles, Bruylant — Editions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 59.

niveaux de protection en vigueur dans les Etats membres. D'ailleurs, dans des cas extrêmes, et, sans doute, assez exceptionnels, la proposition de la Commission pourrait — et devrait! — prendre comme base de protection un niveau plus élevé que le niveau dans l'Etat le plus avancé, s'il est constaté que celui-ci se situe assez bas dans l'échelle de protection que les conseillers scientifiques de la Commission établiraient de manière indépendante (33). En ce qui concerne plus spécifiquement la protection de l'environnement, cela ressort clairement de l'article 130R [art. 174] § 3 selon lequel « dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, la Communauté tient compte des données scientifiques et techniques disponibles » (34).

Le traité d'Amsterdam transpose, dans une certaine mesure, la solution particulière de la protection de l'environnement à l'ensemble des domaines mentionnés à l'article 100A § 3 [art. 95 § 3]. En effet, selon le nouveau paragraphe 3,

« la Commission [...] prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques ».

La présence, dans cette phrase, de l'adverbe « notamment » indique que la prise en compte des données scientifiques ne peut être l'unique facteur qui déterminera le « niveau » que devrait consacrer la proposition de la Commission. De même, les données scientifiques ne sauraient en toute hypothèse primer les autres facteurs éventuellement pertinents, comme, par exemple, le coût financier, le coût social ou encore les autres facteurs mentionnés à l'article 130R [art. 174] § 3 (par rapport à la protection de l'environnement).

Ce qui est encore plus intéressant dans la modification apportée par le traité d'Amsterdam est le fait que la Commission devra dorénavant suivre de près « toute nouvelle (35) évolution »; elle devra donc, le cas échéant, soumettre au Conseil de nouvelles propositions d'harmonisation visant à la modification, selon des standards plus rigoureux, d'une harmonisation antérieurement obtenue, mais, scientifiquement, déjà dépassée. Le degré élevé du « niveau » n'est donc pas acquis une fois pour toutes.

§ 2. — *Quels moyens de protection du « niveau » ?*

Qu'un Etat membre puisse reprocher à la Commission d'avoir retenu comme base de protection un niveau trop élevé est naturellement légitime

(33) C'est évidemment, après, une question politique, et non juridique, pour la Commission de trouver les arguments susceptibles de mobiliser au sein du Conseil une majorité qualifiée en faveur de sa proposition.

(34) Naturellement, cette disposition vise en tout premier lieu la Commission, qui, selon l'article 130S [art. 175] § 1, possède l'initiative législative en la matière (application, jusqu'à maintenant, de la procédure de l'article 189C [art. 252]; application, une fois le traité d'Amsterdam entré en vigueur, de la procédure de l'article 189B [art. 251]).

(35) Pourrait-il donc y avoir des évolutions anciennes ?

et ne pose pas en soi de problèmes particuliers. En irait-il autrement d'un Etat membre reprochant à la Commission de ne pas avoir retenu comme base de protection un niveau assez élevé du moment ou un tel Etat peut avoir recours aux procédures — qu'on étudiera plus loin — des paragraphes 4 et 5 de l'article 100A [art. 95, §§ 4 à 9 et § 10, respectivement]? Il est vrai que cet Etat pourra, dans une certaine mesure, échapper aux conséquences d'un acte communautaire adopté sur la base d'un niveau de protection qui ne lui conviendrait pas. Mais, d'abord, les procédures des paragraphes 4 et 5 [§§ 4-9 et 10], perturbatrices, comme on le verra, du bon fonctionnement du marché intérieur, relèvent de la pathologie de l'harmonisation. Or, ici comme partout ailleurs, mieux vaut prévenir que guérir et, puis, dans le cadre de l'examen de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3], on se trouve en amont du mécanisme complexe de l'harmonisation.

Le Conseil lui-même pourrait éventuellement reprocher à la Commission le niveau de protection qu'elle a choisi de retenir. Cela peut paraître étrange du moment que le Conseil pourra tout simplement, si le niveau de protection ne lui convient pas, ne pas adopter la mesure d'harmonisation que la Commission lui propose. Il peut le paraître moins si l'on considère que le Conseil a besoin de l'unanimité (36) afin de substituer un autre niveau de protection à celui que la Commission lui propose (articles 189A [art. 250] § 1 et 189B [art. 251] § 3), tandis qu'il peut se contenter d'une majorité simple afin d'adresser ses reproches à la Commission (article 148 [art. 205] § 1).

De même, le Parlement européen peut avoir intérêt à agir en amont et ne pas attendre l'enclenchement de la procédure de l'article 189B [art. 251], procédure qui est, depuis le traité sur l'Union européenne, celle de l'harmonisation entreprise dans le cadre de l'article 100A [art. 95]. En effet, il faut au Parlement réunir la majorité absolue des voix des membres qui le composent pour qu'il rejette la position commune du Conseil, elle-même fondée *ex hypothesi* sur la proposition «défectueuse» de la Commission (article 189B § 2 al. 3, *litt.* c [art. 251 § 2 al. 3, *litt.* b]). La même majorité renforcée est exigée pour qu'il puisse voter des amendements à la position commune (article 189B § 2 al. 3, *litt.* d [art. 251 § 2 al. 3, *litt.* c]). En revanche, une majorité des voix exprimées serait suffisante pour que le Parlement européen puisse adresser ses reproches à la Commission.

Il est légitime ensuite de s'interroger sur les canaux juridictionnels que les remontrances d'un Etat membre, du Conseil ou du Parlement européen peuvent emprunter afin d'atteindre la Commission, considérée, par hypothèse, comme coupable de ne pas avoir respecté l'obligation que lui impose l'article 100A § 3 [art. 95 § 3]. Force est ici de constater que la proposition de la Commission, en tant que simple acte préparatoire, ne peut être atta-

(36) D. VIGNES, *op. cit.*, 1993, p. 322, en tire la conclusion que le paragraphe 3 de l'article 100A [art. 95] atteint ainsi indirectement le Conseil.

quée en annulation. On peut de même difficilement envisager l'annulation de l'acte final adopté sur la base d'une proposition non conforme à l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] puisque le Conseil et le Parlement européen, dont émane *in fine* l'acte communautaire, contrairement à la Commission, ne sont pas formellement liés par l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] tel qu'il existe dans sa version de 1992 (37).

Pourrait-il en aller différemment dans les cas spécifiques de la protection des consommateurs et de la protection de l'environnement ? Dans le premier cas, suivant l'article 129A [art. 153] § 1 (38),

« La Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par [...] des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100A [art. 95] dans le cadre de la réalisation du marché unique ».

Il est manifeste ici que l'obligation de « réalisation d'un niveau élevé de protection » ne pèse pas spécifiquement sur la Commission, mais sur la Communauté dans son ensemble (39). C'est donc l'acte final d'harmonisation issu du Conseil qui est susceptible d'être attaqué en annulation pour non-réalisation du niveau indiqué.

De même, en matière de protection de l'environnement, les éventuelles mesures d'harmonisation arrêtées par le Conseil (40) sur la base de l'article 130S [art. 175] § 1 doivent, d'après l'article 130R [art. 174] § 2 al. 1, viser un « niveau de protection élevé ». Est-ce pour autant que des actes concrets du Conseil risqueraient l'annulation en cas de non-respect de l'obligation ci-dessus ? Le doute est permis étant donné la formulation assez vague des dispositions respectives du traité. Ainsi, suivant l'article 130R [art. 174] § 2 al. 1,

« La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté ».

La différence des « situations », intégrée dans le résultat final (41), ne peut aboutir logiquement qu'à une relativisation du degré élevé de la protec-

(37) Voir *infra* pour une modification intéressante introduite par le traité d'Amsterdam.

(38) Le traité d'Amsterdam modifie cette disposition mais sans en changer la substance.

(39) Cf. Hans-W. MICKLITZ et Norbert REICH, « Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union — Perspektiven für 1993 », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1992, pp. 593-598, spéc. p. 596.

(40) Conjointement par le Conseil et le Parlement européen depuis le traité d'Amsterdam (voir *supra* note 34).

(41) On peut bien sûr pallier cette difficulté en édictant des règles spéciales pour les « situations » spéciales, mais une systématisation de ce palliatif aurait peu de chose à voir avec une « politique de la Communauté » en la matière, politique qui ne peut être que globale. Cela dit, on peut toujours s'interroger sur les chances de contrôle judiciaire d'une mesure qui n'assurerait pas un « niveau de protection élevé » par rapport aux « situations » qui resteraient après qu'elle eut prévu des règles spéciales pour les « situations » posant problème.

tion (42). En d'autres termes, une marge d'appréciation considérable est reconnue aux institutions communautaires, marge qui rend tout contrôle de la Cour de justice assez illusoire. De même, dans le domaine de la protection des consommateurs («La Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé»), de larges marges sont conférées aux institutions de la Communauté, bien plus larges en tout cas que celles reconnues à la Commission lors de la formulation de ses propositions en vertu de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3].

Quoi qu'il en soit, même au cas peu probable où la proposition «défectueuse» de la Commission arriverait à vicier une mesure d'harmonisation du Conseil et du Parlement européen à un point tel que son annulation serait envisageable (43), la solution du recours à l'article 173 [art. 230] n'est pas la solution idéale étant donné le traumatisme que l'annulation d'un acte, comparable à une intervention chirurgicale, peut provoquer dans l'ordre juridique communautaire (notamment, existence d'une lacune dans un domaine où l'harmonisation a été jugée nécessaire) (44). La nécessité de moyens juridictionnels plus «doux» et surtout situés en amont peut donc se faire sentir. Comme l'article 100A [art. 95] n'aménage aucun recours spécifique à l'encontre d'une proposition «défectueuse» de la Commission, il ne reste aux éventuels requérants que la voie indirecte du recours en carence.

Il serait faux de croire que le recours en carence vise exclusivement l'absence d'actes au sens de l'article 189 [art. 249]. Tout au plus pourra-t-on prétendre que le recours en carence est ainsi limité dans son objet quand il est intenté par des personnes physiques ou morales (article 175 [art. 232] al. 3). Les requérants privilégiés peuvent, en revanche, intenter ce recours plus généralement dans le cas où, «en violation du présent traité, [...] la Commission s'abstien[t] de statuer» (article 175 [art. 232] al. 1) (45). Certes,

(42) Ainsi aussi Claude BLUMANN, «Compétence communautaire et compétence nationale», in Travaux de la CEDECE, Colloque d'Angers, *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 63-105, spéc. p. 90. Le même auteur fait un rapprochement intéressant de cette disposition avec celle de l'article 130R [art. 174] § 3 *in fine*.

(43) Claude BLUMANN (*La fonction législative communautaire*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 42-43) fait à ce sujet part de son scepticisme.

(44) L'article 173 [art. 231], en vertu duquel la Cour peut maintenir en vigueur certains des effets d'un règlement annulé, pourrait adoucir la situation; il ne concerne pourtant que les règlements. L'arrêt du 7 juillet 1992 *Parlement européen c. Conseil*, aff. C-295/90 («droit de séjour des étudiants»), *Rec.*, p. I-4193) a cependant fait une application analogue en cas d'annulation d'une directive.

(45) La doctrine est partagée. Dans le sens défendu dans le texte et, plus particulièrement, en ce qui concerne les propositions de la Commission, Bernard POMMIES, «Recours en carence», *Jurisclasseur Europe*, Paris, 1991, vol. 1, Fasc. 340, n° 15, Michel WAELBROECK et Denis WAELBROECK dans leur commentaire de l'article 175 [art. 232] in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE* (vol. 10, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 181), BLUMANN, *op. cit.* (1995), pp. 41-42, Joël MOLINIER, *Droit du contentieux européen*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 72, ainsi que, apparemment, Pascal GIRERD, *Aspects juridiques du traité Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 97. *Contra* A. BARAV, «Recours en carence», in Ami BARAV et Christian PHILIP (éds), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 157-161, spéc. p. 157) et Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 373,

on peut rétorquer que la Commission a, dans l'hypothèse examinée ici, bel et bien statué et que, partant, le recours à l'article 175 [art. 232] est inopérant. En effet, le maniement de la clause «en violation du présent traité» est délicat. Elle se rapporte non point à l'acte de statuer, en violation du traité, hypothèse qui relève de l'article 173 [art. 230], mais à l'«acte» de s'abstenir de statuer. Ce qui est reproché à l'institution, dans le cadre du recours en carence, n'est pas le contenu de l'action mais l'absence d'une action quelconque. Cette analyse classique est sans doute correcte dans la mesure où fort rarement dans le traité l'action des institutions est orientée dans un sens précis. Il y a pourtant aussi des dispositions du traité qui colorent d'une manière déterminée l'action future des institutions. La disposition de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] en est un des meilleurs exemples (46). Il est donc proposé d'interpréter le terme «statuer» dans l'article 175 [art. 232] al. 1 de manière telle à ce que l'orientation insufflée par le traité à l'action éventuelle de la Commission puisse y être incorporée. En somme, la carence ne consisterait plus seulement dans l'abstention de statuer, mais aussi dans l'abstention de statuer conformément aux exigences du traité (47). L'objection qui pourrait être faite à une telle interprétation de l'article 175 [art. 232] al. 1 est naturellement qu'elle obscurcit la distinction entre recours en carence et recours en annulation. Il n'en est pourtant rien. Le mécanisme de l'article 175 [art. 232] ne pourra toujours pas être enclenché que lorsque l'abstention «de statuer» est illicite («en violation du présent traité»). C'est notamment faute de cette condition qu'un recours en carence sera souvent rejeté et l'on peut naturellement se demander quelle disposition du traité obligerait la Commission à soumettre des propositions d'harmonisation au Conseil. Dans l'absolu, aucune; mais, dans notre hypothèse, la Commission a déjà soumis une proposition, quoique une proposition «défectueuse». Elle a donc déjà reconnu la nécessité d'harmoniser les réglementations nationales dans un domaine donné. Pour parler familièrement, elle s'est déjà «mouillée». Il serait donc contraire à son obligation

n° 382. *Contra* aussi J. RIDEAU (dans son commentaire de l'article 175 [art. 232] in CONSTANTINESCO, JACQUÉ, KOVAR, SIMON (éds), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1065) qui soutient, «par référence avec [es] acte[s] susceptible[s] de recours en annulation», que seuls ceux-ci ou, plutôt, l'absence de ceux-ci peut être constatée par le recours de l'article 175 [art. 232]. Pourtant, une telle interprétation restrictive ne tient pas compte de la lettre de l'article 175 [art. 232] al. 1^{er}, efface considérablement la distinction entre l'alinéa 1^{er} (requérants privilégiés) et l'alinéa 3 (requérants ordinaires) et inféode l'article 175 [art. 232] à l'article 173 [art. 230]. Voir aussi, à cet effet, la comparaison qu'effectue l'arrêt du 22 mai 1985 (*Parlement européen c. Conseil*, aff. 13/83, *Rec.*, p. 1513, point 34) entre la formulation restrictive des versions allemande et néerlandaise et celle des autres versions linguistiques «libellées de manière à pouvoir inclure une carence moins nettement circonscrite» que celle consistant dans l'abstention des institutions d'adopter des actes susceptibles d'annulation.

(46) Voir *supra* note 32.

(47) Pour Pascale KROMAREK («Commentaire de l'Acte unique européen en matière d'environnement», *Revue juridique de l'environnement*, 1988, n° 1, p. 87), le recours en carence serait uniquement justifié dans l'hypothèse où la Commission proposerait un niveau de protection inférieur au niveau le moins élevé prévu dans un Etat membre.

«d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun» (48) que de s'abstenir de statuer *conformément* au traité.

Une ultime objection contre l'utilisation du recours en carence pourrait éventuellement viser son degré d'utilité réelle. L'expérience montre que le recours en carence, s'il se révèle une excellente arme politique aux mains d'institutions quelque peu délaissées (49), ne donne que peu de résultats concrets. Les résultats pourraient-ils être plus prometteurs dans l'hypothèse qui nous occupe ici, étant notamment donné l'orientation concrète insufflée à la proposition de la Commission par l'article 100A § 3 [art. 95 § 3]? De prime abord, pas du tout. L'expression «un niveau de protection élevé» demeure, malgré tout, assez vague et ménagé, suivant les cas, une importante marge de manœuvre au profit de la Commission. Il reste donc exclu que la Cour puisse substituer sa propre appréciation à celle de la Commission (50). Mais, d'autre part, par la force des choses (la Commission ne manquera pas de soutenir qu'elle a «statué»), la Cour sera amenée à examiner la proposition déjà soumise par la Commission et considérée par les requérants comme ne prenant pas pour base un niveau de protection convenable. Des marges seront, ne serait-ce qu'implicitement, prescrites à la Commission. En cas de condamnation pour carence, la Commission saura que le niveau de protection contenu dans sa proposition n'est pas, aux yeux de la Cour, «élevé». Même si la Commission persiste, il est douteux que le Conseil ou le Parlement donnent leur accord à un acte qui serait désapprouvé par la Cour. En bref, le réel intérêt du recours en carence consiste dans le fait qu'on pourra faire l'économie des épuisantes navettes entre Conseil et Parlement dans le cadre de l'article 189B [art. 251]. En outre, et surtout, la phase précontentieuse de l'article 175 [art. 232] pourra faire prendre à la Commission, de manière plus solennelle, la mesure de la «défectuosité» de sa proposition ou, à tout le moins, la mesure de la détermination des Etats opposés à celle-ci.

Enfin, ici comme ailleurs, le recours en carence révèle sa véritable nature d'arme de dissuasion ; son utilité ne réside pas tant dans son utilisation que dans la menace de son utilisation qui, déjà, suffira pour sensibiliser la Commission laquelle, de surcroît, s'exposera comme le seul responsable et ne pourra même pas s'abriter derrière des amendements ajoutés par le Conseil ou le Parlement européen auxquels elle aurait acquiescé. Il est à signaler à cet égard que l'obligation pour la Commission de prendre comme base de sa proposition un niveau de protection élevé ne s'épuise pas dans sa seule proposition initiale. Elle a également l'obligation de s'opposer à tout amendement à sa proposition qui tendrait à établir un niveau de protection non

(48) Article 155 [art. 211] CE.

(49) On songera à l'arrêt précité *Parlement européen c. Conseil* du 22 mai 1985 (aff. 13/83), *Rec.*, p. 1513.

(50) Cf. Maurice-Christian BERGERES, *Contentieux communautaire*, Paris, PUF, 2^e éd., 1994, p. 229, n^o 212.

élevé. Dans le cas contraire, la Commission pourrait facilement contourner l'obligation que l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] fait peser sur elle.

On peut enfin s'interroger sur le degré de modification réelle apportée à toute cette problématique par le traité d'Amsterdam. Celui-ci ajoute à l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] une seconde phrase ainsi conçue :

« Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif. »

Une obligation du Parlement et du Conseil de garantir un « niveau de protection élevé » pourrait faciliter un recours en annulation contre un acte n'atteignant pas cet objectif, puisque le vice de l'acte ne se trouverait plus seulement dans la racine (la proposition *ex hypothesi* défectueuse de la Commission) mais également dans le tronc et les branches (l'attitude des deux coauteurs de l'acte). L'obligation du « niveau élevé » ne pèserait donc pas uniquement sur la Commission mais sur la Communauté toute entière (51). En ce sens, l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] se rapprocherait de l'article 130R [art. 174] § 2 (protection de l'environnement). Ce nonobstant, en vertu du nouvel article 100A § 3 [art. 95 § 3], le Parlement et le Conseil n'assument qu'une faible obligation de comportement, ainsi que l'emploi du verbe « s'efforcent » le suggère nettement. Inversement, la faiblesse de ce verbe souligne, par juxtaposition, et si besoin était, la solidité de l'indicatif présent « la Commission [...] prend pour base un niveau de protection élevé ».

§ 3. — § 3. Menaces pesant sur le « niveau »

Elles sont relativement nombreuses, mais on se consacrera ici à l'analyse de celles véhiculées par les articles 7C [art. 15] et 100B. On renverra pour ce qui est de l'article 130R [art. 174] § 2 al. 1, relatif à la protection de l'environnement, à des développements ultérieurs (52). On négligera par contre l'incidence que peut avoir sur le « niveau » la disposition de l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 5 à 9]. Cette disposition, examinée en détail dans la partie II de la présente étude, offre notamment aux États membres la possibilité d'un « opting out » au cas où ils jugeraient que le niveau de la mesure communautaire d'harmonisation n'est pas suffisamment élevé. Suivant les cas et les majorités réunies au sein du Conseil et du Parlement européen, cet « opting out » peut agir positivement ou négativement sur le « niveau ». Positivement, parce que, pour éviter les dérogations mettant en mal la cohésion communautaire, les institutions et, en premier lieu, la Commission seraient tentées d'élever considérablement le « niveau ». Mais la possibilité de dérogation

(51) Cf. R. BARENTS, « Het Verdrag van Amsterdam en het Europees gemeenschapsrecht. De materielrechtelijke en institutionele veranderingen », *Sociaal-economische Wetgeving*, 1997, pp. 351-365, spéc. p. 353.

