



CHAPITRE IX.

Missions de contrôle : un système fragmenté en voie de développement

Yseult MARIQUE⁽⁷⁵⁾ 

SECTION I. INTRODUCTION

Lewis Carroll, auteur d'*Alice aux pays des merveilles*, a également écrit un poème, *The Hunting of the Snark*⁽⁷⁶⁾, qui met en scène la poursuite d'un animal composite fantaisiste par une équipe de dix personnages auxquels le snark échappe constamment. Cette quête de l'insaisissable illustre parfaitement la tentative d'esquisser le système de contrôle exercé par l'administration européenne quant au respect du droit européen par ses destinataires. En effet, un constat de départ s'impose : l'Union européenne ne dispose pas d'un système général organisé de contrôle de la manière dont les normes européennes sont appliquées concrètement. De manière logique, il n'existe pas non plus un ensemble de règles et de principes juridiques spécifiques clairement identifiés balisant les missions de contrôle de l'administration européenne. Ni les Traités ni le droit dérivé n'organisent un cadre systématique pour identifier, catégoriser et organiser ces missions de contrôle et le droit qui leur serait applicable. Ce domaine invisible formellement connaît néanmoins une explosion pratique considérable depuis la fin des années 2000, ce qui nous amène à chercher à mieux en cerner les contours.

L'Union européenne repose sur le principe de l'effectivité en pratique des droits qu'elle reconnaît, et ce au nom du respect de l'État de droit, principe inscrit à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne⁽⁷⁷⁾. Traditionnellement deux techniques, l'une centralisée et l'autre décentralisée, sont prévues par les traités pour assurer cette effectivité⁽⁷⁸⁾. Tout d'abord, la procédure centralisée

(75) *Senior Lecturer*, University of Essex ; Research Associate, FÖV Speyer et maître de conférences, université libre de Bruxelles. L'auteure remercie chaleureusement les professeurs Ulrich Stelkens (FÖV Speyer) et John Bell (Cambridge) pour leurs précieux conseils fournis lors de la rédaction de la présente contribution.

(76) Paru en 1876, le poème est connu en français sous le titre de *Chasse au Snark*.

(77) Ci-après abrégé en TUE.

(78) A. HOFMANN, « Is the Commission Levelling the Playing Field? Rights Enforcement in the European Union », *Journal of European Integration*, 2018, 40, 6, pp. 737-751.



se réfère au recours en constatation de manquement (art. 258-260 TFUE⁽⁷⁹⁾) qui peut être introduit par la Commission européenne auprès de la Cour de justice lorsque la Commission est d'avis qu'un État membre ne respecte pas une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, et donc par exemple est en défaut dans la transposition des normes européennes en droit interne. Pour arriver à une telle conclusion, la Commission européenne doit disposer d'un système qui lui permet d'identifier si, quand et dans quelle mesure un État est en défaut. Il faut donc qu'un système administratif soit établi au niveau de l'Union européenne⁽⁸⁰⁾, système qui porte non seulement sur le système administratif mais également sur l'état des normes législatives au sein des États membres. Dans ce cadre, la Commission européenne publie annuellement un état du suivi de l'application du droit de l'Union européenne⁽⁸¹⁾. Ensuite, un mécanisme décentralisé de contrôle, la question préjudicielle, permet d'entamer une procédure de vérification de la conformité des systèmes nationaux avec les obligations européennes, mécanisme qui repose sur l'initiative des sujets de droit et leur volonté de faire valoir leurs droits en justice (art. 267 TFUE).