(52) En revanche, on ne peut examiner dans cette étude les dispositions de l'actuel (version de 1992) — article 118A relatif à la politique sociale.

peut aussi agir négativement (53). Si un ou plusieurs Etats membres sont décidés de recourir à la dérogation parce que le niveau qu'ils exigent est bien plus élevé que ce que les autres Etats membres peuvent admettre, la Commission et les autres institutions pourront se contenter d'un niveau de protection nettement moins important. On s'aperçoit en tout cas que cette problématique est de nature bien plus politique que juridique, le tout n'étant qu'une question d'opportunité. En revanche, les articles 7C [art. 15] et 100B présentent pour le «niveau» des menaces de nature essentiellement juridiques.

A) *Contraintes imposées par les économies les moins avancées*

L'Acte unique européen a inclus dans le traité un nouvel article 7C [art. 15] (54) qui, dans son premier alinéa, énonce :

«Lors de la formulation de ses propositions en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article 7A [art. 14], la Commission tient compte de l'ampleur de l'effort que certaines économies présentant des différences de développement devront supporter au cours de la période d'établissement du marché intérieur et elle peut proposer les dispositions appropriées.» (55)

Les moyens de prise en compte des intérêts des économies les moins avancées sont largement laissés à la discrétion de la Commission. Logiquement, celle-ci a le choix entre trois moyens. Elle peut prévoir dans ses propositions des dérogations en faveur des économies les moins avancées; elle peut y inclure des clauses de sauvegarde susceptibles de leur venir en aide; elle peut y établir un niveau de contrainte pour les Etats membres tel qu'il ne mette pas en mal les économies les moins avancées.

L'article 7C [art. 15] ne réglemente que le premier moyen ci-dessus. Son deuxième alinéa est ainsi conçu :

«Si ces dispositions prennent la forme de dérogations, elles doivent avoir un caractère temporaire et apporter le moins de perturbations possible au fonctionnement du marché intérieur.»

S'il n'y a au demeurant rien de particulier à signaler à propos des clauses de sauvegarde, mécanisme éprouvé et largement connu du droit communautaire, le troisième moyen — agir sur l'étendue des contraintes impliquées par l'harmonisation — mérite des développements plus détaillés. Ce moyen sera privilégié par la Commission au cas où l'importance et le nombre des économies les moins avancées seront telles que l'utilisation des

(53) Ainsi EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 388 et HAYDER, *op. cit.*, p. 675.

(54) Il portait à l'origine le numéro 8C.

(55) Cette disposition ne se réfère pas spécialement à l'hypothèse de l'harmonisation des réglementations nationales. Son domaine est certainement beaucoup plus vaste, ainsi que sa place dans la Première Partie du traité («Les Principes») le démontre. Nul doute cependant que l'harmonisation, moyen privilégié pour accéder au marché intérieur, est directement concernée par l'article 7C [art. 15] al. 1.

dérogrations et clauses de sauvegarde risquerait de porter gravement atteinte à l'œuvre d'harmonisation. A une tentative d'harmonisation qui n'aurait plus d'harmonisant que le nom mieux vaudrait substituer l'abaissement du niveau communautaire des contraintes. Peut-être moyen résiduel de mise en œuvre de l'article 7C [art. 15] al. 1, l'abaissement du niveau n'en risque pas moins de heurter de front l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] ainsi que les deux articles qui, de près ou de loin, le complètent, les articles 129A [art. 153] § 1 et 130R [art. 174] § 2 al. 1.

En effet, disposition de portée générale, l'article 7C [art. 15] al. 1 couvre assurément les champs d'application des articles relatifs à l'harmonisation, entre autres des articles 100 [art. 94] et 100A [art. 95]. Or, si, juridiquement, la Commission dispose d'une totale liberté de fixer le «niveau» dans le cadre de l'article 100 [art. 94], de telle sorte qu'aucun problème de cohérence ne puisse opposer l'article 100 [art. 94] à l'article 7C [art. 15], l'on sait déjà que, en vertu de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3], la Commission «prend pour base un niveau de protection élevé» dans les domaines spécifiques de la santé, de la sécurité et de la protection de l'environnement et des consommateurs. On n'hésitera point à appliquer ici la règle «*lex specialis* [art. 100A [art. 95]] *derogat legi generali* [art. 7C [art. 15]]», ce qui aura comme conséquence que la contrainte imposée par certaines économies moins avancées ne pourra aboutir, dans les domaines cités, à un abaissement du niveau de protection (56).

Une fois encore, c'est le mode différent de vote au sein du Conseil qui assure la cohésion interne du système. Dans le cadre de l'article 100 [art. 94], la pression exercée sur le «niveau» par la prise en compte des intérêts des économies les moins avancées est efficacement contrecarrée par le droit de veto dont disposent les Etats membres. Dans le cadre de l'article 100A [art. 95], étant donné l'absence de droit de veto, la pression sur le «niveau» est contrebalancée par la disposition de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3]. Seule faille — importante et sans doute volontaire — du système : l'article 7C [art. 15] al. 1 pourra exercer une pression sur le niveau de protection dans les domaines couverts par l'article 100A [art. 95] autres que les quatre mentionnés au troisième paragraphe de celui-ci.

Il faut encore signaler que la suppression, dans ces quatre domaines (santé, sécurité, environnement et consommateurs), du troisième moyen de mise en œuvre de l'article 7C [art. 15] al. 1, à savoir l'abaissement du niveau de protection, ne supprime pas aussi l'obligation pour la Commission de tenir quand même «compte de l'ampleur de l'effort» que certaines économies moins avancées devront supporter. Aussi bien l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] n'invalide-t-il pas l'article 7C [art. 15] al. 1 dans les quatre

(56) Selon BLUMANN, *op. cit.*, p. 39, ces «injonctions contradictoires» (ex articles 100A [art. 95] et 7C [art. 15]) «s'annulent». Voir aussi du même auteur, *Politique agricole commune. Droit communautaire agricole et agroalimentaire*, Paris, Litec, 1996, p. 204, n° 339.

domaines matériels qu'il couvre mais, plus simplement, se borne-t-il à aiguiller la Commission dans le choix des moyens de mise en application de cette disposition. Des dérogations ou des clauses de sauvegarde au profit des économies les moins avancées devraient donc continuer à pouvoir figurer dans les propositions de la Commission.

Naturellement, un des points essentiels qui intéressent les économies (57) les moins avancées a trait à l'intensité normative de l'article 7C [art. 15] al. 1. La comparaison avec l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] est à cet égard instructive. Simple acte préparatoire ne faisant pas grief, une proposition de la Commission qui ne tiendrait pas compte de l'ampleur de l'effort que les économies les moins avancées devraient supporter ne saurait naturellement être attaquée en annulation. Il reste que, suivant l'interprétation proposée auparavant, la disposition de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] pourrait être «solidifiée» au moyen du recours en carence. Est-ce que cette solution est transposable dans le cas de l'article 7C [art. 15] al. 1 ? La condition primordiale de l'article 175 [art. 232], à savoir l'exigence que l'abstention de la Commission ait lieu «en violation du présent traité», semble s'opposer à ce que le recours en carence puisse aboutir dans ce dernier cas. Il y a, en effet, une différence appréciable entre les formules employées par les articles 100A § 3 [art. 95 § 3] et 7C [art. 15] al. 1. Si le premier énonce que la Commission «prend pour base un niveau de protection élevé», dans le second «la Commission tient compte de l'ampleur de l'effort ...». La seconde formule laisse à la Commission une liberté d'appréciation sans commune mesure avec celle dont elle dispose dans l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] (58). Cette liberté s'exerce au demeurant aussi bien en matière d'opportunité (59) qu'en matière de calcul de «l'ampleur de l'effort», notion, à l'évidence, difficilement mesurable. Selon un auteur (60), la disposition *sub examine* confère des compétences à la Commission ; elle ne lui impose pas d'obligations.

Il peut enfin y avoir une difficulté d'application dans le temps de l'article 7C [art. 15] al. 1 (61). En se référant aussi bien à la «réalisation des objectifs énoncés à l'article 7A [art. 14]» qu'au «cours de la période d'éta-

(57) On notera au passage qu'il ne s'agit pas des *Etats* les moins avancés. Cela est de nature à faciliter la mise en application de la disposition, en ce qu'il incite la Commission à «régionaliser» sa gestion de l'article 7C [art. 15].

(58) *Contra*, apparemment, EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 375.

(59) «Tenir compte» ne signifie point que la donne économique doit être impérativement intégrée dans la proposition de la Commission. Dans le même ordre d'idées, la Commission «peut proposer les dispositions adéquates» (article 7C [art. 15] al. 1 *in fine*).

(60) DE RUYT, *op. cit.*, p. 161. D. SIMON est d'un avis différent dans son commentaire de l'article 7C [art. 15] (ancien article 8C), *op. cit.* (1992), p. 82, note 1.

(61) La difficulté concerne également le deuxième alinéa de cet article.

blissement du marché intérieur» (62), cette disposition semble vouloir prendre position par rapport à l'échéance du 31 décembre 1992. La prise en compte des intérêts des économies les moins avancées, avec le risque concomitant d'abaissement du niveau de protection dans la Communauté, ne saurait-elle donc pas avoir lieu depuis le 1^{er} janvier 1993 ? Tel ne semble pas être le cas (63). On peut tout d'abord renvoyer aux développements *supra* relatifs à la distinction établissement — fonctionnement du marché intérieur dans un domaine précis (64). On peut aussi rappeler que si, par rapport à l'établissement du marché intérieur, la Commission s'affranchissait pour l'après-1^{er} janvier 1993 de l'obligation de tenir compte des intérêts des économies les moins avancées, elle n'en conserverait pas moins la faculté de fixer, dans sa proposition, le niveau de protection communautaire eu égard à l'ensemble des économies communautaires, donc de celles moins avancées aussi. Du reste, tout au moins dans le cadre de l'article 100 [art. 94], la proposition de la Commission, ne pouvant jamais se libérer du carcan de la règle de l'unanimité, tiendra forcément compte des intérêts de tous les Etats. On n'oubliera point, enfin, que, dans sa formule actuelle, nullement retouchée par les traités de Maastricht et d'Amsterdam, la disposition de l'article 7C [art. 15] al. 1 ne semble constituer qu'une simple orientation politique donnée à la Commission. Ce qui relativise de beaucoup l'enjeu de son application dans le temps.

B) Risques d'une reconnaissance d'équivalence autoritaire

C'est peu dire qu'une partie de la doctrine (65) n'a pas apprécié l'insertion dans le traité de l'article 100B, insertion opérée par l'Acte unique européen. La disposition qui nous intéresse le plus est celle de son premier paragraphe qui énonce que :

« Au cours de l'année 1992, la Commission procède avec chaque Etat membre à un recensement des dispositions législatives, réglementaires et administratives

(62) HAYDER, *op. cit.*, p. 645 observe que la seconde expression ne se rapporte pas, du point de vue de la syntaxe, à l'« obligation » de la Commission, mais à l'« ampleur de l'effort » des économies moins avancées. Il a sans doute raison, mais de là à faire valoir que la « différenciation négative » de l'article 7C [art. 15] s'étend, pour ce qui est de l'établissement du marché intérieur, même au-delà du 1^{er} janvier 1993 il y a un pas qu'on s'abstiendra de franchir, tant l'article 7C [art. 15] semble être étroitement lié à cette période « transitoire ».

(63) *Contra* Nicholas FORWOOD et Mark CLOUGH, « The Single European Act and Free Movement. Legal Implications of the Provisions for the Completion of the Internal Market », *European Law Review*, 1986, pp. 383-408, spéc. p. 399 et, implicitement, C.-D. EHLERMANN, « Différenciation, flexibilité, coopération renforcée : les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 3, pp. 53-90, spéc. p. 59.

(64) La délimitation du domaine d'activité économique « harmonisée » peut naturellement poser parfois problème.

(65) Pierre PESCATORE, « Die 'Einheitliche Europäische Akte'. Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt », *Europarecht*, 1986, pp. 153-169, spéc. p. 159; P.J.G. KAPPEYN et P. VERLOREN VAN THEMMAAT : *Introduction to the Law of the European Communities*, 2^e édition établie par L.W. GROMLEY, Deventer, 1990, Kluwer et Graham & Trotman, pp. 404-405.

qui relèvent de l'article 100A et qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation au titre de ce dernier article.

Le Conseil, statuant selon les dispositions de l'article 100A peut décider que des dispositions en vigueur dans un Etat membre doivent être reconnues comme équivalentes à celles appliquées par un autre Etat membre.»

Les auteurs se sont notamment indignés de cette captation par le Conseil des pouvoirs reconnus (à vrai dire des pouvoirs qu'elle s'est reconnu) à la CJCE (et aux juges nationaux) en matière de reconnaissance d'équivalence des dispositions nationales (66). Il est bien probable qu'il y a eu tentative de «captation», mais tentative maladroite qui s'est apparemment soldée par un échec.

Signalons d'emblée qu'il n'est pas illégitime pour les Etats membres, qui s'identifient peu ou prou au «constituant» communautaire, de vouloir contrecarrer une tendance jurisprudentielle par la voie de la révision du traité. Cependant, il n'y a pas eu de véritable révision au sujet de la reconnaissance d'équivalence. Les apprentis révisionnistes ne sont point intervenus sur l'article 30 [art. 28] dont l'interprétation constitue la base de la théorie jurisprudentielle de la reconnaissance mutuelle (en matière de circulation des marchandises). L'article 100B § 1 se contente de mettre en place une procédure de reconnaissance parallèle.

Si cette manière de voir peut paraître empreinte d'une logique formelle, force est de constater que les conditions de mise en œuvre des deux procédures sont très différentes, ce qui permet une certaine coexistence pacifique. Il est ainsi clair que l'article 100B est limité *ratione materiae*, seuls les domaines (mais, on l'a vu, ils sont assez vastes) visés à l'article 100A [art. 95] pouvant être affectés par une décision du Conseil. En revanche, le champ matériel d'application de la jurisprudence *Cassis de Dijon* est, lui, illimité, pour ce qui concerne la liberté de circulation des marchandises (67). Il s'ensuit que l'article 100B se présente comme une *lex specialis* par rapport à l'article 30 [art. 28] interprété par *Cassis*. Dans cette limite précise, il y a donc bel et bien eu tentative de captation des pouvoirs du juge.

Cependant, la disposition de l'article 100B est également soumise à des limites *ratione temporis*. Elle ne peut intervenir qu'en l'absence d'harmonisation (68) opérée sur la base de l'article 100A [art. 95] et cela jusqu'au

(66) Possibilité également insinuée par Heinrich MATTHIES, «Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100b EWG-Vertrag)» (*Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1990, pp. 1287-1301, spéc. p. 1300) qui, en général, ne voit pas de côté négatif dans la procédure de l'article 100B.

(67) En matière de libre prestation des services, on peut se référer à l'article 59 ainsi qu'il a été interprété par l'arrêt *Van Binsbergen* (3 décembre 1974, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299).

(68) Il est aussi à noter que la jurisprudence *Cassis de Dijon* n'est applicable qu'aussi longtemps qu'une mesure d'harmonisation n'est pas intervenue. A la différence de cette jurisprudence, la procédure de l'article 100B ne pouvait être mise en œuvre qu'après le recensement opéré, par la Commission, des réglementations non harmonisées sur la base de l'article 100A [art. 95].

31 décembre 1992 (69). Qui plus est, au quasi-automatisme de la reconnaissance mutuelle opérée sur la base de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, l'article 100B accorde de grandes marges d'appréciation à la Commission, qui fait les propositions, et au Conseil et au Parlement, qui décident.

Ce qui, en tout cas, nous intéresse le plus ici est la menace que la procédure de reconnaissance d'équivalence sur la base de l'article 100B fait peser sur le niveau de protection communautaire (70). Il n'appert pas de l'examen de l'article 100B que la Commission soit liée par une obligation équivalente à celle que lui impose l'article 100A § 3 [art. 95 § 3]. Bien au contraire, à la base de la philosophie de l'article 100B se trouve la possibilité pour une disposition nationale réellement non équivalente à celle des autres Etats membres d'être quand même déclarée équivalente. Le souci de l'article 100B n'est point de sauvegarder le niveau de protection communautaire mais, tout en promouvant les libertés de circulation des marchandises et des services, de donner un coup de pouce aux Etats les moins avancés. En ce sens, il est le complément de l'article 7C [art. 15] (71). Indirectement, de par la menace qu'il constitue pour le «niveau», il peut aussi être regardé comme un stimulant fort pour le développement et l'approfondissement de l'harmonisation sur la base de l'article 100A [art. 95]. C'est bien sûr ce dernier article qui est le plus apte à sauvegarder le niveau de protection communautaire. De même, en l'absence d'harmonisation, le «niveau» sera protégé indirectement grâce à la théorie des exigences impératives de la jurisprudence *Cassis de Dijon* (pour ce qui est de la circulation des marchandises) ou bien grâce à l'exception déontologique de la jurisprudence *Van Binsbergen* (pour ce qui est de la prestation des services). C'est en somme le passage par l'article 100B § 1 qui s'avère comme étant le plus dangereux pour le «niveau».

Cela dit, les Etats membres «avancés» ne se trouvent point désarmés face à ce qu'ils peuvent ressentir comme envahissement de leurs marchés par des produits ou des services de qualité médiocre. L'article 100B § 2 énonce à cet effet que

(69) Le paragraphe 3 de l'article 100B énonce : «*La Commission procède au recensement mentionné au paragraphe 1, premier alinéa, et présente les propositions appropriées, en temps utile pour permettre au Conseil de statuer avant la fin 1992.*». On remarquera en particulier le vague de l'expression «en temps utile» et l'absence totale de conséquences en cas de non-formulation des propositions en temps utile, voire en cas de non-formulation du tout des propositions. Il est douteux que le recours en carence de l'article 175 [art. 232] eût pu être d'une quelconque utilité étant donné le calendrier très serré établi par l'article 100B. *Contra*, apparemment, SIMON dans son commentaire de l'article 100B, *op. cit.* (1992), p. 574, note 2. *Contra* aussi, mais dans un autre sens, Pierre ARHEL, «Marché intérieur : La procédure d'information mutuelle sur les entraves techniques», *Les petites affiches*, 1996, n° 95, pp. 32-35, spéc. p. 32. Selon cet auteur, la compétence du Conseil sur la base de l'article 100B n'est pas limitée aux résultats du recensement.

(70) Cf. HAYDER, *op. cit.*, p. 689.

(71) Voir également en ce sens la déclaration n° 5 inscrite dans l'Acte final de la Conférence de 1985-86. Cf. EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 401.

«Les dispositions de l'article 100A [art. 95], paragraphe 4 sont applicables par analogie.»

A la vérité donc, l'abaissement du «niveau» pouvant être effectué sur la base de l'article 100B § 1 al. 2 ne peut menacer les Etats «avancés» que dans des domaines autres que la protection de l'environnement, la protection du milieu de travail ou ceux visés à l'article 36 [art. 30] (domaines auxquels se réfère l'article 100A § 4 [art. 95 § 4]). En revanche, l'application de l'article 100B § 2 pourrait avoir lieu même après l'expiration du délai dans lequel le corps principal de l'article 100B déploie ses effets. En effet, ainsi qu'on le verra, la possibilité de dérogation au titre de l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 à 9] n'est pas limitée dans le temps.

Quoi qu'il en soit, les craintes — ou les espoirs ... — fondés sur l'article 100B se sont révélées nettement exagérées. Cet article, «reliquat d'une ambition plus vaste» (72) en matière d'équivalence, était dès le début obéré par une certaine mégalomanie : recenser ni plus ni moins toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relevant de tous les domaines couverts par l'article 100A [art. 95], dispositions rédigées dans des langues différentes et placées dans des contextes juridiques différents (73).