Ces deux types de contrôle aux rouages bien balisés ne permettent pas de quadriller systématiquement les ordres juridiques internes et les systèmes administratifs nationaux pour en vérifier la conformité avec le droit européen. Un décalage naît entre les droits théoriques dont jouissent les citoyens en vertu des normes européennes et leurs droits concrets tels qu'ils peuvent être mis en œuvre par le biais du droit et de l'administration internes. Ce décalage peut provoquer une frustration, voire une dé-légitimation de l'action européenne. En réaction à cette situation, la Commission européenne a notamment adopté une communication, intitulée *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, en 2016⁽⁸²⁾. Elle y explique que s'il revient en première ligne aux États membres de transposer le droit européen, il convient que l'Union européenne les « épaul[e...] dans leurs efforts de mise en œuvre du droit de l'UE, et [...] s'assure [...] qu'ils assument leurs responsabilités en appliquant correctement la législation européenne »⁽⁸³⁾. Elle précise également que « l'UE déploie un large éventail d'instruments, allant de mesures de prévention et de systèmes permettant de résoudre rapidement les problèmes à un suivi proactif et à un contrôle ciblé de l'application

(79) Ci-après abrégé en TFUE.

(80) M. SMITH, « The Evolution of Infringement and Sanction Procedures – Of Pilots, Diversions, Collisions, and Circling », in A. ARNULL et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 350-375, spéc. pp. 356-372. Plus généralement, M. SMITH, *Centralised Enforcement, Legitimacy and Good Governance in Europe*, Londres, Routledge, 2010.

(81) Ex. : https://ec.europa.eu/info/publications/2016-commission-report-and-factsheets-monitoring-application-eu-law_en

(82) Communication de la Commission, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, 2017/C 18/02, JO, C 18/10, 19 janvier 2017.

(83) *Ibid.*, pt 2.

du droit »⁽⁸⁴⁾. En d'autres termes, les modalités de ce contrôle administratif sont fluides : elles peuvent prendre la forme de mesures incitatives comme correctrices par rapport aux comportements des destinataires du contrôle⁽⁸⁵⁾. Il s'agit de chercher à accroître l'effectivité du droit européen selon des modalités souples, plus ou moins bilatérales et plus ou moins proactives (et non seulement réactives) qui ont pour objectif d'amener les États membres et les acteurs privés à respecter le droit européen. Des procédures parfois connues sous le terme anglais d'*administrative enforcement* sont ainsi empiriquement développées⁽⁸⁶⁾, procédures qui se distinguent des procédures civiles ou pénales par les techniques de nature administrative mobilisées pour assurer le respect du droit européen.

Compris de cette manière, le contrôle exercé par l'administration de l'Union européenne comporte des missions variées, comme la constatation de la situation concrète, le suivi de l'exécution au niveau administratif national des obligations européennes ou encore l'imposition de sanctions en cas d'identification de cas de non-conformité par rapport au droit européen. Ces missions peuvent avoir une portée générale ou être focalisées sur un cas particulier. Mais leur régime juridique est largement insaisissable. Certes, le contrôle est en soi une activité de l'administration, **comme** **il** y a d'autres activités **comme** la collecte d'informations, la préparation de l'élaboration de politiques, l'adoption de réglementation ou encore la subvention d'activités. Le contrôle est donc composé de procédures et d'actes de nature administrative, le plus souvent de portée individuelle, même s'il s'inscrit dans un cadre qui dépasse les spécificités de chacun des dossiers pris isolément. Il doit donc respecter les règles qui s'appliquent de manière générale aux procédures et actes administratifs de l'Union européenne. Néanmoins, les missions de contrôle se démarquent des autres activités de l'administration européenne par le fait qu'elles réduisent dans la pratique la liberté des entités par rapport auxquelles le contrôle est exercé et ce même si le contrôle peut prendre des formes plus ou moins allégées. Ainsi, si un acte octroie une aide financière à une entreprise, cette dernière doit se conformer aux conditions et exigences posées par la décision de subventionnement. Mais fondamentalement l'entreprise reste libre une fois qu'elle a l'argent sur son compte en banque de l'allouer à d'autres fins que celles prescrites dans la décision d'octroi. En pratique, sa liberté est intacte. Ce n'est que lorsqu'il y a des procédures de contrôle de respect des conditions de subvention que cette liberté de l'entreprise

(84) *Ibid.*

(85) Pour un inventaire des méthodes incitatives : M. BALLESTEROS, R. MEHDI, M. ELIANTONIO et D. PETROVIC, *Tools for Ensuring Implementation and Application of EU Law and Evaluation of their Effectiveness*, Directorate-General Internal Policies of the Union of the European Parliament, PE 493.014, 2013.