Les travaux de recensement que la Commission a entrepris ont buté sur «la faiblesse et la disparité des contributions reçues des Etats membres», lesquelles semblent ne pas avoir permis à la Commission de proposer au Conseil de reconnaître, sur la base de l'article 100B, l'équivalence de dispositions nationales spécifiques (74). A la place du mécanisme prévu par l'article 100B, ainsi devenu obsolète, la Commission s'est orientée vers une autre solution (75) : mettre en place un «dispositif visant à assurer le traitement rapide, efficace, transparent et cohérent des cas dans lesquels un Etat membre refuserait de reconnaître l'équivalence des règles nationales d'un

(72) Jörn PIPKÖRN, «Le rapprochement des législations dans la Communauté à la lumière de l'Acte unique européen», *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I-1, 1991, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 189-236, spéc. p. 227.

(73) Voir, à cet égard, les observations de J. MACMILLAN, «La 'certification', la reconnaissance mutuelle et le marché unique», *Revue du marché unique européen*, 1991, n° 2, pp. 181-211, spéc. p. 207.

(74) Roberto BARATTA («L'equivalenza delle normative nazionali ai sensi dell'art. 100B del Trattato CE», *Rivista di diritto europeo*, 1993, pp. 727-763, spéc. p. 742, note 56) rapporte des propos du commissaire Bangemann devant le Parlement européen en juillet 1992 d'après lesquels la Commission était pour le moins réticente à appliquer cet article... Voir aussi RÖTTINGER, *op. cit.*, pp. 644-645.

(75) Voir Pierre ARHEL, *op. cit.*, et Eric GIPPINI FOURNIER et M. Serena LA PERGOLA, «La nouvelle procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté», *Revue du marché unique européen*, 1996, n° 4, pp. 145-184, spéc. p. 154 et s.

autre Etat membre avec les siennes» (76). Ces «idées» de la Commission se sont matérialisées dans la décision n° 3052 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 établissant une procédure d'information mutuelle sur les mesures nationales dérogeant au principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté (77). Il est évident que cette décision a comme base juridique non point l'article 100B mais l'article 30 [art. 28] vu sous l'angle de la jurisprudence *Cassis de Dijon*.

Combattu, peut-être incompris, dans tous les cas rapidement devenu obsolète, s'il n'était pas dès le début un «vœu pieux» (78), l'article 100B n'avait plus de véritable raison d'être. C'est donc assez naturellement que le traité d'Amsterdam, dans le cadre de la simplification des traités communautaires qu'il entreprend, décide de l'abroger (article 6, n° 53). Une menace sur le «niveau» aura ainsi disparu.

II. — LES REACTIONS POSSIBLES DES ETATS MEMBRES «AVANCES»

Deux des cinq paragraphes, quatre des sept alinéas que comporte, dans sa version actuelle (1992), l'article 100A s'emploient, de près ou de loin, à sécuriser les Etats pour le cas où l'harmonisation retenue par les institutions communautaires ne serait pas conforme à leurs espérances (79). Deux possibilités de réagir différentes, obéissant chacune à ses propres conditions, leur sont offertes. Qu'on veuille y voir un exemple de plus de l'Europe à géométrie variable ou bien l'amorce institutionnalisée d'un clivage Nord-Sud, toujours est-il que les dérogations prévues dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 100A [art. 95 §§ 4-10] constituent, très concrètement, la rançon qu'il a fallu acquitter afin de procéder à l'harmonisation dans certains domaines sensibles à la suite de la suppression de la règle de l'unanimité au sein du Conseil (80), règle, du reste, toujours en vigueur dans le cadre de l'article 100 [art. 94]. Les esprits pessimistes seront ainsi consternés de voir que l'unité de l'Europe porte en germe sa division même. Pourtant, et on n'en est pas à un paradoxe près, cette nouvelle «division» est «européanisée», encadrée par le droit communautaire.

(76) Voir le Rapport 1993 de la Commission sur le marché intérieur de la Communauté (Luxembourg, 1994, pp. 91-92) ainsi que le XXVII^e Rapport général sur l'activité des Communautés européennes (Luxembourg, 1994, pp. 43-44). Voir aussi la communication de la Commission au Parlement et au Conseil en date du 31 décembre 1992 (J.O.C.E. n° C 353).

(77) J.O.C.E. L 321 du 30 décembre 1995.

(78) Expression de A. MATTEA, «Le principe de la reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales», *Revue du marché unique européen*, 1998/2, pp. 5-17, spéc. p. 14.

(79) Selon I.J. KOPPEN, («De Europese Akte als Grondwet van het milieubeleid van de Europese Gemeenschappen», *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1988, pp. 624-637, spéc. p. 632), on peut y voir le signe d'un pessimisme quant à l'efficacité de l'article 100A § 3 [art. 95 § 3].

(80) Voir aussi *infra* note 209.

§ 1^{er}. — *La réaction permanente*

L'encadrement de la réaction permanente, de loin la plus perturbatrice pour le droit communautaire, est assuré à plusieurs niveaux.

A) *L'Etat bénéficiaire du droit de dérogation*

La plupart des commentateurs (81) de l'article 100A [art. 95] croient pouvoir affirmer que seuls les États qui ont été minoritaires lors du vote au

(81) Jean-Paul JACQUÉ, «L'Acte unique européen» (*Revue trimestrielle de droit européen*, 1986, pp. 575-612, spéc. p. 600); J. MERTENS DE WILMAR, «Het Hof van Justitie van Europese Gemeenschappen na de Europese Akte» (*Sociaal-Economische Wetgeving*, 1986, pp. 601-619, spéc. p. 615); EHLERMANN, *op. cit.* (1987), pp. 394-395) et *op. cit.* (1997), p. 59; Hans-Joachim GLAESNER, «L'article 100A : Un nouvel instrument pour la réalisation du marché commun» (*Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 615-626, spéc. pp. 620-621); D. VIGNES, «The Harmonisation of National Legislations and the EEC» (*European Law Review*, 1990, pp. 358-374, spéc. pp. 367 et 370); Michel WAELBROECK, «Le rôle de la Cour de justice dans la mise en œuvre de l'Acte unique européen» (*Cahiers de droit européen*, 1989, pp. 41-62, spéc. p. 57); Peter-Christian MÜLLER-GRAF, «Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes» (*Europarecht*, 1989, pp. 107-151, spéc. p. 145); E. STEYGER, «Holt de interne markt de arbeidsmilieu-richtlijnen uit?» (*Sociaal-Economische Wetgeving*, 1991, pp. 607-621, spéc. p. 616); REICH, *op. cit.*, p. 207; LANGEHEINE, *op. cit.*, 1989, pp. 354-355; P.J.G. KAPTEYN et P. VERLOREN VAN THEMAAT, *op. cit.*, p. 404; D. VIGNES, *op. cit.*, 1993, pp. 323-325; BAZIADOLY, *op. cit.*, p. 60; Ricardo GOSALBO BONO, «Les politiques et actions communautaires», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, pp. 769-800, spéc. p. 789, note 47; Pierre LE MIRE, *Droit de l'Union européenne et politiques communes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 152. La position de Denys SIMON est plutôt ambiguë (De l'Acte unique au Marché unique, *Journal du droit international*, 1989, pp. 265-304, spéc. p. 289). Dans le sens défendu dans le texte, Christopher GREENWOOD, «Institutional Reform in the EEC» (*Cambridge Law Journal*, 1987, pp. 2-4, spéc. p. 3); James FLYNN, «How Will Article 100A (4) Work? A Comparison with Article 93», *Common Market Law Review*, 1987, pp. 689-707, spéc. p. 694; OLIVER, *op. cit.* (1996), p. 363; Derrick WATT et Alan DASHWOOD, *European Community Law*, 3^e édition, London, 1993, Sweet & Maxwell, p. 365; HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 117; Damien GERADIN, *Trade and the Environment. A Comparative Study of EC and US Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 136, note 277. MEIER (*op. cit.* p. 540) apporte une nuance (trop?) subtile. Selon le juriste allemand, ce n'est pas la seule position d'un État membre lors du vote qui peut déterminer son droit de recourir au paragraphe 4, mais son attitude générale visant justement à exclure le recours au paragraphe 4. A noter enfin que ni la Cour dans son arrêt *France c. Commission* du 17 mai 1994 (aff. C-41/93, *Rec.*, p. I-1829) ni l'avocat général, dans la même affaire, ne se penchent sur cette question (voir pour un avis différent Thomas KIENLE, «Umwelt» in J. BERGMANN et C. LENZ (éds), *Der Amsterdamer Vertrag. Eine Kommentierung der Neuerungen des EU- und EG-Vertrages*, Köln, Omnia Verlag, 1998, p. 120, n° 37). Il est vrai que l'Allemagne, l'État dont les mesures avaient fait l'objet de la confirmation (dont la France demandait l'annulation) de la Commission, avait voté contre la directive d'harmonisation. L'épineuse question de savoir si un État membre ayant voté en faveur de l'adoption de la mesure d'harmonisation peut se prévaloir de la dérogation de l'article 100A § 4 [95 § 4] est à nouveau éludée dans un arrêt récent *Antoine Korta* du 1^{er} juin 1999 (aff. C-319/97, non encore publié) puisque l'État désireux de se prévaloir de cette dérogation (la Suède) avait de toute façon adhéré à l'Union européenne postérieurement à l'adoption de la directive incriminée. Notons, en tout cas, que, dans ses conclusions sur cette affaire (présentées le 28 janvier 1999 et non encore publiées), l'avocat général Antonio Saggio prend implicitement position en faveur de la thèse défendue par l'auteur de ces lignes.

Conseil bénéficiant du droit qu'ouvre l'article 100A § 4 qui énonce actuellement (version de 1992), dans son premier alinéa (82), que :

«Lorsque, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, un Etat membre estime nécessaire d'appliquer des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 [art. 30] ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement, il les notifie à la Commission.»

Une telle situation pourrait peut-être trouver une analogie avec ce qui prévaut dans la jurisprudence en cas de recours en annulation. On sait que, loin de s'en tenir au principe «*venire contra factum proprium*», la Cour de justice a accepté qu'un Etat membre ayant voté avec la majorité au Conseil pût attaquer un acte en annulation (83). Or, si, dans le cadre du recours en annulation, l'objectif est de faire invalider un acte communautaire, dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 100A § 4, l'objectif de l'Etat membre n'est nullement de faire annuler l'acte prévoyant l'harmonisation, mais d'être exempté de l'obligation de l'appliquer, d'ailleurs dans les conditions et selon les procédures prévues par cette disposition. Il devrait donc être *a fortiori* permis à un tel Etat membre — ayant voté avec la majorité du Conseil — de se prévaloir du paragraphe 4 de l'article 100A [art. 95] (84).

Permettre d'autre part aux Etats membres qui ont voté au Conseil en faveur de l'adoption de l'acte d'harmonisation de bénéficier de la dérogation de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] n'a rien de choquant surtout si l'on songe que l'alternative pourra être à maintes reprises l'adoption ou le rejet pur et simple de cet acte par le Conseil (85). D'une certaine manière donc, l'élargissement du cercle des bénéficiaires de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] est susceptible de promouvoir bien plus que d'empêcher la construction communautaire (86). Le risque, réel, de construction d'une Communauté à plusieurs vitesses n'est plus un argument pertinent dans cette étape du rai-

(82) Sous l'empire du traité d'Amsterdam, il s'agit toujours du paragraphe 4 de l'article 100A [art. 95], lequel ne comporte plus qu'un alinéa unique, similaire mais non identique à l'alinéa 1 de l'article 100A § 4 actuel. Voir plus loin pour les innovations introduites par le traité d'Amsterdam.

(83) *Italie c. Conseil*, 12 juillet 1979, aff. 166/78, *Rec.*, p. 2575.

(84) Il est curieux que, par un raisonnement analogue, GLAESNER (*op. cit.*, p. 621) aboutit à une conclusion contraire.

(85) Ainsi HAYDER, *op. cit.*, p. 679; GIARDINA, *op. cit.*, p. 284, note 14; J.H. JANS, «Europee-rechtelijke grenzen aan nationaal milieubeleid», *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1989, pp. 217-240, spéc. p. 226; Frank MONTAG, «Umweltschutz, Freier Warenverkehr und Einheitliche Europäische Akte», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1987, pp. 935-943, spéc. p. 942; ADAM, *op. cit.*, p. 704; Han SOMSEN, note sous *France c. Commission*, aff. C-41/93 (*European Environmental Law Review*, 1994, pp. 238-242, spéc. p. 241).

(86) Exclure les Etats minoritaires pourrait en effet avoir un effet pervers : inciter certains Etats à voter — systématiquement ? — contre. En ce sens, Hans D. JARASS, «Binnenmarktrichtlijnen und Umweltschutzrichtlijnen» (*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991, pp. 530-533, spéc. p. 532), Jan H. JANS, *European Environmental Law*, The Hague, Kluwer, 1995, p. 110, et MONTAG, *op. cit.*, p. 942.

sonnement, puisqu'il a déjà été assumé lors de l'acceptation de principe de la dérogation de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4].

Il est vrai que, postérieurement à l'adoption du traité sur l'Union européenne, un autre argument pourrait être utilisé afin de restreindre le recours des Etats bénéficiaires à l'article 100A § 4 [art. 95 § 4]. En effet, la version initiale de l'article 100A § 1 indiquait que le Conseil statuait à la majorité qualifiée. On aurait pu penser que l'expression qu'on trouvait à l'article 100A § 4 al. 1 «lorsque, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil *statuant à la majorité qualifiée*, un Etat membre estime ...» n'était qu'un rappel superfétatoire de l'article 100A § 1. La version de l'article 100A § 1 issue du traité de 1992 indique que le Conseil «statue conformément à la procédure visée à l'article 189B [art. 251]» tandis qu'on trouve toujours (87), à l'article 100A § 4, l'expression «le Conseil, *statuant à la majorité qualifiée*». Cette dernière expression ne se rapporterait-elle plus au mode formel d'adoption de l'acte par le Conseil mais à la majorité des voix que, dans un cas concret, un acte d'harmonisation aurait pu réunir au sein du Conseil? (88) Si l'on répondait à cette question par l'affirmative, deux observations pourraient être formulées. Premièrement, cet argument linguistique pourrait constituer un indice de la volonté des rédacteurs du traité sur l'Union européenne d'exclure du bénéfice de la dérogation de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] les Etats ayant voté avec la majorité au Conseil (89); il n'en constituerait pas pour autant une preuve absolue. Deuxièmement, il n'y aurait que l'unanimité qui s'opposerait à toute dérogation. Mais la parade est facile et tout sauf imprévisible : un ou plusieurs Etats membres, même étant d'accord au fond avec la proposition de la Commission (éventuellement amendée), voteraient contre afin de se (90) ménager un espace futur de liberté.

On appréciera à sa juste valeur le caractère artificiel d'une telle procédure et d'un tel raisonnement (91). Et on préférera voir dans la clause «*statuant à la majorité qualifiée*» de l'article 100A § 4 un vestige inopportun d'une version antérieure qui n'a pu, pour des raisons qu'on ignore, mais

(87) On verra plus loin les modifications apportées par le traité d'Amsterdam.

(88) Ainsi M. WAELBROECK, *op. cit.* (1989), p. 57. Ainsi aussi, mais sous le régime de Maasricht, RÖTTINGER, *op. cit.*, p. 640.

(89) Mais, déjà, comment traiter le cas des Etats s'étant abstenus? Etant donné la différence des situations, l'article 148 [art. 205] § 3 ne saurait être ici d'une quelconque utilité.

(90) Si l'on admet que même les Etats ayant voté avec la majorité du Conseil peuvent recourir au paragraphe 4, force est de constater qu'un seul Etat minoritaire suffirait pour faire «vivre» le paragraphe 4 au profit de tous.

(91) En ce sens Claus GULMANN, «The Single European Act — Some Remarks from A Danish Perspective», *Common Market Law Review*, 1987, pp. 31-40, spéc. p. 38; Dieter H. SCHEUING, «Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte», *Europarecht*, 1989, pp. 152-192, spéc. p. 172; Jörg HENKE, *Europäischer Gerichtshof und Umweltschutz*, München, Verlag V. Florentz, 1992, p. 155.

qu'on peut présumer (92), suivre — et se raccorder avec — la nouvelle version de l'article 100A § 1 (93). Le traité d'Amsterdam, se rendant à l'évidence, s'est résolu à supprimer cette clause dans le nouveau paragraphe 4 de l'article 100A [art. 95 § 4] qu'il intègre dans le traité CE.

Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, il semble que tout Etat membre doit pouvoir bénéficier de la dérogation du paragraphe 4. L'encaînement communautaire de la dérogation ainsi que l'interdiction de l'usage abusif de cette dérogation (alinéa 3 de ce paragraphe [art. 95 § 9]) suffiront, normalement, pour empêcher toute dérive susceptible de mettre en cause l'objectif premier de l'article 100A [art. 95] qui reste bien entendu l'avancement de la construction communautaire par le biais de l'harmonisation des réglementations nationales.

De même, la formule «lorsque [...] un Etat membre estime nécessaire d'appliquer des dispositions nationales» ne semble pas réserver le bénéfice de la dérogation aux seuls Etats exigeant déjà avant l'adoption de la mesure communautaire un niveau de protection plus élevé que celui de la mesure communautaire (94). Rien n'empêche donc un Etat membre de

(92) LANGEHEINE (*op. cit.*, 1995) relève plusieurs faiblesses de rédaction de l'article 100A [art. 95]. Voir à cet égard *infra*.

(93) *Contra*, mais sous le régime de l'Acte unique européen, FLYNN, *op. cit.*, p. 693, GIARDINA, *op. cit.*, p. 284 et Ugo VILLANI, «Ravvicinamento delle legislazioni e mutuo riconoscimento nell'Atto Unico Europeo», *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1992/2, pp. 179-187, spéc. p. 182.

(94) Ainsi, entre autres, WATT et DASHWOOD, *op. cit.*, p. 366; JARASS, *op. cit.*, p. 532; HALLBRONNER, *op. cit.*, p. 110; SCHEUING, *op. cit.*, pp. 170-171; D. VIGNES, *op. cit.*, 1993, p. 327; J. ØSTRØM MØLLER, «Binnenmarkt und Umweltschutz. Artikel 100a der Einheitlichen Europäischen Akte», *Europa-Archiv*, 1987, pp. 497-504, spéc. p. 503; ADAM, *op. cit.*, p. 705. A noter que les articles 118A § 3 [art. 137 § 5], 130T [art. 176] et 129A § 3 [art. 153 § 5] (mais ce dernier, jusqu'au traité d'Amsterdam, dans un cadre apparemment excluant l'harmonisation) mentionnent explicitement la faculté pour les Etats membres de maintenir ou d'établir des règles nationales plus strictes. LANGEHEINE, *op. cit.*, 1989, p. 355, L. KRÄMER («The Single European Act and Environment Protection: Reflections on Several New Provisions in Community Law», *Common Market Law Review*, 1987, pp. 659-688, spéc. p. 680 et «Observations sur le droit communautaire de l'environnement», *Actualité juridique — Droit administratif*, 1994, pp. 617-623, spéc. p. 618), F. ROELANTS DU VIVIER et J.-P. HANNEQUART, *op. cit.*, p. 230 (note 19), BAZIADOLY, *op. cit.*, p. 60 et R. BIEBER («Zur Bedeutung der Einheitlichen Europäischen Akte für Rechtsentwicklung und Integrationskonzept der Europäischen Gemeinschaft», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1988, pp. 211-236, spéc. pp. 231-232) tirent de ces dispositions un argument *a contrario* pour réfuter la thèse de la majorité de la doctrine tandis que MICKLITZ et REICH, *op. cit.*, p. 598, attribuent la non-adaptation de l'article 100A § 4 à la formule de ces articles à une erreur de rédaction. *Contra*, en tout cas, Pierre VAN OMMESLAGHE et Vincent PIESSEVAUX, «Marché intérieur» (*Répertoire Dalloz Droit communautaire*, 1992, n° 70). *Contra* aussi Michel WAELBROECK, *op. cit.* (1989), p. 58 en s'appuyant sur une interprétation téléologique et en se référant à l'article 5 [art. 10] du traité. Astrid EPINAY et Thomas M. J. MÖLLERS (*Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1992, pp. 51-52) croient pouvoir trouver dans l'article 100A § 4 al. 1 une différence entre le terme français «appliquer», davantage neutre et donc plus englobant, et le terme allemand «anwenden», éventuellement pouvant être interprété de manière plus stricte. La Cour, enfin, dans son arrêt du 17 mai 1994 déjà cité se réfère certes à «l'Etat membre qui [...] a l'intention de continuer à appliquer» des dispositions nationales dérogatoires (point 26; c'est nous qui soulignons), mais il ne faudrait pas voir ici autre chose que l'exposé du cas d'espèce (cf. H. CHAVRIER, E. HONORAT et Ph. POUZOLET dans leur commentaire de cet arrêt en *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1994, p. 707). Il est à noter enfin que le ministre danois des Affaires étrangères a opté expressément en faveur

recourir ultérieurement au paragraphe 4 si des conditions objectives appellent une réglementation plus stricte qui tarde à venir au niveau communautaire. La possibilité ainsi offerte aux Etats membres peut naturellement inciter la Communauté à s'adapter à l'évolution de la réalité (95).

Le traité d'Amsterdam, sous la pression de plusieurs Etats du «Nord», n'a pas résisté au plaisir de modifier l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 5 à 9] sur le point précis de savoir si la dérogation vaut pour le maintien d'une réglementation nationale existante ou bien aussi pour l'introduction de nouvelles réglementations nationales. Désormais, deux dispositions différentes concernent ces deux hypothèses. Selon le nouveau (96) paragraphe 4 de l'article 100A [art. 95],

«Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission (97) d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 [art. 30] ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.»

Le nouveau paragraphe 5 de l'article 100A [art. 95] énonce :

«En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet Etat membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption.»

Pour des raisons assez évidentes (préserver l'unité du marché intérieur), le traité d'Amsterdam se montre beaucoup plus sévère pour l'introduction de nouvelles réglementations dérogatoires que pour le maintien de réglementations existantes. Le nouveau paragraphe 4 reproduit pour l'essentiel le premier alinéa de l'actuel paragraphe 4. Le nouveau paragraphe 5, relatif à l'introduction de nouvelles réglementations, circonscrit le domaine d'application de celles-ci aux seules protections de l'environnement et du milieu de travail. En outre, ces nouvelles réglementations nationales doivent s'appuyer «sur des preuves scientifiques nouvelles». D'une certaine manière, la volonté d'un Etat membre d'introduire de telles réglementations révélera

de la double possibilité de maintien et d'introduction de normes nationales plus protectrices que la norme communautaire dans sa réponse à une question écrite le 14 janvier 1986 (rapportée in *Ratification de l'Acte unique européen, Travaux préparatoires*, Luxembourg, 1993, vol. 1, Danemark, p. 357, Spørgsmål 23).

(95) Cf. MÜLLER-GRAFF, *op. cit.*, p. 148. Voir *supra* sur l'apport du traité d'Amsterdam à cet égard.

(96) Avec le traité d'Amsterdam, l'article 100A [art. 95] gagne en longueur, précision et complexité. L'actuel paragraphe 4 se décompose en six nouveaux paragraphes.

(97) Il est curieux de trouver cette référence à la Commission en tant qu'auteur de mesures d'harmonisation. Comme on le sait déjà, dans le cadre de l'article 100A [art. 95] (nullement modifié par le traité d'Amsterdam sur ce point), la Commission se contente de soumettre des propositions.

l'inertie de la Commission, qui, contrairement à ce que lui impose l'article 100A § 3 [art. 95 § 3], n'aura pas tenu compte de « toute nouvelle évolution basée sur des faits (98) scientifiques ». Cependant, de manière cohérente, selon le nouveau paragraphe 7 de l'article 95 [ancien art. 100A], lorsqu'un Etat membre

« est autorisé à [...] introduire des dispositions nationales dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission examine immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de cette mesure ».

Cette disposition (99) n'est pourtant pas de nature à totalement rassurer un Etat membre « avancé » du moment où ce n'est pas la Commission mais le Conseil et le Parlement européen qui adopteront éventuellement la nouvelle mesure d'harmonisation.

De toute façon, les « preuves scientifiques » rapportées par l'Etat membre dérogeant devront être « nouvelles », ce qui signifie qu'une situation déjà connue avant l'adoption par le Conseil de la mesure d'harmonisation ne saurait valoir pour l'introduction d'une nouvelle réglementation nationale (100). Mais comment apprécier la nouveauté ou l'ancienneté des « preuves scientifiques » ? Selon des critères communautaires, universels ou purement nationaux ? Le traité garde ici le silence. On notera en tout cas que le « opting out » sur la base d'une nouvelle réglementation nationale doit impérativement se rapporter à « un problème spécifique de cet Etat membre ». Nul doute que la combinaison de toutes ces conditions (problème nouveau, problème spécifique, nouvelles preuves scientifiques) rendra extrêmement difficile l'introduction de nouvelles réglementations nationales. La spécificité nationale du problème fera, enfin, qu'on se trouve en face d'une clause de sauvegarde bien plus qu'en face d'une dérogation (101). Le caractère pour ainsi dire « idéologique » de la réglementation nationale, qui vaut encore dans le nouveau paragraphe 4, ne vaudra plus dans le nouveau para-

(98) Il est difficile d'établir une distinction entre « faits scientifiques » (nouveau paragraphe 3) et « preuves scientifiques » (nouveau paragraphe 5). Néanmoins, le terme de « preuves » veut probablement signifier une sévérité accrue vis-à-vis des Etats membres désireux de déroger aux mesures communautaires d'harmonisation. Cela dit, toutes les versions linguistiques ne possèdent pas la sévérité de la version française. Si c'est encore le cas de la version anglaise (« new scientific evidence »), danoise (« nyt videnskabeligt belæg »), italienne (« nuove prove scientifiche »), portugaise (« novas provas científicas ») ou suédoise (« nya vetenskablige belägg »), cela ne semble plus être le cas des versions allemande (« neue wissenschaftliche Erkenntnisse »), espagnole (« novedades científicas »), grecque (« νέα επιστημονικά στοιχεία » = nouveaux éléments scientifiques) ou néerlandaise (« nieuwe wetenschappelijke gegevens »).

(99) En vertu de cette disposition, la Commission doit de même se poser la question de l'opportunité de proposer l'adaptation de la mesure d'harmonisation lorsqu'elle « approuve » le maintien de la mesure nationale de dérogation. Or, cela signifiera que la mesure d'harmonisation est inadaptée au moment même de son adoption...

(100) Cf. Patrick THIEFFRY, *Droit européen de l'environnement*, Paris, Dalloz, 1998, p. 29, n° 63.

(101) En ce sens, implicitement, THIEFFRY, *ibid.*

graphe 5. Après tout, le maintien d'une certaine qualité de vie ne peut être réduit à un « problème spécifique » d'un pays (102).

On constate donc que la victoire des Etats « avancés » ressemble fort à une victoire à la Pyrrhus en ce qui concerne l'introduction de nouvelles mesures de dérogation. Il est vrai d'autre part que l'introduction de telles mesures postérieurement à l'adoption de la mesure d'harmonisation était âprement discutée en doctrine sous l'empire du traité de Maastricht. Il reste que, sous l'empire de celui d'Amsterdam, une difficulté ne manquera d'apparaître. Deux dispositions importantes, celle de l'article 118A § 3 [art. 137 § 5] sur la politique sociale et celle de l'article 130T [art. 176] sur l'environnement continuent à traiter indifféremment le maintien de mesures de dérogation et l'introduction de nouvelles mesures de dérogation. A ces dispositions s'ajoute depuis le traité d'Amsterdam celle de l'article 129A § 3 [art. 153 § 5] relative à la protection des consommateurs. On peut donc, en matière d'introduction de nouvelles mesures nationales, s'attendre à l'avenir à des conflits entre bases juridiques concurrentes ; cela au moment où on pouvait espérer l'apaisement de ces incessants et épuisants conflits (103).

B) *La dérogation ratione materiae*

La lecture de l'actuel article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] nous apprend que les arguments avancés par les Etats membres désireux de bénéficier de la dérogation ne peuvent s'appuyer que sur un nombre limité de motifs, ce qui est conforme à la nature d'exception à la règle qui caractérise cette disposition. Il s'agit des « exigences importantes visées à l'article 36 [art. 30] ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement ». Cette phrase révèle à la fois les domaines dans lesquels peut intervenir une dérogation et le degré d'intensité du besoin que l'application de la disposition nationale, qui se substituera à la mesure d'harmonisation, est censée satisfaire. On se contentera ici de rappeler quels sont les domaines matériels visés à l'article 36 [art. 30] : il s'agit de la moralité publique, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux, de la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et de la protection de la propriété industrielle et commerciale. A ces domaines, l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] ajoute également la protection de l'environnement ainsi que la « protection du milieu de travail ».

(102) Avec le traité d'Amsterdam, l'introduction de nouvelles réglementations nationales sera surtout justifiée comme moyen de lutte contre une catastrophe écologique circonscrite dans une région d'un Etat membre.

(103) Voir *infra* note 161.

La protection de l'environnement, réminiscence de la jurisprudence *Commission c. Danemark* (104), est probablement le domaine dans lequel les dérogations pourront être demandées — et accordées — le plus souvent (105). La «protection du milieu de travail» est, en revanche, un domaine «dérogeable» passablement obscur. Tout au moins dans sa version française, l'expression ne brille pas par sa clarté. Il est possible de considérer que le «milieu de travail» n'est qu'un aspect de l'«environnement» (hygiène des lieux de travail, etc.) (106). Cet aspect est davantage clair dans la plupart (107) des versions linguistiques du traité : «Schutz der Arbeitsumwelt» — «Umweltschutz»; «beskyttelse af arbejdsmiljø» — «miljøbeskyttelse»; «miljö — eller arbetsmiljöskydd»; «protección del medio de trabajo o del medio ambiente»; «protecção do meio de trabalho ou do meio ambiente»; «protection of the environment or the working environment». Il est possible aussi de considérer que, plus largement, le «milieu de travail», tout en ayant d'indéniables rapports avec l'«environnement» (108), va bien au-delà de celui-ci pour toucher à des domaines relatifs aux conditions de travail.

Aussi bien l'interprétation stricte que l'interprétation large posent néanmoins des problèmes. La première signifie que la protection du «milieu de travail» fait double emploi avec celle de l'«environnement». La seconde aurait pu se reporter utilement à l'article 118A [devenu art. 118 et renuméroté en art. 137] (109) qui, employant lui aussi (110), dans son premier

(104) 20 septembre 1988, aff. 302/86, *Rec.*, p. 4627.

(105) En effet, jusqu'à maintenant, et à notre connaissance, les rares affaires dans lesquelles l'article 100A § 4 a été «impliqué», concernent la protection de l'environnement et de la santé. Cf. le Rapport 1993 de la Commission sur le marché intérieur de la Communauté (Luxembourg, 1994, p. 93).

(106) En ce sens KRÄMER, *op. cit.* (1995), p. 42.

(107) On notera l'exception de la version grecque, *a priori* la plus proche de la version française : «προστασ ατοθ χωροθ της εργασ αση τοθ περιβάλλοντοσ». Dans l'Accord sur la politique sociale (voir *infra* note 110), la version grecque s'éloigne pourtant de la version française pour se rapprocher des autres versions linguistiques : «βελτ ωση τοθ περιβάλλοντοσ εργασ αφ». Cette expression a été également retenue pour la traduction en grec de la déclaration danoise jointe à l'Acte unique européen (note *infra* 136). Pour ajouter à la confusion, la traduction française de cette déclaration se réfère à «l'environnement du travail».

(108) On remarquera au passage la nécessité dans laquelle s'est trouvé le rédacteur de la version anglaise de faire précéder la «protection de l'environnement» de la «protection du milieu de travail». En effet, une élégance stylistique élémentaire s'opposerait à une phrase telle que «protection of the working environment or the environment». Ce qui n'empêche pas les versions néerlandaise et italienne d'avoir «bescherming van het arbeidsmilieu of het milieu» et «protezione dell'ambiente di lavoro o dell'ambiente»...

(109) Telle est en tout cas l'opinion de la grande majorité des auteurs : HAYDER, *op. cit.*, p. 680; EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 393; GIARDINA, *op. cit.*, p. 283, note 11; MATTERA, *op. cit.* (1990), p. 172; LANGEHEINE, *op. cit.* (1989), p. 356; MÜLLER-GRAFF, *op. cit.*, p. 147; Maria Rita SAULLE, «L'armonizzazione in Europa. Dal trattato di Roma all'atto unico europeo», *Rivista di diritto europeo*, 1989, pp. 321-338, spéc. p. 337. Voir, cependant, les doutes de Lucette DEFALQUE in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, vol. 1, 1992, p. 212 et surtout de FORWOOD et CLOUGH, *op. cit.*, p. 402.

(110) Cela n'est cependant pas vrai pour toutes les versions linguistiques. Ainsi, la version portugaise parle de «meio de trabalho» à l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 et 5] mais de «condições

paragraphe, l'expression « milieu de travail » (111), semble l'assimiler largement à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs (112). Une telle interprétation mène pourtant vite à une impasse. En effet, comme on le sait, l'article 100A [art. 95] « ne s'applique pas aux dispositions [...] relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés » (paragraphe 2) (113). L'amélioration des conditions de travail, autre que l'amélioration de l'« environnement » dans les lieux de travail, semble donc bien devoir être exclue. Certes, on peut aussi considérer que la dérogation relative au « milieu de travail » ne se réfère pas seulement au travail « salarié », seul envisagé par le paragraphe 2, mais aussi au travail des professions libérales, dans la mesure où c'est la libre prestation des services qui est concernée (114). Mais la piste qui s'ouvre ainsi à l'application de la dérogation reste bien étroite.

Quoi qu'il en soit, comme il a déjà été signalé, la protection du milieu de travail, de l'environnement et des domaines visés à l'article 36 [art. 30] doivent obéir à une « exigence importante » afin de fonder le droit à une dérogation. Cette nécessité d'existence d'un degré supérieur à la normale, si elle n'attire pas l'attention par rapport à la protection du milieu de travail et de l'environnement, mérite d'être soulignée s'agissant des domaines visés à

de trabalho » à l'article 118A § 1 [art. 137 § 1]. Quant à l'Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres à l'exception du Royaume-Uni lors de la conférence de Maastricht (protocole n° 14 sur la politique sociale), il utilise, dans son article 2 § 1, aussi bien l'expression « milieu de travail », assimilée toujours à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, que l'expression « conditions de travail ». Il est en tout cas douteux qu'on puisse utiliser aux fins de l'interprétation d'une disposition du traité un accord ne liant pas tous les États membres et placé, semble-t-il, en dehors du droit communautaire primaire. Cf. Elaine A. WHITEFORD, « Social Policy after Maastricht », *European Law Review*, 1993, pp. 202-222 et Gunnar SCHUSTER, « Rechtsfragen der Maastrichter Vereinbarungen zur Sozialpolitik », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1992, pp. 178-187. Cependant, le traité d'Amsterdam a, pour l'essentiel, introduit l'Accord dans le traité CE, plus particulièrement dans le nouvel article 118 [art. 137].

(111) D'après Karen BANKS (« L'article 118A. Élément dynamique de la politique sociale communautaire », *Cahiers de droit européen*, 1993, pp. 538-554, spéc., p. 541), le terme « milieu de travail » n'est que la traduction en français du terme danois « arbejdsmiljø ». Cette notion serait, en droit danois, plutôt extensive ; elle recouvrirait aussi bien des mesures classiques (exécution du travail, conditions au lieu de travail, équipement technique, etc.) mais aussi des mesures psychologiques, sociales (par exemple, la protection des représentants des travailleurs contre le licenciement), etc. S'il convient de prendre acte de cette filiation particulière de l'expression *sub examine*, force est de rappeler que celle-ci, une fois insérée dans le texte du traité, s'est obligatoirement « dénationalisée ». Voir, en tout cas, pour une interprétation également large (« Arbeitsschutzrecht ») de l'expression, EVERLING, *op. cit.*, pp. 1167-1168.

(112) Tout au moins dans la plupart des versions linguistiques. Cette assimilation est en effet loin d'être claire dans la version anglaise. A signaler au passage la ponctuation fantaisiste de la version française qui, à strictement parler, enlève tout sens à la phrase examinée (article 118A § 1 [art. 137 § 1]).

(113) D'après RÖTTINGER (*op. cit.*, p. 640), la « protection du milieu de travail » a été insérée dans l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] sur l'insistance de l'Allemagne et du Danemark afin de faire contrepois à l'exclusion de l'harmonisation de dispositions relatives aux « droits et intérêts des travailleurs salariés ». Cela est bien possible, mais on voit mal comment, au bout du compte, on peut dissocier le paragraphe 4 de l'article de son paragraphe 2 qui établit justement le champ d'application de l'article.

(114) On rappellera que, en vertu du paragraphe 2, la liberté d'établissement tout comme la libre circulation des travailleurs salariés, constituent des domaines exclus du champ d'application de l'article 100A [art. 95].

l'article 36 [art. 30]. L'article 100A § 4 [art. 95 § 4] n'opère pas une transposition mécanique des conditions d'application de l'article 36 [art. 30] en matière d'harmonisation. On rappellera en effet que, dans le cadre de l'article 36 [art. 30], il n'est nul besoin pour un Etat membre d'invoquer des exigences importantes (115). Le traitement différent du droit à dérogation de l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 5 à 9] se justifie non seulement sur la base de l'exegèse littérale; il s'explique aussi par la logique et la jurisprudence communautaire. Il est traditionnellement admis, surtout en matière de protection de la santé et de la propriété industrielle et commerciale, qu'un des objectifs (ou, en tout cas, des effets) essentiels de l'harmonisation est de faire reculer le domaine d'application de l'article 36 [art. 30] (116). Vouloir réintroduire tels quels en matière d'harmonisation les droits des Etats membres au titre de l'article 36 [art. 30] serait illogique : ce serait justement faire échec à la notion même d'harmonisation. Le compromis qui a été trouvé, indépendamment du fait qu'il existe un encadrement communautaire de la dérogation, a revêtu la forme des «exigences importantes» (117).

La non-transposition mécanique des conditions d'application de l'article 36 [art. 30] à l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] a pourtant aussi une autre conséquence, plutôt inattendue. Comme il est bien connu, les dérogations au titre de l'article 36 [art. 30] ne concernent que la libre circulation des marchandises et encore pas tous les aspects de celle-ci, mais les seules restrictions quantitatives à l'importation, à l'exportation et au transit ou bien les mesures équivalentes à ces restrictions. La formule utilisée à l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] — «domaines visés à l'article 36 [art. 30]» — laisse, semble-t-il, la possibilité de déroger en matière de santé, d'ordre et de sécurité publics, de bonnes mœurs, etc. même par rapport à des actes d'harmonisation intervenant en dehors de la circulation des marchandises (118).

Il est intéressant par ailleurs de signaler que les domaines «dérogeables» au titre du paragraphe 4 ne coïncident pas avec ceux dans lesquels la Commission doit proposer un niveau de protection élevé (paragraphe 3). Cela pourrait constituer une raison de plus pour reconnaître aux Etats membres le droit de contester la proposition de la Commission (par le biais du recours

(115) Sauf à considérer que tout ce qui touche à la sécurité publique ou à l'ordre public revêt *ipso facto* un tel degré d'importance. Mais peut-on en dire de même, par exemple, de la préservation des végétaux ou encore de la protection de la propriété industrielle et commerciale, domaines également relevant de l'article 36 [art. 30]?

(116) Cf. l'arrêt *Tedeschi* du 5 octobre 1977 (aff. 5/77, *Rec.*, p. 1555) ou encore l'arrêt *Cassis de Dijon* : «[e]n l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation» (point 8). Voir sur ce point HATZOPOULOS, *op. cit.*, pp. 203-205.

(117) Le terme rappelle bien sûr la terminologie employée par la CJCE dans son arrêt *Cassis de Dijon* : «exigences impératives». Il a été visiblement tenté de ne pas reprendre cette dernière expression dans le texte de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] afin de ne pas donner l'impression qu'il est fait allusion à cette théorie et surtout aux domaines matériels — au nombre extensible — où elle trouve à s'appliquer (voir aussi *infra* note 176).

(118) Ainsi aussi GREENWOOD, *op. cit.*, p. 3. *Contra* MEIER, *op. cit.*, p. 540.

en carence) notamment en matière de protection des consommateurs, un domaine où les Etats membres ne possèdent pas le droit de dérogation. Quant à la protection de l'environnement, elle est mentionnée expressément dans les deux listes tandis que la «santé», mentionnée au paragraphe 3, est assurément couverte au paragraphe 4 par le renvoi à l'article 36 [art. 30]. En revanche, la «sécurité» du paragraphe 3 ne peut probablement être identifiée à la «sécurité publique» de l'article 36 [art. 30]. La version anglaise s'emploie à distinguer nettement les deux notions quand elle parle de «safety» à l'article 100A § 3 [art. 95 § 3] et de «(public) security» à l'article 36 [art. 30]. La «safety» en question se réfère probablement à la sécurité des produits manufacturés; mais, en ce cas, elle risquera souvent de faire double emploi avec la «protection des consommateurs» (119).

Inversement, il y a des domaines où les Etats membres peuvent appliquer (120) des mesures nationales dérogatoires dans des domaines par rapport auxquels la Commission n'est pas obligée de proposer un niveau de protection élevé (protection des trésors archéologiques, de la propriété industrielle et commerciale, «protection du milieu de travail», etc.). Dans les faits, néanmoins, la Commission, même dans ces domaines, sera obligée d'être attentive aux sensibilités des Etats «avancés» à moins bien sûr qu'elle ne veuille courir le risque de voir ceux-ci se soustraire à l'application des mesures d'harmonisation en recourant au paragraphe 4. Curieusement, d'ailleurs, la Commission peut faire preuve de davantage d'audace dans ces domaines «dérogeables» non couverts par le paragraphe 3. Comme l'orientation qui lui est assignée par le paragraphe 3 n'existe pas ici, elle ne risque pas non plus de voir sa proposition défiée par un recours en carence dans les conditions indiquées *supra* ni l'acte adopté sur la base de sa proposition «défectueuse» annulé (121) pour cause de niveau de protection trop élevé. La Commission est en effet libre de choisir n'importe quel niveau de protection. Pourvu bien sûr qu'il se trouve au Conseil une majorité qualifiée (ainsi qu'une majorité des voix exprimées au Parlement européen) pour adopter sa proposition.

Signalons enfin que les dispositions nationales qui se substitueront aux mesures d'harmonisation communautaires devront, dans certains cas, avoir un contenu déterminé. Bien que cela ne soit pas énoncé expressément (122), la disposition nationale sur laquelle s'appuiera la dérogation doit se caracté-

(119) Avec la «santé» selon EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 388.

(120) Uniquement maintenir, ainsi qu'on l'a vu, d'après le traité d'Amsterdam.

(121) Au cas où l'on admettrait une telle possibilité.

(122) Cela résulte pourtant assez clairement, entre autres, d'une analyse systémique. Le paragraphe 4 ouvrant la possibilité de dérogation est placé juste après le paragraphe engageant la Commission dans une protection élevée de la santé, de l'environnement, etc. L'analyse des travaux préparatoires va dans le même sens.

riser par un niveau de protection plus élevé (123) que celui retenu dans la mesure d'harmonisation (124). Les États «retardataires» ne pourront pas se servir des possibilités qu'offre le paragraphe 4. Ce sont d'autres dispositions du traité qui peuvent, ainsi qu'on l'a vu (125), épouser leurs intérêts.

Dire pourtant qu'un niveau de protection est plus élevé qu'un autre n'aura pas forcément de sens dans tous les domaines envisagés par l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 — 5]. Si la comparaison pourra s'établir relativement facilement par rapport à la protection de l'environnement, de la santé, etc., elle sera plus difficile à opérer dans d'autres domaines où s'opposeront non plus des chiffres mais des philosophies différentes. Est-il sûr, par exemple, que la protection la plus efficace du patrimoine archéologique et historique d'une nation s'opère par des mesures essentiellement répressives et non pas par des mesures éducatives ou des mesures visant à concilier raisonnablement les intérêts de la nation, de la science, du commerce, de la construction, etc. ?

C) *L'encadrement communautaire de la dérogation*

On eût été surpris de voir les États membres déclarer inapplicables chez eux des mesures communautaires d'harmonisation sans que le droit communautaire ne prévît aucune sorte de contrôle communautaire. Et de fait, le — actuel — paragraphe 4 de l'article 100A [art. 95 §§ 6 — 9] ébauche un mécanisme d'encadrement des pouvoirs conférés aux États membres (a). De surcroît, les libertés communautaires, même en cas de déclaration nationale d'inapplication d'une mesure d'harmonisation, ne perdent pas l'essentiel de

(123) Ainsi, expressément, Martin BANGEMANN, «Das Binnenmarktprogramm als Erfolgskonzept», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 8; Silke BRAMMER, *Die Kompetenzen der EG im Bereich Binnenmarkt nach der EEA*, Florence, European University Institute, 1988, p. 68; MERTENS DE WILMAR, *op. cit.*, p. 615; SCHEUING, *op. cit.*, pp. 169-170. Voir aussi en ce sens la riche argumentation développée par JANS, *op. cit.*, p. 223-224. *Contra* P. KROMAREK, «The Single European Act and the Environment», *European Environmental Review*, 1986, p. 12, citée par KOPPEN, *op. cit.*, p. 633. Koppen se montre sensible à l'approche de Kromarek en considération surtout du fait que, dans l'article 130T [art. 176], qu'on étudiera plus loin, il est expressément prévu que la dérogation ne peut avoir lieu qu'en vue de l'application de «mesures de protection renforcées» cependant que l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 et 5] reste muet à cet égard. Si l'auteur se range finalement à l'avis de la majorité de la doctrine, c'est en application, pour ce qui est de l'environnement, de la règle *lex specialis* (article 130T [art. 176] par rapport à l'article 100A [art. 95]), ce qui, au vu de la jurisprudence, n'est pourtant pas évident; voir sur cette question *infra*.

(124) Dans un autre sens MATTERA, *op. cit.* (1990), p. 172, selon lequel une mesure communautaire d'harmonisation se caractérisant, conformément au paragraphe 3, par un niveau de protection élevé, exclurait la possibilité de dérogations nationales en vertu du paragraphe 4. Pourtant, en dépit de leurs liens évidents, les deux dispositions gardent un haut degré d'autonomie l'une par rapport à l'autre. Puis, en attendant toutefois la décision de la CJCE, la Commission, responsable à la fois du niveau de protection retenu (§ 3) et, ainsi qu'on le verra, de la «confirmation» accordée à la mesure nationale de dérogation (§ 4, al. 2), se transformerait en juge et partie.

(125) Par exemple, l'article 7C [art. 15].

leur vigueur, les pouvoirs accordés par le paragraphe 4 [§§ 6 — 9] aux Etats membres agissant en quelque sorte à un second degré (b).

a) *Le mécanisme d'encadrement*

Chacun des trois alinéas du paragraphe 4 (version de 1992) prévoit son propre mécanisme d'encadrement des pouvoirs accordés aux Etats membres. La première limitation de ceux-ci réside, selon l'alinéa 1^{er} [§ 4], dans l'obligation pour les Etats membres de notifier à la Commission l'inapplicabilité chez eux d'une mesure d'harmonisation donnée. Cette notification constitue la condition pour le déclenchement de la deuxième phase de contrôle communautaire, à savoir la « confirmation » par la Commission des dispositions nationales dérogatoires (alinéa 2). Cela ne veut pourtant pas dire que l'absence de notification entraînerait l'inaction forcée de la Commission et donc la paralysie du système communautaire d'encadrement, mais, il est vrai, le paragraphe 4 ne prévoit rien pour ce cas de figure. Des auteurs (126) ont pensé pouvoir s'inspirer de l'article 93 [88] § 3 du traité CE relatif au contrôle par la Commission des aides d'Etat. On sait que cet article impose aux Etats de notifier à la Commission tout projet d'aide sans rien prévoir pour autant en cas d'absence de notification. Contrairement aux souhaits de la Commission, la jurisprudence de la CJCE n'a pas déclaré, en guise de sanction, *ipso facto* incompatibles avec le droit communautaire les aides d'Etat non notifiées (127). Il semble pourtant que, dans le cas de la substitution de dispositions nationales à des mesures d'harmonisation communautaires, l'absence de notification devrait entraîner l'« illégalité » de ces dispositions. La différence de degré d'incidence sur le fonctionnement du marché commun entre une mesure affectant la concurrence et produisant ses effets sur le long terme et de manière plutôt indirecte (aide non notifiée) et une disposition heurtant de front une ou plusieurs libertés communautaires (dérogation non notifiée) est appréciable.

On relèvera qu'une telle interprétation (128), qui rend la notification de la disposition nationale de dérogation élément constitutif de sa licéité, dispense de répondre à une question qui sinon resterait en suspens : quand un Etat membre devrait-il procéder à la notification de la disposition de dérogation ? (129) En effet, cette dernière ne devient *prima facie* licite que

(126) FLYNN, *op. cit.*, p. 695; EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 398; LANGEHEINE, *op. cit.*, 1989, p. 358; MÜLLER-GRAFF, *op. cit.*, p. 149.

(127) Ordonnance du président de la CJCE du 3 mai 1985, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV c. Commission*, affaires jointes 67, 68 et 70/85, *Rec.*, p. 1315; arrêt *France c. Commission* du 14 février 1990, aff. C.301-87, *Rec.*, p. I-307.

(128) *Contra* GULMANN, *op. cit.*, pp. 38-39 et GOSALBO BONO, *op. cit.*, p. 790.

(129) Selon le document de la présidence portant cadre général pour un projet de révision des traités (Dublin II), l'Etat membre désireux de se prévaloir du «opting out» de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] devait notifier cela à la Commission «immédiatement» (*Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 204).

depuis justement sa notification à la Commission (130). Avant, elle est dénuée de toute valeur juridique (131). Selon la formule de la Cour, « la procédure prévue à cette disposition vise à assurer qu'aucun Etat membre ne pourra appliquer une réglementation nationale qui déroge aux règles harmonisées sans en avoir obtenu la confirmation de la Commission. » (132)

Quoi qu'il en soit, le véritable encadrement des pouvoirs de l'Etat membre s'opère grâce à la disposition de l'alinéa 2 du paragraphe 4 qui énonce (version de 1992) :

« La Commission confirme les dispositions en cause après avoir vérifié qu'elles ne sont pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres ».

La confirmation en question, qui doit sans doute revêtir la forme d'une décision au sens de l'article 189 [art. 249] CE (133), laisse peu de marge de manœuvre à la Commission. Il s'agit en quelque sorte d'un contrôle minimum que celle-ci est en droit d'opérer (134). La Commission n'a notamment pas le pouvoir de prescrire à l'Etat membre le contenu des dispositions nationales, comme c'est le cas en matière de mesures de sauvegarde (articles 115 [art. 134], 226 [abrogé], etc.). Son seul pouvoir, tout au moins formellement (135), est

(130) Cf. DECOCCO, *op. cit.*, p. 233. D. VIGNES, *op. cit.*, 1993, p. 325 penche en faveur de la thèse de l'existence d'un délai de notification.

(131) Naturellement, non seulement la Commission (devant la CJCE) mais également les particuliers (devant le juge national) pourront faire constater pareille illécéité.

(132) Arrêt cité du 17 mai 1994, point 28.

(133) En ce sens JOËL MOLINIER, *Droit du marché intérieur européen*, Paris, LGDJ, 1995, p. 73; LANGEHEINE, *op. cit.*, 1989, p. 357 ainsi que l'avocat général Giuseppe TESAURO dans ses conclusions sur l'affaire C-41/93 (*France c. Commission*), *Rec.*, 1994, p. I-1829. Pourtant, cela n'est que « souhaitable » pour SIMON, *op. cit.* (1992), p. 570. A noter que l'article 100A § 4 al. 2 ne fixe, dans sa version du traité de Maastricht, pas de délai à la Commission pour réagir. Il doit sans doute s'agir d'un délai raisonnable. Dans l'affaire du pentachlorophénol, la notification de l'Allemagne date du 2 août 1991 et la confirmation de la Commission du 2 décembre 1992. On peut émettre des doutes sur le caractère « raisonnable » d'un tel délai (16 mois). Voir aussi les intéressantes observations de ADAM, *op. cit.*, p. 710 sur la possibilité pour l'Etat membre concerné de continuer à appliquer sa propre législation en attendant la « confirmation » de la Commission. Le traité d'Amsterdam (nouveau paragraphe 6, alinéa 1) impose à la Commission un délai de six mois. Dans les conditions du nouveau paragraphe 6, alinéa 3, ce délai peut être prorogé de six mois supplémentaires.

(134) *Contra* HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 120.

(135) Naturellement, lors de négociations avec l'Etat membre et sous la menace d'un rejet en bloc de la mesure de dérogation nationale, la Commission pourra éventuellement imposer une modification du contenu de la disposition nationale. Quant au fond, la Commission devrait surtout s'appuyer sur le test de la proportionnalité afin de réfuter les thèses de l'Etat dérogeant. La proportionnalité, principe qui irrigue l'ensemble du droit communautaire, trouve un appui textuel dans l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] : « dispositions nationales justifiées par des exigences importantes ». Curieusement, c'est la déclaration du Danemark inscrite dans l'Acte final de la conférence de 1985-86 (voir note suivante) qui insiste le plus sur la nécessaire prise en compte de la proportionnalité de la dérogation nationale. Voir cependant pour une lecture « subjectiviste » de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] KAPTEYN et VERLOREN VAN THEMAAT, *op. cit.*, p. 404 (ainsi que la critique circonstanciée de leur thèse par JANS, *op. cit.*, p. 222). La Cour, dans son arrêt du 17 mai 1994 déjà cité (point 27) semble privilégier, comme on pouvait s'y attendre, l'approche « objectiviste » quand elle impose à la Commission la tâche de « vérifier si les dispositions en cause sont justifiées par les exigences importantes mentionnées » à l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4].

d'agréer ou de rejeter (136) en bloc les dispositions nationales dérogeant aux mesures d'harmonisation. Ce n'est pas un hasard au demeurant si les seuls motifs sur lesquels la Commission peut s'appuyer pour rejeter les dispositions nationales sont calquées sur les motifs qui invalident les pouvoirs détenus par les Etats membres au titre de l'article 36 [art. 30]. Or, on sait la dangerosité de ces pouvoirs susceptibles de mettre sérieusement en mal la libre circulation des marchandises (137). Comme seule compensation reste le fait que la charge de la preuve, au cas où l'affaire viendrait devant la CJCE, incomberait à l'Etat membre (138).

Sous l'empire du traité d'Amsterdam, les Etats membres «avancés» continuent à peser considérablement sur la procédure du «opting out». Cela résulte en particulier de la disposition du nouveau paragraphe 6, alinéa 2, selon laquelle

«En l'absence de décision de la Commission dans ce délai [six mois], les dispositions nationales visées aux paragraphes 4 et 5 sont réputées approuvées.»

Cet apport du traité de 1997, favorable aux Etats «avancés», retiendra tout particulièrement l'attention si on le compare (139) avec l'appréciation que porte sur l'actuel (version de 1992) article 100A § 4 al. 2 l'avocat général Antonio SAGGIO dans ses conclusions sur l'affaire *Willy Burstein c/ Freistaat Bayern* (140), conclusions selon lesquelles la décision de la Com-

(136) Il va de soi que le verbe «confirme» implique aussi la possibilité pour la Commission d'«infirmer» (ainsi SIMON, *op. cit.* (1992), p. 569). Le Danemark, par le biais d'une déclaration qu'il a jointe au texte de l'Acte final de la conférence sur l'Acte unique européen, est soupçonné par une partie considérable de la doctrine d'avoir voulu diminuer sinon supprimer les compétences de la Commission en la matière. On devrait probablement adopter une position plus nuancée. Le texte complet de cette déclaration est le suivant : «Le gouvernement danois constate que, dans le cas où un pays membre considère qu'une mesure d'harmonisation adoptée sous l'article 100A ne sauvegarde pas des exigences plus élevées concernant l'environnement du travail, la protection de l'environnement ou les autres exigences mentionnées dans l'article 36, le paragraphe 4 de l'article 100A assure que le pays membre concerné peut appliquer des mesures nationales. Les mesures nationales seront prises dans le but de couvrir les exigences mentionnées ci-dessus et ne doivent pas constituer un protectionnisme déguisé». De quelque manière qu'on veuille interpréter cette déclaration, on conviendra que sa portée juridique, ne liant que l'Etat membre auteur, reste minime. Le traité d'Amsterdam, se résolvant peut-être à écarter toute ambiguïté que la déclaration danoise aurait pu faire naître, précise, dans le nouveau paragraphe 6, alinéa 1 de l'article 100A [art. 95], que la Commission peut «approuver» ou «rejeter» les dispositions nationales en cause.

(137) Cf. GULMANN, *op. cit.*, p. 36.

(138) En ce sens HAYDER, *op. cit.*, p. 684 et D. SIMON, observations sous *France c. Commission*, arrêt du 17 mai 1994 (*Europe*, juillet 1994, p. 12). *Contra* MEIER, *op. cit.*, p. 540.

(139) Voir aussi *supra* note 132 pour la position de la Cour.

(140) Aff. C-127/97, conclusions en date du 7 mai 1998. L'arrêt de la Cour dans cette affaire, en date du 1^{er} octobre 1998 (*Rec.*, p. I-6005), ne prend pas position sur l'«opting out» allemand affectant une directive 76/769/CEE du Conseil. Aff. C-127/97, conclusions en date du 7 mai 1998. L'arrêt de la Cour dans cette affaire, en date du 1^{er} octobre 1998 (*Rec.*, p. I-6005), ne prend pas position sur l'«opting out» allemand affectant une directive 76/769/CEE du Conseil. A noter aussi que si, dans son arrêt *Antoine Kortas*, cité, la Cour estime que la Commission doit «examiner aussi rapidement que possible les dispositions nationales [de dérogation] qui lui ont été soumises» (point 35), l'absence de réaction de la Commission, si longue (deux ans dans ce cas!) et injustifiée soit elle, n'autorise point l'Etat membre à appliquer les dispositions nationales dérogoires à l'acte communautaire (point 36).

mission « revêt le caractère d'une autorisation, avec effet constitutif, c'est-à-dire d'une condition *sine qua non* de l'applicabilité des dispositions nationales plus strictes que la mesure communautaire » (point 23). L'avocat général souligne au demeurant la différence du droit positif avant et après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (note 23 des conclusions).

On notera, enfin, que la Commission ne reçoit pas le pouvoir, dans le cadre de l'article 100A § 4 [art. 95 § 6], de limiter dans le temps les dispositions nationales dérogatoires des mesures communautaires d'harmonisation (141). Rien n'exclut néanmoins que le passage d'un laps de temps aboutisse progressivement à une réduction importante du décalage initial entre la réalité communautaire et la disposition nationale (142). Il n'en sera pourtant pas possible dans pareil cas à la Commission de réagir sur la base de l'alinéa 2 [§ 6 al. 1] en invoquant un quelconque « moyen de discrimination arbitraire » ou une « restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres ». Ces deux (143) clauses gouvernaient la seule « confirmation » de la disposition nationale par la Commission ; elles ne régissent plus l'application de la disposition nationale. La Commission reste prisonnière de son appréciation positive initiale. Ce qui risque de la rendre assez circonspecte (144) (145) lors de chaque mise en pratique de l'alinéa 2 [§ 6 al. 1].

Cela dit, ni la Commission ni les autres Etats membres ne restent désarmés devant un maintien d'une disposition nationale dérogatoire que plus — quasiment — rien ne justifierait. L'alinéa 3 du paragraphe 4 énonce [§ 9] :

(141) En ce sens GLAESNER, *op. cit.*, p. 622. *Contra* GOSALBO BONO, *op. cit.*, p. 791.

(142) L'exemple type serait une mesure d'harmonisation communautaire dans le domaine de la protection de l'environnement à laquelle dérogerait une disposition nationale retenant des critères de protection beaucoup plus élevés. Si une sensibilisation croissante des opinions publiques fait que les autres Etats membres adoptent progressivement, au besoin en ayant recours au paragraphe 4 (ce qui sera pourtant rendu problématique avec Amsterdam ; voir le nouvel art. 95 § 5), des critères de protection plus élevés que ceux retenus dans la mesure d'harmonisation, la différence de « niveau » entre la disposition nationale de dérogation et la réalité concrète en vigueur dans la Communauté se réduirait considérablement. Il en sera *a fortiori* ainsi si c'est l'acte communautaire qui, ultérieurement modifié, élève son propre « niveau ».

(143) L'article 95 § 6 al. 1 (selon la numérotation du traité d'Amsterdam) comporte aussi une troisième clause : « entrave au fonctionnement du marché intérieur » ; il n'est pas certain qu'elle ajoute quelque chose de plus.

(144) Voir pour un écho des critiques adressées à la sévérité dont a pu faire preuve la Commission, Michel PETITE, « Le traité d'Amsterdam : ambition et réalisme », *Revue du marché unique européen*, 1997, n° 3, pp. 17-52, spéc. p. 33.

(145) C'est pourtant le contraire qui s'est produit dans la principale affaire où, à ce jour, la Cour s'est véritablement penchée sur l'article 100A § 4. L'arrêt *France c. Commission* du 17 mai 1994, déjà cité, annule la confirmation que la Commission avait accordée à l'Allemagne, un Etat qui, se référant au paragraphe 4, entendait ne pas se lier par la directive du Conseil 91/173/CEE concernant l'harmonisation dans le domaine de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances dangereuses dont le pentachlorophénol. L'annulation se fonde sur le manque d'une motivation à suffisance de droit. Ne peut-on y entrevoir un certain laxisme reproché à la Commission ? Cette dernière a en tout cas pris une nouvelle décision de confirmation au profit de l'Allemagne le 14 décembre 1994 (*J.O.C.E.* n° L 316, p. 43).

«Par dérogation à la procédure prévue aux articles 169 [art. 226] et 170 [art. 227], la Commission ou tout Etat membre peut saisir directement la Cour de justice s'il estime (146) qu'un autre Etat membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus au présent article».

On peut hésiter de prime abord sur la qualification de la nature juridique de cette disposition du traité; disposition de fond? disposition de procédure? les deux à la fois? La réponse dépendra essentiellement du fait de savoir si l'interdiction de l'abus de droit constitue un principe général du droit communautaire. Le lecteur conviendra qu'une telle recherche ne peut être menée dans le cadre de la présente étude, mais il semble que le principe incontestable de la proportionnalité, l'interdiction du détournement de pouvoir, les éléments fournis par les articles 86 [art. 82] et 225 [art. 298] du traité sans oublier le fait qu'un grand nombre d'Etats membres connaissent ce principe (bien que ne lui attribuant pas tous la même portée) font penser à une réponse affirmative (147).

Si donc l'interdiction de l'usage abusif fait déjà partie du droit communautaire, l'alinéa 3 [§ 9] n'ajoute qu'une modification de la procédure qui devrait être normalement observée. La phase précontentieuse plutôt lourde des recours en manquement est supprimée, ce qui facilite évidemment l'emploi de ce recours et rend, du même coup, plus vulnérable la position de l'Etat membre auteur de la disposition nationale de dérogation à la mesure communautaire d'harmonisation. Grand bénéficiaire de la facilitation du recours en manquement n'est pas tant la Commission — à supposer qu'on puisse parler de «bénéfice» de cette institution neutre et impartiale — mais les autres Etats membres au premier rang desquels figureront sans doute les Etats les moins «avancés» et qui sont ceux qui pâtissent le plus de la disposition nationale de dérogation.

Il convient en tout cas de ne pas trop étendre l'application de l'article 100A § 4 al. 3 [art. 95 § 9] qui est, et qui doit rester, une disposition exceptionnelle (148). Ainsi, par exemple, la non-notification à la Commission d'une mesure nationale de dérogation, tout en étant illicite, ne constitue pas un «usage abusif des pouvoirs prévus au présent article» (149) pour l'excellente raison qu'un Etat ne possède pas le *pouvoir* de ne pas notifier à la Commission les mesures incriminées (150). Quant à la phrase «usage

(146) «s'ils estiment», dans le traité d'Amsterdam. Le pluriel s'imposait à l'évidence.

(147) Voir pour des références doctrinales et jurisprudentielles L. NEVILLE BROWN, «Is there a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?» (*Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, vol. II, pp. 511-525). La réponse de cet auteur est, *de lege lata*, assez prudente, cependant que, pour la Cour, «les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires» (arrêt *Kefalas* du 12 mai 1998, aff. C-367/96, *Rec.*, p. I-2843, point 20).

(148) *Contra* MERTENS DE WILMAR, *op. cit.*, p. 615.

(149) En ce sens, apparemment, DECOCQ, *op. cit.*, p. 233. *Contra* MONTAG, *op. cit.*, p. 942.

(150) Il en va *a fortiori* ainsi de l'application de mesures nationales dérogatoires en dépit du refus de la Commission de «confirmer». *Contra* curieusement WATT et DASHWOOD, *op. cit.*, p. 336.

abusif des pouvoirs prévus *au présent article*» (article 100A § 4 al. 3 [art. 95 § 9] *in fine*), elle est due probablement à une erreur. On ne voit, tout d'abord, aucune possibilité d'application de la disposition de l'article 100A § 4 al. 3 [art. 95 § 9] aux situations décrites dans les trois premiers paragraphes de l'article 100A [art. 95] (151). De même, il serait exceptionnel d'utiliser cette procédure en matière de clauses de sauvegarde (paragraphe 5 [§ 9]) (152). Toute illégalité, on le répétera, ne saurait être constitutive d'un abus de pouvoir (153).

Quant au contenu concret de l'abus de pouvoir dont un Etat membre se rendrait coupable dans le cadre du paragraphe 4 [§ 9], on ne peut raisonnablement l'établir que sur une base cas par cas. En général, pourtant, on ne pourra s'empêcher de penser que l'interdiction de «l'usage abusif» de l'alinéa 3 [§ 9] est le pendant de l'interdiction de la «discrimination arbitraire» et de la «restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres» de l'alinéa 2 [§ 6]. Les deux (154) interdictions interviennent seulement à deux moments différents : avant et après la «confirmation». Elles se mettent en œuvre aussi par le biais de procédures différentes.

Une autre remarque s'impose par ailleurs : si l'alinéa 2 [§ 6] est calqué sur l'article 36 [art. 30], l'alinéa 3 [§ 9], lui, est calqué sur l'article 225 [art. 298]. Cette manie de la décalcomanie est jusqu'à un certain point compréhensible. Le «constituant» communautaire est soucieux, à juste titre, de faire rentrer, dans la mesure du possible, les diverses façons de réagir des institutions et des Etats membres dans des catégories préétablies pour lesquelles existe déjà une certaine jurisprudence ou du moins une certaine doctrine (cas spécifique de l'article 225 [art. 298]). Est-il toujours adroit dans ses choix de calquage ? Le paragraphe 4 [§§ 4 — 9] fournit peut-être l'occasion de lui contester cette qualité.

On a déjà rappelé que l'article 36 [art. 30] est relatif à la seule libre circulation des marchandises. S'en inspirer à propos d'une disposition (celle de l'article 100A § 4 al. 2 [art. 95 § 6]) censée couvrir également d'autres libertés communautaires est plutôt maladroit puisqu'on donne ainsi naissance à de vains (?) soupçons que la «confirmation» de la Commission ne peut intervenir qu'à propos de dispositions nationales dérogeant à des mesures communautaires d'harmonisation dans le domaine de la libre circulation des marchandises. A tout le moins, la deuxième clause de l'alinéa 2 régissant la confirmation (la «restriction déguisée dans le commerce entre

(151) Le traité d'Amsterdam, qui reproduit le contenu de l'actuel article 4, al. 3 dans un nouveau paragraphe 9 de l'article 100A [art. 95], n'a malheureusement pas saisi l'occasion de rectifier cette erreur.

(152) *Contra* DE RUYT, *op. cit.*, p. 173, BRAMMER, *op. cit.*, pp. 63-63 et, apparemment, VAN OMMESLAGHE et PIESSEVAUX, *op. cit.*, n° 71.

(153) A noter que, selon PESCATORE, *op. cit.*, p. 158, la preuve de l'existence de l'abus de pouvoir incombe à la Commission.

(154) Auxquelles s'ajoute avec Amsterdam la troisième : l'interdiction d'entraver «le fonctionnement du marché intérieur».

Etats membres) est presque (?) totalement dénuée de sens par rapport aux libertés autres que celles de la circulation des marchandises.

Le cas du calquage de l'article 225 [art. 298] n'est pas mieux inspiré, notamment parce que la notion d'abus de pouvoir y intervient dans un contexte politiquement très sensible. En dépit de quelques voix discordantes, il s'agit là bel et bien d'une réserve de souveraineté dont les articles 224 [art. 297] et 225 [art. 298] traitent, ainsi que le montrent les conclusions de l'avocat général F.G. JACOBS prononcées dans l'affaire C-120/94 *Commission c. Grèce* (non publiées, suite au désistement de la Commission) relatives aux mesures d'embargo imposées par cet Etat membre à l'encontre de l'ancienne République yougoslave de Macédoine (155). Or, la spécificité de ce contexte risque fort de déteindre sur l'interprétation de l'expression «abus de pouvoir» (156).

On terminera les développements concernant le mécanisme d'encadrement en attirant l'attention sur une disposition du traité dont l'unique objectif est justement la suppression de tout mécanisme d'encadrement. En effet, l'article 130T [art. 176] autorise «chaque Etat membre» (157) à maintenir ou à établir des «mesures de protection renforcées» en matière de protection de l'environnement. Le maintien ou l'établissement de ses mesures nationales dérogeant aux mesures communautaires d'harmonisation adoptées sur la base des articles 130R [art. 174] et 130S [art. 175] sont libres de tout contrôle communautaire *a priori*. On observera seulement que, dans ces cas, les mesures «renforcées» doivent être «compatibles avec le présent traité», expression sur laquelle pourra notamment s'appuyer, *a posteriori*, un recours en manquement (158).

Dans le domaine particulier de la protection de l'environnement, les interférences des mesures «renforcées» avec les libertés communautaires, plus particulièrement avec la liberté de circulation des marchandises, risquent d'être fort nombreuses et importantes (159). L'exigence de compatibilité avec le «présent traité» a notamment été interprétée (160) comme un délaissement de la base juridique des articles 130R [art. 174] et 130S [art. 175]. En cas de conflit entre la protection de l'environnement et la

(155) Cf. Constantin STEFANOU et Helen XANTHAKI, *A Legal and Political Interpretation of Articles 224 and 225 of the Treaty of Rome. The Former Yugoslav Republic of Macedonia Cases*, Dartmouth, Ashgate, 1997.

(156) *Contra* Michel WAELBROECK, *op. cit.* (1989), p. 60.

(157) Peu importe donc que la mesure d'harmonisation ait été adoptée à l'unanimité ou, au cas où elle a été adoptée à la majorité, que ce soit un Etat ayant voté avec la majorité qui a recours à ces dispositions. Ainsi L. KRÄMER, *op. cit.* (1987) p. 676.

(158) Cf. Denys SIMON dans son commentaire des articles 130R [art. 174], 130S [art. 175] et 130T [art. 176], *op. cit.* (1995), p. 484.

(159) Ainsi JARASS, *op. cit.*, p. 533.

(160) Cf. KRÄMER, *op. cit.* (1995), p. 48. Dans un sens voisin, Hans-Joachim GLAESNER, «L'environnement comme objet d'une politique communautaire» in J. CHARPENTIER (éd.), *La protection de l'environnement par les Communautés européennes*, Paris, Pedone, 1988, pp. 1^{er}-13, spéc. p. 11.

libre circulation des marchandises, l'article 100A [art. 95] retrouve ses droits, en ce qu'il concilie la protection du premier avec la sauvegarde de la seconde (161). Avec cet article (162) retrouve naturellement aussi ses droits son paragraphe 4 qui prévoit le mécanisme communautaire d'encadrement des dérogations nationales. C'est sans doute dans le même souci de resserrement de la « discipline » communautaire que le traité sur l'Union européenne a renforcé l'article 130T [art. 176] en soulignant la nécessité pour les mesures nationales « renforcées » d'être compatibles avec le traité. Une comparaison des versions de cet article datant de 1986 et de 1992 est à cet égard instructive (163). De même, le traité de Maastricht a imposé la notification de ces mesures à la Commission (164). Pourtant, si bizarre que cela puisse paraître, l'article 130T [art. 176] n'exige absolument pas une « confirmation » analogue à celle de l'article 100A [art. 95 §§ 4 et 5], ce qui

(161) Cf. la clause « sans préjudice de l'article 100A [art. 95] » qu'on trouve à l'article 130S [art. 175] § 2 al. 1. Il faut dire aussi que, dans l'affaire « Dioxyde de titane » (*Commission c. Conseil*, arrêt du 11 juin 1991, aff. C-300/89, *Rec.*, p. 2827), qui a privilégié la prépondérance de l'article 100A [art. 95], le souci de la sauvegarde de l'équilibre institutionnel a probablement joué son rôle. Dans l'ancien article 130S [art. 175], le Parlement européen n'était que consulté alors qu'il co-opérait dans l'article 100A [art. 95]. Si c'est bien ce souci de la Cour qui a essentiellement dicté la solution, le rapprochement par Maastricht des procédures de décision des articles 100A [art. 95] (189B [art. 251]) et 130S [art. 175] (189C [art. 252]) est susceptible de promouvoir une autre solution pour l'avenir. Cf. Damien GERADIN, « Trade and Environmental Protection : Community Harmonisation and National Environmental Standards », *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 151-199, spéc. p. 175. Cette étape sera peut-être venue avec le traité d'Amsterdam. La substitution de la procédure de l'article 189B [art. 251] à celle de l'article 189C [art. 252] par rapport à l'article 130S [art. 175], que ce traité opère, devrait logiquement simplifier le choix de la base juridique entre les articles concurrents 100A [art. 95] et 130S [art. 175] (cf. Damien GERADIN, « Les compétences respectives de la Communauté et des Etats membres dans le domaine de l'environnement » in J. DUTHEIL DE LA ROCHE (éd.), « Le droit communautaire de l'environnement. Mise en œuvre et perspectives », *Notes et Etudes documentaires*, juillet 1998, n° 5075, pp. 33-55, spéc. p. 55). Quoi qu'il en soit, la querelle au sujet de la base juridique en matière d'environnement est loin d'être close. Voir, pour une analyse récente de la jurisprudence, Xavier DEBROUX, « Le choix de la base juridique dans l'action environnementale de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 1995, pp. 383-397 et GERADIN, *op. cit.* (1997), p. 80 et s.

(162) EPINAY et MÖLLERS, *op. cit.*, p. 59, observent malicieusement que, si la base légale en matière d'harmonisation dans le domaine de la circulation des marchandises réside dans l'article 100A [art. 95], il est peu probable que l'article 130T [art. 176] entre en conflit avec les articles 30 [art. 28] et 34 [29]!

(163) Cette formule est illusoire pour BLUMANN (*op. cit.*, 1997, Colloque d'Angers, p. 93), selon lequel toute mesure nationale se doit de toute façon de respecter le traité.

(164) Très proche de l'article 130T [art. 176] est également la disposition — introduite par le traité de Maastricht — de l'article 129A § 3 [art. 153 § 5] (« Les actions arrêtées [en vertu de la procédure de l'article 189B [art. 251] en matière de protection des consommateurs] ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes »). Cependant, sous l'empire du traité de Maastricht, cette disposition se réfère aux « actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres » mentionnées à l'article 129A § 1 *lit.* b. Il est loin d'être acquis que ces « actions » en matière de protection des consommateurs, auxquelles se réfère cette disposition, correspondent à des mesures d'harmonisation telles qu'on les comprend couramment et telles que l'article 129A lui-même les envisage (dans son paragraphe 1, *lit.* a). Très clairement dans le sens du scepticisme D. SIMON dans son commentaire de l'article 129A [art. 153] in CONSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (éds), *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 388. La nouvelle version (1997) de l'article 129A (renuméroté en 153) autorise cependant *expressis verbis* l'harmonisation dans le domaine de la protection des consommateurs (art. 153 § 3 *lit.* a).

nuit au resserrement de la discipline communautaire (165). Seule donc une action de la Commission *a posteriori*, en clair un recours en manquement, sera susceptible d'amener l'Etat membre à adopter des « mesures compatibles avec le présent traité ».

b) *Conséquences de la dérogation*

Si les conditions déjà examinées sont réunies, le paragraphe 4 confère à un Etat membre le pouvoir de substituer sa propre réglementation à la mesure communautaire d'harmonisation des réglementations nationales. La réelle portée de cette substitution ne peut pourtant être appréciée que si l'on apprécie auparavant la portée d'une mesure communautaire d'harmonisation.

Schématiquement, on peut dire qu'une mesure d'harmonisation peut agir en faveur de l'intégration communautaire de deux façons différentes, une indirecte et une directe. Indirectement, elle *facilite* l'intégration, ce qui veut dire que celle-ci aurait été possible même sans l'intervention de la mesure d'harmonisation. Directement, la mesure d'harmonisation *permet*, dans un domaine donné, l'intégration, ce qui signifie que, sans l'harmonisation, l'intégration butterait sur les restes, mais restes puissants, de la souveraineté économique des Etats.

Ces « obstacles » que prévoit le traité et qui peuvent être utilisés par les Etats membres varient d'une liberté communautaire à une autre. Si les obstacles à la libre circulation des capitaux ont, pour l'essentiel, disparu depuis la directive du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (88/361 CEE) (166) et, surtout, depuis le traité sur l'Union européenne (nouveaux articles 73A — 73H [art. 65 — 60, les articles 73A et 73H ayant été abrogés]) (167), aucun changement au niveau du texte fondamental n'est intervenu par rapport à la libre circulation des marchandises et la libre circulation des personnes ou la libre prestation des services (168). Il convient d'étudier séparément la portée de la dérogation au titre de l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 à 9] par rapport à la libre circulation des marchandises et par rapport à la libre prestation des services.

(165) SIMON dans son commentaire de l'article 130T [176] in CONSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (éds), *Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 484, n° 19; KIENLE, *op. cit.*, p. 121, n° 42.

(166) J.O.C.E. n° L 178, 8 juillet 1988, p. 5.

(167) Voir néanmoins l'article 73D [art. 58].

(168) On rappellera que, en vertu du paragraphe 2, la libre circulation des personnes est exclue du domaine d'application de l'article 100A [art. 95]. La libre prestation des services, non formellement exclue, y est en revanche comprise sauf bien sûr les matières où existerait une base juridique spéciale. La doctrine apparaît pourtant assez divisée. Voir ainsi pour une opinion contraire à celle défendue ici EVERLING, *op. cit.*, p. 1168, GLAESNER, *op. cit.*, p. 619 et LANGEHEINE, *op. cit.*, 1995.

i) S'agissant de la circulation des marchandises, la « faculté d'empêcher » des Etats membres trouve sa source première dans l'article 36 [art. 30] (169). On peut visualiser une mesure d'harmonisation comme un voile qui s'interposerait entre l'Etat membre et l'article 36 [art. 30] (170), la fonction de la dérogation autorisée par l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 et 5] consistant justement dans la levée de ce voile. L'Etat membre, en s'appuyant sur cette disposition, recouvrerait donc tous les pouvoirs qui étaient les siens au titre de l'article 36 [art. 30] avant l'adoption des mesures d'harmonisation (171).

On sait par ailleurs que la « confirmation » (rebaptisée « approbation » par le traité d'Amsterdam) conférée par la Commission à la dérogation nationale implique la vérification préalable de l'existence d'« exigences importantes visées à l'article 36 [art. 30] », si, naturellement, ce sont de telles « exigences » que l'Etat membre a invoquées. Il serait ultérieurement, et dans des conditions normales, pour le moins surprenant de voir la Commission contester l'invocation de l'article 36 [art. 30] par l'Etat membre échappant licitement à l'application de la mesure d'harmonisation (172). Après tout, ce qui incitera l'Etat membre à se servir de la possibilité que lui offre l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 §§ 4 et 5] est de pouvoir, le moment venu, opérer des restrictions quantitatives pour des raisons tenant à la protection de la santé publique, de l'ordre public, des bonnes mœurs, etc.

S'il convient donc d'écarter la possibilité pour la Commission d'intenter un recours en manquement, étant donné qu'elle a déjà dû, lors de la procédure de la « confirmation », se prononcer sur le fond, comment conviendrait-il de traiter le cas des autres Etats membres ? Certes, leur accord n'est pas requis en vue de la « confirmation », mais ils avaient tout loisir d'attaquer en annulation la décision de la Commission prononçant la « confirmation ». Le fait qu'ils ne l'ont pas fait, soit par négligence, soit parce qu'ils étaient au fond d'accord avec l'analyse de la Commission, ne devrait logiquement pas leur profiter.

Dans ces conditions, l'invocation de l'article 36 [art. 30] par l'Etat membre échappant à l'obligation d'appliquer la mesure d'harmonisation est

(169) On n'étudie pas ici les clauses de sauvegarde qui, fortement encadrées, ne déploient qu'une action limitée dans le temps.

(170) Encore faut-il que l'harmonisation dans le domaine envisagé soit complète. Dans la mesure où son « voile » ne recouvre pas la totalité du domaine d'application de l'article 36 [art. 30], l'Etat membre garde, en bonne logique, certains pouvoirs de recourir à des mesures dérogatoires. La jurisprudence est constante depuis l'arrêt *Tedeschi* (note *supra* 116).

(171) Comme il a déjà été indiqué, est assimilable au cas de figure de la remise en vigueur de l'article 36 [art. 30] celui de son maintien en vigueur, le tout dépendant du moment du recours à cette disposition. Dans le cas du maintien en vigueur, la mesure d'harmonisation n'aura jamais eu à s'appliquer dans l'Etat membre auteur de la dérogation de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4].

(172) En revanche, l'Etat membre auteur de la mesure de dérogation ne pourra invoquer l'article 36 [art. 30] que pour les mêmes raisons que celles qui ont justifié la dérogation. Autrement, un « usage abusif » au sens de l'alinéa 3 [paragraphe 9] serait probablement constitué.

pratiquement libre de tout contrôle (173). Seul un abus de pouvoir semble pouvoir lui être opposé, les arguments fournis par l'article 36 [art. 30] lui-même, à savoir le «moyen de discrimination arbitraire» ou la «restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres» ayant été examinés lors de la procédure de «confirmation» (174).

La levée du voile que constitue la mesure d'harmonisation remet (ou, le cas échéant, laisse) en vigueur non seulement l'article 36 [art. 30] mais aussi son *alter ego*, l'article 30 [art. 28] (et, *mutatis mutandis*, pour ce qui concerne les exportations, l'article 34 [art. 29]), ainsi qu'il est interprété par la jurisprudence *Cassis de Dijon*. On sait que, pour des raisons d'«exigence impérative» tenant à la protection de l'environnement, une mesure nationale pourtant restreignant la circulation des marchandises pourra ne pas être qualifiée de mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 [art. 28]. D'autre part, la protection de l'environnement peut motiver, au titre de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 §§ 4 et 5], la non-application d'une mesure communautaire d'harmonisation. Naturellement, la Commission, lors de la procédure de «confirmation» de la mesure nationale qui se substitue à la mesure d'harmonisation a dû examiner la valeur de l'argument environnementaliste de l'Etat membre. On peut par conséquent se demander si l'on ne se retrouve pas dans une situation identique à celle déjà examinée par rapport à l'invocation de l'article 36 [art. 30] par l'Etat membre.

Pourtant, en dépit de l'évidente analogie des deux situations, la terminologie employée semble suggérer qu'on ne peut pas passer automatiquement de la dérogation de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] à l'invocation des effets restrictifs de la jurisprudence *Cassis de Dijon*. En effet, si la «confirmation» de la Commission à la mesure de dérogation peut être donnée pour des «exigences importantes [...] relatives à la protection [...] de l'environnement», l'invocation de la jurisprudence *Cassis de Dijon* ne peut être faite que pour des «exigences impératives». Un contrôle pour le surplus qui sépare l'«impérativité» de l'«importance» pourrait être effectué et aboutir, le cas échéant, à une condamnation de l'Etat membre par la Cour de justice. La différence qui sépare le passage de la dérogation de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] (175) à l'invocation de l'article 36 [art. 30] du passage de la même dérogation à l'article 30 [art. 28] (comme interprété par la juris-

(173) On rappellera de surcroît que la dérogation au titre de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4] requiert la présence d'«exigences importantes», l'invocation de l'article 36 [art. 30] ne requérant que la présence de simples «raisons» tenant à la santé, la sécurité, l'ordre publics, etc. Voir aussi les conclusions préitées de l'avocat général TESAURO (point 6; *supra* note 133).

(174) Et, comme on l'a déjà indiqué, il ne sera pas facile de trouver des «abus de pouvoir» résolument différents d'un «moyen de discrimination arbitraire» ou d'une «restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres».

(175) Signalons que cette problématique ne concerne plus, sous l'empire du traité d'Amsterdam, que le maintien en vigueur des standards nationaux plus élevés. Pour l'introduction de standards nationaux nouveaux, l'article 95 § 5 CE (selon la nouvelle numérotation) exige, ainsi qu'on l'a vu, des «preuves scientifiques nouvelles», à charge pour l'Etat membre d'en convaincre pour leur présence *in concreto* (cf. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 29, n° 63).

prudence *Cassis de Dijon*) n'est naturellement pas seulement linguistique (176). Bien au contraire, la terminologie ne fait que traduire, quoique en peinant, la différence qualitative qui sépare une exception à la règle — l'article 36 [art. 30] — de la règle elle-même — l'article 30 [art. 28] (ou bien l'article 34 [art. 29]), lequel consacre le principe de la libre circulation des marchandises.

ii) Tout comme par rapport à la libre circulation des marchandises, l'Etat membre bénéficiant du droit de non-application d'une mesure d'harmonisation, loin de pouvoir agir totalement à sa guise, se trouve exposé, par rapport à la prestation des services, à la rigueur du principe de liberté de prestation. Il pourra, certes, afin de faire échec à ce principe, recourir aux notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, comme les articles 66 [art. 56] et 56 § 1 [art. 46 § 1] (177) l'y autorisent. Naturellement, la conformité des mesures que l'Etat membre sera éventuellement amené à arrêter pourra faire l'objet de contestations et, de nouveau, la question risque de se poser : puisque la présence d'«exigences impératives» tenant à des raisons de sécurité, santé ou ordre publics a déjà été constatée lors de la procédure de «confirmation» [«approbation»], convient-il de la constater à nouveau à la suite de l'invocation par l'Etat des articles et 66 [art. 56] et 56 § 1 [art. 46 § 1]?

On ne saurait répondre à une telle question de manière générale. Il importe, au contraire, de distinguer entre des mesures réglementaires et des mesures individuelles. S'il semble que, dans des conditions normales, il faudrait se dispenser de l'examen renouvelé de la présence des raisons de l'ordre public, etc. dans la première hypothèse, l'examen s'impose dans le cas de figure des mesures individuelles. Or, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la libre circulation des marchandises, le facteur individuel peut jouer un rôle prépondérant dans celui de la prestation des services (178). Cela sera notamment le cas dans la mesure où la prestation des services impliquera, matériellement, la circulation de personnes. En effet, si l'harmonisation en matière de libre circulation des personnes proprement

(176) Si Lucette DEFALQUE, *op. cit.*, p. 212, s'interroge sur le sens à attribuer à cette différenciation linguistique, EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 392, M. WAELBROECK, *op. cit.* (1989), p. 58, SCHEUING, *op. cit.*, p. 170, DE RUYT, *op. cit.*, p. 172, MÜLLER-GRAFF, *op. cit.* p. 147 (avec une argumentation intéressante) et SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 569, note 17, l'attribuent simplement à une faute qui aurait glissé dans le texte rédigé par les chefs d'Etat et de gouvernement eux-mêmes. Voir dans un sens plus proche de celui défendu dans le texte HAYDER (*op. cit.*, p. 681). Selon SIMON lui-même en tout cas (*ibid.*), certains Etats membres se sont opposés, une fois terminée la réunion du Conseil européen, à la modification, sur ce point, de la formule de l'article 100A § 4 al. 1 [art. 95 § 4]. Les versions linguistiques autres que celle française ont soigneusement repris à leur compte la nuance entre «exigences impératives» (*Cassis de Dijon*) et «exigences importantes» (article 100A § 4 [art. 95 § 4]) : «mandatory requirements» — «major needs»; «zwingende Erfordernisse» — «wichtige Erfordernisse», «esigenze imperative» — «esigenze importanti», etc.

(177) L'article 66 [art. 56], relatif à la libre prestation des services, renvoie à l'article 56 § 1 [art. 46 § 1], relatif à la liberté d'établissement.

(178) Cf. HATZPOULOS, *op. cit.*, p. 291.

dite reste exclue du champ d'application de l'article 100A [art. 95], le prestataire du service et/ou ses salariés (179) pourront être amenés à franchir une frontière intracommunautaire. Nul doute, dans ce cas, que la riche jurisprudence communautaire confrontant l'ordre public à la liberté de circulation des personnes trouvera application.

De même, un Etat affranchi de l'obligation d'appliquer une mesure d'harmonisation dans le domaine des services pourrait être tenté de s'opposer à la libre prestation en invoquant la jurisprudence *Van Binsbergen*. Celle-ci ne considère pas comme incompatibles avec le traité des exigences «motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général — notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité». Certes, la liste — non exhaustive — de ces exigences ne recouvre pas formellement la liste des «exigences importantes» de l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 5 à 9] al. 1, cependant qu'on ne peut exclure *a priori* la possibilité de recouvrements partiels. Si c'était le cas, le raisonnement antérieur relatif aux rapports entre la «confirmation» [«approbation»] et l'invocation par l'Etat membre de l'article 36 [art. 30] ou de la jurisprudence *Cassis* serait également à appliquer ici.

*

* *

Dans tous les cas, plusieurs auteurs (180) signalent, pour la dénoncer, une autre conséquence de la dérogation autorisée par l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 et 5] : la rupture d'égalité entre Etats membres ou, si l'on préfère, la suppression de la réciprocité. En effet, si les marchandises ou les services provenant de l'Etat membre bénéficiaire de la dérogation peuvent pénétrer librement dans le marché des autres Etats membres (ne) se conformant (qu') aux normes communautaires, l'inverse, par définition, n'est pas vrai. Ce qui heurte pourtant ainsi de front l'un des principes sacro-saints de la construction communautaire ne saurait être exagéré. Si l'importance de la discrimination risque d'acquiescer des proportions considérables, la Commission doit refuser la confirmation de la dérogation en tant que «restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres». Mais un certain malaise, fût-ce au niveau de la pure théorie, demeurera dans les autres cas de figure et, comme déjà indiqué (181), il est loin d'être sûr que l'interdiction introduite par le traité d'Amsterdam («entrave au fonctionnement du marché intérieur») puisse radicalement modifier la donne. Après tout, prise au pied de la lettre, cette nouvelle interdiction, dont la Commission doit tenir compte avant d'«approuver», signifierait pratiquement qu'aucune dérogation ne saurait valoir et viderait par conséquent de tout sens le «opting

(179) Cf. *Rush Portuguesa Lda*, 27 mars 1990, aff. 113/89, *Rec.*, p. 1417.

(180) VERLOREN VAN THEMAAT, *op. cit.*, p. 479; MEIER, *op. cit.*, p. 541; JANS, *op. cit.*, p. 225.

(181) Voir *supra* note 143.

out» de l'article 100A [art. 95]. Substantiellement, cette nouvelle interdiction ne devrait donc être vue que comme un avatar des interdictions déjà prévues par l'Acte unique européen.

§ 2. — *La réaction temporaire*

Ce qu'on peut appeler un droit de réaction temporaire (182) revêt une forme bien connue des spécialistes du droit communautaire et bien rassurante pour les États membres : la clause de sauvegarde. En vertu de la disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10],

« Les mesures d'harmonisation mentionnées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques mentionnées à l'article 36 [art. 30], des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle. »

Contrairement aux apparences, la clause de sauvegarde de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] (183) se distingue aisément, et à un double titre, des autres clauses de sauvegarde qui émaillent le traité CE ainsi que le droit dérivé. Sa mise en œuvre risque de butter sur de nombreuses difficultés (A); sa justification profonde a pu susciter des interrogations (B).

A) *Une mise en œuvre incertaine*

Sur le plan de la technique juridique, plusieurs incertitudes risquent d'affecter la mise en œuvre de cette disposition.

a) *Une clause de sauvegarde ?*

On remarquera tout d'abord que, à strictement parler, la disposition étudiée ne constitue pas en elle-même une clause de sauvegarde mais plutôt une incitation (184) adressée au « législateur » communautaire pour qu'il inclue dans les mesures d'harmonisation qu'il viendrait à adopter une

(182) On pourrait parler aussi d'un droit de réaction transitoire accordé par le traité d'adhésion du 24 juin 1994 aux trois nouveaux États membres. Les articles 69, 84 et 112 autorisaient respectivement l'Autriche, la Finlande et la Suède à ne pas appliquer pendant une période de quatre ans un certain nombre de dispositions (contenues respectivement dans les annexes VIII, X et XII) en matière de préservation de l'environnement, de la santé et de la sécurité des produits (voir aussi la déclaration n° 6 des Parties contractantes). Ces dispositions devraient être réexaminées durant cette période « conformément aux procédures communautaires », mais, à l'issue de celle-ci, et sans préjudice du résultat de ce réexamen, « l'acquis communautaire sera applicable aux nouveaux États membres dans les mêmes conditions que dans les États membres actuels ». Cette phrase peut être interprétée comme reconnaissant aux nouveaux États membres, qui entrent alors dans la « normalité » communautaire, le droit de se prévaloir des dispositions de l'article 100A §§ 4 et 5 [art. 95 §§ 4-10].

(183) Elle est maintenue pratiquement identique par le traité d'Amsterdam, mais elle figurera dorénavant dans le nouveau paragraphe 10 de l'article 100A [art. 95].

(184) Un simple « Appell » pour RÖRTINGER, *op. cit.*, p. 641.

clause de sauvegarde au profit d'Etats membres satisfaisant à un certain nombre de conditions. Si cela résulte clairement du texte, il n'est, en revanche, pas clair du tout quelles peuvent être les conséquences de la non-inclusion d'une clause de sauvegarde dans une mesure d'harmonisation. Certes, tout au moins s'agissant d'actes communautaires susceptibles d'annulation, un Etat membre pourrait demander l'annulation de cet acte dans le délai des deux mois prescrit par l'article 173 [art. 230], al. 5. Une fois ce délai passé inexploité, les choses se compliquent singulièrement. Un Etat pourra-t-il mettre en œuvre une clause de sauvegarde — ou seulement en prévoir une, telle une menace, dans sa réglementation nationale — alors même que la mesure communautaire d'harmonisation, « consolidée » (sauf l'hypothèse d'une exception d'illégalité, s'il s'agit d'un règlement) par l'expiration du délai des deux mois, sera muette à ce sujet ? Une disposition comme celle de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10], qui semble bien être une disposition *sur* les clauses de sauvegarde, peut-elle se transformer, peut-être subrepticement, *en* clause de sauvegarde ?

Des arguments militent aussi bien en faveur d'une réponse positive qu'en faveur d'une réponse négative. On pourrait ainsi penser que la disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] perdrait tout simplement sa raison d'être si elle se limitait à prévoir ce que le « législateur » communautaire aurait été de toute façon en droit de prévoir dans une mesure d'harmonisation. On se trouverait, en d'autres termes, dans le cas contraire, aux antipodes de la méthode d'interprétation dite de l'effet utile.

Deux autres arguments combattraient en revanche une telle interprétation favorable aux Etats membres. La disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] prévoit l'accompagnement obligatoire de la possibilité d'adopter des mesures de sauvegarde d'une « procédure communautaire de contrôle ». Cela correspond à la logique profonde de toutes les clauses de sauvegarde en droit communautaire, clauses de sauvegarde qui, non soumises à un contrôle de la part de la Communauté, auraient les conséquences les plus néfastes pour la construction communautaire et le bon fonctionnement du marché unique tandis que, sur le plan des principes, elles ramèneraient la Communauté à une vague structure de coopération intergouvernementale. Or, il convient de signaler que la disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10], en donnant à cet effet carte blanche au « législateur », ne prévoit, par elle-même, aucune « procédure communautaire de contrôle ». En l'absence de procédure de contrôle des clauses de sauvegarde, il serait peu conforme à la philosophie du droit communautaire d'autoriser des clauses de sauvegarde.

Un autre argument défavorable aux Etats membres peut être tiré du fait que la disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] accompagne son « injonction » au « législateur » d'inclure des clauses de sauvegarde dans ses mesures d'harmonisation d'une petite phrase quelque peu troublante :

«dans les cas appropriés». S'il est certain qu'il revient d'abord au «législateur» de juger du caractère «approprié» de l'inclusion d'une clause de sauvegarde, il est peu clair si son appréciation peut faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de justice. Il est inutile de préciser que les critères sur lesquels s'appuierait le contrôle de la Cour font, dans le traité, cruellement défaut (185), ce qui implique qu'une extraordinaire marge de manœuvre doit être reconnue au «législateur» communautaire. Dans l'option donc la plus favorable aux Etats membres, le contrôle juridictionnel ne pourra jamais être qu'un contrôle minimum (186). Dans ces conditions, il ne serait pas exagéré de conclure que la disposition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] adresse au «législateur» communautaire une recommandation bien plus qu'une injonction proprement dite (187).

Au cas enfin où l'on jugerait que les arguments invoqués pour et contre la reconnaissance d'une valeur de clause de sauvegarde à l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] lui-même se valent, l'on serait obligé de tenir compte de la philosophie qui sous-tend toute clause de sauvegarde. Celle-ci ne représente-t-elle pas *in ultimo* l'exception à la règle? Et n'est-ce pas que les exceptions sont sujettes à une interprétation restrictive?

b) Conditions de légalité

L'absence, «dans les cas appropriés», d'une clause de sauvegarde dans un acte communautaire d'harmonisation n'est pas seule à pouvoir entraîner, fût-ce — très — difficilement, l'annulation de l'acte. Encore faut-il que la clause de sauvegarde effectivement prévue soit conforme aux conditions de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10]. On peut distinguer des conditions relatives à la procédure d'une condition relative au fond.

i) Les conditions de procédure sont elles ne peuvent plus typiques : une période provisoire et un contrôle communautaire. Elles ne sont pas autrement explicitées, ce qui laisse un large choix au «législateur» communautaire. On peut seulement supposer, par rapport à la procédure de contrôle, que celle-ci doit, en fin de compte, aboutir à un contrôle effectif des mesures nationales de sauvegarde. En d'autres termes, la Communauté doit toujours pouvoir, si elle le juge nécessaire, s'opposer aux mesures natio-

(185) MATTERA, *op. cit.* (1990), p. 175, voit dans l'expression «dans les cas appropriés» une forme de la «nécessité», ce qui aurait permis à la Cour d'exercer un contrôle plus substantiel. Pourtant, rien ne semble indiquer, soit dans la version française, soit dans les autres versions linguistiques, que le terme «approprié» est ici employé comme synonyme du terme «nécessaire». Au demeurant, le texte de l'article 100A [art. 95] «connaît» le terme «nécessaire» et n'hésite pas à l'employer (§ 4 al. 1) [art. 95 §§ 4 et 5].

(186) Ce qui ne manquera pas de fragiliser la position de l'Etat requérant même dans le cadre du recours en annulation contre une mesure d'harmonisation ne prévoyant pas de clause de sauvegarde.

(187) EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 399, notamment, vante la flexibilité que la phrase «dans les cas appropriés» confère au paragraphe 5 [paragraphe 10], flexibilité qui, selon cet auteur, lui enlève virtuellement tout élément de dangerosité pour l'harmonisation communautaire.

nales. Peu importe, dans le respect de cette limite, l'étendue des pouvoirs des Etats membres, notamment en cas d'urgence. De même, peu importe quelle sera l'institution communautaire en charge du contrôle. On peut seulement se demander si le seul contrôle juridictionnel de la part de la CJCE pourra satisfaire à la condition de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10].

ii) La condition de légalité de la clause de sauvegarde relative au fond limite la justification des mesures de sauvegarde aux seules «raisons non économiques mentionnées à l'article 36 [art. 30]». Il est d'emblée manifeste que les raisons pouvant justifier les mesures de sauvegarde sont moins nombreuses que celles qui peuvent justifier la réaction permanente d'un Etat membre à une mesure d'harmonisation, à savoir la dérogation autorisée en vertu de l'article 100A § 4 [art. 95 § 4]. Cette limitation du nombre des raisons invocables peut tout d'abord se justifier par la nature de la clause de sauvegarde d'exception à la règle. A la réflexion, pourtant, on relève un paradoxe. Il est plus facile, dans le cadre de l'article 100A [art. 95], de bénéficier d'un droit de réaction permanente que d'un droit de réaction provisoire. Cela, certes, parce que le nombre des raisons justificatives de la réaction est plus important dans le premier cas que dans le second (188), mais aussi parce que rien n'exclut que la procédure de contrôle de la clause de sauvegarde ne devienne, dans un cas d'harmonisation, bien plus rigoureuse que la procédure décrite à l'article 100A § 4 [art. 95 § 4] par rapport au droit de réaction permanente.

Outre cette bizarrerie qui peut seulement s'expliquer par un souci de sécurité juridique et de prévisibilité économique dans le cas où le droit de réaction permanente n'a pas été mis en œuvre, force est de constater que, une fois encore, référence est faite à l'article 36 [art. 30] pour couvrir des mesures d'harmonisation qui n'interviennent pas uniquement dans le domaine de la circulation des marchandises. Les difficultés et les doutes que le renvoi à l'article 36 [art. 30] peut soulever ont déjà été étudiés et nos conclusions les concernant s'appliquent également en matière de clauses de sauvegarde. Pourtant, semble-t-il, pour ce qui est de ces dernières, ce n'est pas l'ensemble des «raisons» de l'article 36 [art. 30] qui sont invocables, mais une partie seulement de celles-ci : les «raisons non économiques».

(188) Il faut ici apporter une nuance. Le traité sur l'Union européenne a introduit une nouvelle disposition (intégralement maintenue par le traité d'Amsterdam), celle de l'article 130R [art. 174] § 2 al. 2, en vertu de laquelle les mesures d'harmonisation en matière de protection de l'environnement doivent également comporter une clause de sauvegarde. La formulation de l'article 130R [art. 174] § 2 al. 2 est à tout point similaire à celle de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] sauf qu'elle s'applique «pour des motifs environnementaux non économiques». Si l'on établit donc une comparaison globale entre la liste des motifs autorisant la réaction permanente et celle autorisant la réaction temporaire, on constate qu'il n'y a que le motif de protection des consommateurs qui ne peut autoriser, de manière autonome, des clauses de sauvegarde. Cf. Thomas BEYER, «Gemeinschaftsrecht und Umweltschutz nach Maastricht», *Juristische Schulung*, 1997, pp. 294-298, spéc. p. 298. Voir cependant les propos plus nuancés d'Alain GÉRARD in *Commentaire Megret. Le droit de la CEE*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, vol. 8, 1996, p. 282, n° 60.

Cette expression, aux contours extrêmement difficiles à cerner, est sans doute maladroite (189). Dans l'article 100A § 5 [art. 95 § 10], unique fois dans le traité CE, les raisons mentionnées à l'article 36 [art. 30] sont classées en deux catégories : les raisons économiques et celles non économiques, seules ces dernières ouvrant le droit à une clause de sauvegarde, en cas d'harmonisation. Est-il besoin de préciser qu'aucun critère n'est établi qui soit susceptible d'aider au classement des « raisons » de l'article 36 [art. 30] dans l'une ou dans l'autre catégorie ? Certes, en se basant sur le sentiment linguistique et sur la probable pensée des auteurs de l'article 100A § 5 [art. 95 § 10], on pourrait considérer que, parmi les « raisons » de l'article 36 [art. 30], il y en a qui sont de nature plutôt économique, comme celle se référant à la protection de la propriété industrielle et commerciale (190), tandis que d'autres (ordre public, moralité publique) devraient être qualifiées de résolument « non économiques ». Il y en a pourtant d'autres qui possèdent une double nature, comme la protection de la santé ou la protection des trésors artistiques, historiques et archéologiques (191) ou encore, cas extrême, la sécurité publique (192). Au vu de cette quasiment impossible distinction des « raisons » de l'article 36 [art. 30] en économiques et non économiques, on peut se demander si l'expression qu'on trouve à l'article 100A § 5 [art. 95 § 10] ne constitue une tentative, peu adroite certes et superfétatoire, de qualifier l'ensemble des raisons mentionnées à l'article 36 [art. 30] de raisons non économiques (193). Au fond, une telle interprétation n'aurait rien de choquant, tant l'article 36 [art. 30] — dans son ensemble — est, surtout pour les Etats membres, censé se justifier par de hautes considérations politiques échappant au domaine du purement économique (194).

On notera, enfin, que, en limitant l'insertion de clauses de sauvegarde aux seuls motifs prévus par l'article 36 [art. 30], le paragraphe 5 [paragraphe 10] semble exclure, *a contrario*, la légitimité de toute autre clause de sauvegarde. Le résultat ainsi atteint mérite d'être souligné. Sous le régime de l'article 100 [art. 94], les directives d'harmonisation n'étaient certes pas

(189) Elle tire peut-être son inspiration d'un des premiers arrêts de la CJCE, *Commission c. Italie* (19 décembre 1961, aff. 7-61, *Rec.*, p. 633) où l'on peut lire que l'article 36 [art. 30] « vise des hypothèses de nature non économique », contrairement à l'article 226 [abrogé], qui avait été également invoqué par la partie défenderesse. On se contentera de remarquer que, dans cet arrêt, la Cour, tout à fait dans son rôle, se limite à interpréter une disposition du traité. Le rôle du « constituant » est notoirement différent... Même ainsi, néanmoins, on peut se demander en quoi la protection de la propriété industrielle et commerciale est d'une nature non économique...

(190) Ainsi RÖTTINGER, *op. cit.*, p. 641.

(191) Les répercussions économiques de cette protection sont naturellement importantes. Il suffit de songer au développement touristique d'une région que la mise en valeur du patrimoine archéologique peut entraîner.

(192) On se référera ici à l'arrêt bien connu *Campus Oil* (10 juillet 1984, aff. 72/83, *Rec.*, p. 2727).

(193) En ce sens, apparemment, Denys SIMON dans son commentaire de l'article 100A [art. 95] in CONSTANTINESCO, JACQUÉ, KOVAR, SIMON (éds), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 567.

(194) En ce sens BLUMANN, *op. cit.* (1996), p. 204, n° 339.

obligées de prévoir des clauses de sauvegarde, mais l'insertion de celles-ci n'était pas interdite non plus. Cette non-interdiction laissait également libre le choix des motifs justifiant le recours aux mesures de sauvegarde. Ainsi donc l'article 100A § 5 [art. 95 § 10], contrairement aux apparences, peut être présenté comme une disposition œuvrant en faveur d'une plus grande intégration communautaire (195).

B) *Une ratio suffisante ?*

La disposition de l'article 100A paragraphe 5 [art. 95 § 10] a souvent été critiquée (196) comme faisant double emploi avec celle du paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] du même article et il est vrai que les deux dispositions aboutissent à un résultat analogue : la mesure d'harmonisation ne s'impose plus à l'Etat membre. L'analogie pourtant entre les deux dispositions semble bien s'arrêter là. Les circonstances dans lesquelles un Etat membre peut les utiliser sont notamment différentes.

Logiquement, c'est l'Etat membre qui n'a pu mettre en œuvre — ou bien qui n'a pu continuer à mettre en œuvre — la disposition du paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] qui pourra avoir recours à la clause de sauvegarde prévue dans la mesure d'harmonisation en vertu du paragraphe 5 [paragraphe 10] (197). L'impossibilité pour un Etat membre de s'abriter derrière la disposition du paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] tiendra, comme on l'a vu, au fait que la Commission, corroborée éventuellement dans son analyse par la CJCE, n'aura pas « confirmé » [« approuvé »] la dérogation nationale. La non-confirmation, on l'a également vu, sera justifiée par la présence d'une des trois (198) conditions négatives dont parle le paragraphe 4 [paragraphe 6] — discrimination arbitraire, restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres ou, postérieurement à la « confirmation », surveillance d'un usage abusif — ou bien par l'absence d'une des raisons positives justifiant la mesure de dérogation nationale, à savoir la protection de l'environnement, la protection du milieu de travail et les raisons mentionnées à l'article 36 [art. 30].

(195) EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 398, GLAESNER, *op. cit.*, pp. 313-314, MÜLLER-GRAFF, *op. cit.*, p. 150, HAYDER, *op. cit.*, p. 686, ADAM, *op. cit.*, p. 717 et RÖTTINGER, *op. cit.*, p. 642 se contentent d'observer que le paragraphe 5 ne fait qu'institutionnaliser une pratique largement suivie avant l'Acte unique européen. Tel est aussi l'avis de l'avocat général F.G. JACOBS dans ses conclusions sur l'affaire C-359/92, *Allemagne c. Conseil (Rec., 1994, I-3681, points 20 et 24)*.

(196) Voir notamment MATTERA, *op. cit.* (1990), p. 176.

(197) La place de la disposition *sub examine* dans l'article 100A [art. 95] exclut qu'elle puisse être utilisée par des Etats désireux d'appliquer des mesures nationales moins strictes que les mesures communautaires (*contra* BRAMMER, *op. cit.*, pp. 61-62 et HEY et JAHNS-BÖHM, *Ökologie und Freier Binnenmarkt*, 1989, p. 46, cités par BEYER, *op. cit.*, p. 298, note 77). Il n'est pas clair si, indépendamment du paragraphe 5 [paragraphe 10], une mesure communautaire d'harmonisation peut comprendre des clauses à usage des Etats moins « avancés » ou si, au contraire, le paragraphe 5 [paragraphe 10] doit être interprété comme interdisant des clauses pareilles.

(198) N'oublions pas la quatrième interdiction introduite par le traité d'Amsterdam : « entrave au fonctionnement du marché intérieur ».

La disposition du paragraphe 5 [paragraphe 10] est muette au sujet des conditions négatives et l'on peut, de prime abord, hésiter sur leur sort. A la réflexion, pourtant, il est difficile de concevoir une clause de sauvegarde qui n'implique, directement ou indirectement, une quelconque discrimination ou une restriction — fort peu déguisée ... — dans le commerce entre Etats membres. Le même raisonnement ne semble pas pouvoir être retenu par rapport à l'interdiction de l'usage abusif. Qui plus est, si cette interdiction fait effectivement partie des principes généraux du droit communautaire (199), un simple acte de droit dérivé ne saurait y déroger.

En ce qui concerne les conditions positives d'octroi de la confirmation à une mesure nationale, l'on a déjà signalé qu'elles sont plus nombreuses que celles permettant de justifier une clause de sauvegarde au sens du paragraphe 5 [paragraphe 10]. Si donc, à titre d'exemple, la Commission infirme [«rejette»] une mesure nationale dérogeant à une mesure communautaire d'harmonisation pour absence de protection des consommateurs nettement plus poussée dans la première que dans la seconde, rien ne justifie que la Commission ou, éventuellement, une autre institution en charge du contrôle, n'examine le sérieux d'une demande nationale de recours à une clause de sauvegarde reposant sur l'une des raisons de l'article 36 [art. 30]. *Ex hypothesi*, la Commission n'a pu examiner la présence d'une telle raison lors de la procédure du paragraphe 4 [paragraphe 6] (200). L'Etat membre ne saurait par ailleurs être jugé irrecevable au prétexte qu'il aurait pu s'appuyer sur les raisons de l'article 36 [art. 30] lors de cette procédure. Un tel jugement méconnaîtrait tout simplement l'autonomie de la procédure du paragraphe 5 [paragraphe 10] par rapport à celle du paragraphe 4 [paragraphe 6] (201).

La situation est radicalement différente dans le cas où l'Etat membre invoque une des raisons de l'article 36 [art. 30] ouvrant droit aux mesures de sauvegarde à la suite de la non-confirmation par la Commission — et par la Cour — de ses mesures de dérogation reposant sur la même raison tirée de l'article 36 [art. 30], par exemple la protection de la moralité publique. Si l'on excepte l'hypothèse bien particulière de l'écoulement d'un laps de temps important au cours duquel, par exemple, l'appréciation de ce qui est moral aurait été rendue plus sévère (hypothèse quand même surréaliste), le problème se ramène à la question suivante : une «raison» mettant en échec le droit communautaire sur une longue période (paragraphe 4 [paragraphe 4]) est-elle moins acceptable que si elle l'invalide sur une courte

(199) Voir *supra* note 145.

(200) Est réservée bien entendu l'hypothèse où la protection des consommateurs pourrait être assurée sur la base de l'une des «raisons» de l'article 36 [art. 30], notamment celle se référant à la protection de la santé.

(201) Autonomie niée, apparemment, par VILLANI, *op. cit.*, p. 183, mais réaffirmée par ADAM, *op. cit.*, p. 711.

durée (paragraphe 5 [paragraphe 10]) alors même que les critères objectifs sur lesquels elle s'appuie sont identiques ? (202)

La réponse à cette question ne peut être fournie selon des paramètres strictement juridiques. Il est indéniable que le traumatisme provoqué par une dérogation permanente ou quasi-permanente est sans commune mesure avec celui qu'inflige une clause de sauvegarde inscrite sur une courte durée et plus ou moins étroitement encadrée par le droit communautaire. Grande sera par conséquent la tentation de la Commission d'élaborer une pratique des « confirmations » particulièrement stricte et d'épuiser sa marge d'appréciation, quelque étroite que celle-ci puisse être dans ce domaine. Sa pratique, suivie probablement par la jurisprudence de la Cour de justice, sera d'autant plus facilitée que les Etats membres déboutés auront toujours la ressource de s'appuyer sur les clauses de sauvegarde du paragraphe 5 [paragraphe 10] dont la mise en œuvre pourrait s'assouplir à cet effet. Ainsi donc il ne sera pas étonnant de voir une protection de l'ordre public incapable d'appuyer une mesure de dérogation au titre du paragraphe 4 [paragraphe 4] mais bien capable de justifier l'enclenchement du mécanisme de sauvegarde (paragraphe 5 [paragraphe 10]). Aussi la Commission pourra-t-elle se décharger systématiquement sur le paragraphe 5 [paragraphe 10] au détriment du paragraphe 4 [paragraphe 4] (203), tout au moins quand les raisons invoquées par l'Etat membre sont celles visées à l'article 36 [art. 30]. Le paragraphe 5 [paragraphe 10] pourra ainsi jouer pleinement son rôle de soupape de sûreté (204).

On voit, en conclusion, que l'harmonisation communautaire sur la base de la majorité qualifiée n'a cessé de terroriser certains Etats. Leur réaction lors des travaux préparatoires de l'Acte unique européen est politiquement compréhensible. Ils ont voulu multiplier les garanties (paragraphe 3 [paragraphe 3]) et les clauses échappatoires (paragraphe 4 et 5 [paragraphe 4 et 5]). Jean DE RUYT (205) indique que, chronologiquement, le para-

(202) Le fait que le paragraphe 4 alinéa 1 [paragraphe 4] requiert une exigence importante tandis que le paragraphe 5 [paragraphe 10] se contente d'un degré normal ne sera pas toujours pertinent. *Quid*, en effet, si l'invocation de l'Etat membre repose dans les deux cas objectivement sur une exigence importante ?

(203) Cette considération, pourra selon un auteur, inciter le Conseil à insérer des clauses de sauvegarde même dans des mesures d'harmonisation où il n'aurait pas *a priori* l'intention de le faire (BERMANN, *op. cit.*, p. 545). Pour un autre auteur, la disposition du paragraphe 5 [paragraphe 10], du fait notamment de son imprécision, ne peut avoir qu'un caractère marginal (P. GIRERD, *op. cit.*, p. 193).

(204) On ne peut pourtant accepter que l'insertion d'une clause de sauvegarde dans une mesure d'harmonisation rend *eo ipso* caduc le paragraphe 4 [paragraphe 4] et la possibilité qu'il offre aux Etats membres. Curieusement, la doctrine est divisée en la matière. Notre point de vue est également partagé par EHLERMANN, *op. cit.* (1987), p. 399; BRAMMER, *op. cit.*, p. 66; HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 113; SIMON, *op. cit.* (1992), p. 569, note 16; PIPKÖRN, *op. cit.*, p. 226). En sens contraire s'expriment MATTERA, *op. cit.* (1990), p. 176; M.-Fr. LABOUZ (cité par BERMANN, *op. cit.*, p. 545, note 69); DE RUYT, *op. cit.*, p. 171; HAYDER, *op. cit.*, p. 687; MEIER, *op. cit.*, p. 540 et, d'une certaine manière, GLAESNER, *op. cit.*, p. 624 et JACQUÉ, *op. cit.*, p. 599.

(205) *Op. cit.*, p. 171.

graphe 5 a fait son apparition le premier. Puis, pour plus de sécurité, les Etats les plus attachés à une certaine conception de la «qualité de vie» ont imposé le paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] sans pour autant accepter la suppression du paragraphe 5 [paragraphe 10]. Ils devaient pourtant savoir que, souvent, le meilleur est l'ennemi du bien.

*
* * *

A la fin de cette étude, on ne peut qu'être étonné de la pratique quasi insignifiante (206) que, plus de douze ans après l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, la disposition la plus caractéristique de l'article 100A [art. 95], celle du paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5], a donné lieu (207). Toute la doctrine importante qui s'est consacrée à l'analyse de ces dispositions a-t-elle donc fait œuvre vaine? Les inquiétudes qu'elle a majoritairement exprimées n'ont-elles donc été que lamentations de fédéralistes pressés et déçus?

Ce serait oublier que l'article 100A § 4 [art. 95 §§ 4 — 9], la disposition qui concentre et symbolise le mieux ces inquiétudes est une disposition essentiellement de coulisses (208), appelée à jouer rarement devant le grand public. Les Etats en général répugnent à se distinguer et à s'exposer. Ils préféreront défendre leurs intérêts loin des feux de la rampe. Il n'empêche que le paragraphe 4 [paragraphe 4 — 9] est probablement devenu, consciemment ou inconsciemment, le souffleur de l'action théâtrale, souffleur qui rappelle l'essentiel de l'intrigue, qui murmure sans doute assez souvent le dénouement et qui finit par imposer le contenu de plusieurs normes communautaires d'harmonisation.

Un équilibre semble certes avoir été atteint. La preuve est que le traité de 1992 n'a pas touché à l'article 100A [art. 95] sauf pour y introduire une plus grande participation du Parlement dans la prise de décision (renvoi à la procédure de l'article 189B [art. 251]). Le traité d'Amsterdam lui-même, contrairement aux apparences dues à la longueur des nouvelles dispositions qu'il introduit, se limite pour l'essentiel à certaines précisions ponctuelles et sauvegarde l'acquis de l'Acte unique européen.

L'important n'est pourtant pas de se féliciter d'un équilibre ainsi atteint, mais d'évaluer les conséquences de celui-ci sur la construction européenne. Or, il est peu probable que le point de départ soit ici le bénéfice de l'intégration communautaire. On a beau égrener les arguments (contrepartie à

(206) Cf. LE MIRE, *op. cit.*, p. 152.

(207) La situation n'est pas différente quand on envisage la disposition voisine de l'article 130T [art. 176].

(208) Voir dans un sens voisin SCHEUING, *op. cit.*, p. 169.

l'abandon de l'unanimité (209), succédané communautarisé du compromis de Luxembourg (210), relèvement du niveau de protection communautaire (211), ceux-ci n'apparaissent pas convaincants. Le «opting out» est ce qu'il est : une importante entorse à l'orthodoxie communautaire (212). Pour la première fois, un acte communautaire au sens de l'article 189 [art. 249] (qui peut être aussi un règlement) ne sera pas, et cela de manière largement unilatérale, «directement applicable dans tout Etat membre».

Quant aux Etats «avancés» recourant au paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5], leur bénéfice est, au cas où ils seraient «confirmés» par la Commission, double : ils gardent leur niveau de protection élevé, ce qui est légitime ; ils bénéficient commercialement (fût-ce de manière non importante) de la rupture de l'égalité et de la réciprocité entre Etats membres, ce qui l'est moins (213).

Politiquement, le paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] traduit, mais aussi perpétue et reproduit, un certain rapport de forces à l'intérieur du Conseil. C'est comme si le «constituant» communautaire avait décidé de faire sienne la suggestion du compositeur français de la Renaissance Louis-Nicolas Clai-rambault dans sa cantate «La mort d'Hercule» :

*«Contre un amant qui se dégage
N'employons que de doux efforts.»*

On aura quand même une pensée pour Hercule, brûlé vif.

(209) Ainsi EHLERMANN, *op. cit.* (1997), p. 59 et l'avocat général SAGGIO dans ses conclusions sur l'affaire *Burstein* (point 19). Mais s'il fallait des contreparties chaque fois qu'on abandonnait la règle de l'unanimité, cela n'augurerait de rien de bon pour la poursuite de l'aventure communautaire.

(210) Cet argument revient sous la plume de certains auteurs (par exemple, Denis WAELBROECK, «L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE», *Cahiers de droit européen*, 1988, pp. 243-275, spéc. pp. 271-272). Il présuppose, premièrement, la validité, sur le plan juridique, dudit «compromis» (ce qui est loin d'être prouvé) et, deuxièmement, l'abandon de la forme dure du compromis de Luxembourg au profit de cette forme assagie que serait la possibilité offerte par le paragraphe 4 [paragraphe 4 et 5] (mais cela encore reste à prouver).

(211) Muscler et «juridiciser» davantage le paragraphe 3 aurait été autrement plus bénéfique. En attendant, le recours en carence contre la Commission peut constituer une solution acceptable.

(212) Ludwig KRÄMER, à qui on pourrait difficilement reprocher un manque de sensibilité aux questions relatives à l'environnement, note que le «opting out», surtout s'il devait être interprété comme autorisant les Etats membres à adopter à tout moment des mesures dérogatoires (or, c'est ce que fait, d'une certaine manière, le traité d'Amsterdam!), «a pour conséquence que le marché intérieur pourrait ne jamais être achevé ou qu'il pourrait, au nom de la protection de l'environnement, être remis en question à tout instant» («L'environnement et le Marché unique européen», *Revue du marché unique européen*, 1993/1, pp. 45-70, spéc. 56).

(213) On rappellera ici cependant l'interdiction nouvelle de 1997 : «entrave au fonctionnement du marché intérieur».