(86) A. DE MOOR-VAN VUGT et R. WIDDERSHOVEN, « Administrative enforcement », in J. JANS, S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN (dir.), *Europeanisation of Public Law*, 2^e éd., Groningue, Europa Law Publishing, 2015, pp. 263-330, spéc. pp. 277-279. Les auteurs pointent les différences nationales dans le traitement des « sanctions administratives ».

se voit façonnée d'une certaine manière. De même, une décision qui sanctionne un opérateur peut rester un papier abandonné dans un tiroir. Ce sont les procédures de vérification de la mise en œuvre de la sanction qui donnent des « dents » à la sanction. Les activités de contrôle s'inscrivent dans un interstice entre, d'une part, la tendance à réguler les comportements des acteurs publics et privés par le biais de la *soft law* basée sur l'adhésion volontaire de ses destinataires et, d'autre part, le recours à un juge pour constater et sanctionner formellement l'inexécution d'une obligation juridique. Pourtant, les missions de contrôle sont passées sous silence dans les traités européens. Elles s'inscrivent en creux du système d'allocation des rôles entre la Commission européenne, les Agences européennes et les États membres aux termes des articles 290 et 291 du TFEU⁽⁸⁷⁾ et de la jurisprudence *Esma* de la Cour de justice⁽⁸⁸⁾.

Dépourvues donc de base juridique précise dans les traités européens, les missions de contrôle exercées par l'administration européenne sont développées de manière empirique sans cadre juridique approprié⁽⁸⁹⁾. Face à la multiplicité de ces outils se pose une double question : tout d'abord, sont-ils adaptés aux besoins de l'administration européenne et des acteurs affectés par lesdits contrôles ? Ensuite, sont-ils proportionnels par rapport aux conséquences négatives qui découlent d'une violation du droit européen ? L'objectif d'un système organisé de contrôle est d'assurer la légalité des activités pratiquées dans l'espace juridique européen ainsi que la protection des droits individuels. Cela implique notamment que la liberté individuelle ne doit pas être limitée sans justification de la part des autorités publiques. Le système de contrôle par l'administration européenne doit donc être abordé de manière globale et non parcellaire pour répondre à ce double impératif de respect de la légalité objective et des droits subjectifs.

La structure d'analyse proposée dans la présente contribution est la suivante : qui contrôle qui selon quelles procédures et modalités, pour quel type d'acte ou action (ou inaction), par rapport à quel critère, à quel moment, avec quels pouvoirs et emportant quelles conséquences juridiques ? Existe-t-il des variantes lorsque le contrôleur n'est pas unique mais un ensemble d'entités exerçant un contrôle conjoint (ou apparenté) ? Quelles sont les sources juridiques fournissant des éléments de réponse à ces questions ? (section III). Deux illustrations concrètes seront ensuite proposées (section IV) avant d'évaluer le système de contrôle de l'administration européenne (section V). La conclusion invitera le lecteur à s'interroger sur le type de système administratif européen

(87) Voy. chap. « La fonction exécutive dans l'Union » dans le présent ouvrage.

(88) Voy. chap. « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration » dans le présent ouvrage.

(89) Pour un exemple de système informel, quoique sophistiqué, de contrôle, voy. le système EU Pilote, disponible sur : https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/eu_pilot/

en cours de construction au regard des exigences de légitimité et d'effectivité qui structurent la crédibilité d'un système basé sur l'État de droit. Mais auparavant, une contextualisation de l'importance prise par les missions de contrôle exercées par l'administration européenne s'impose (section II).

SECTION II. CONTEXTUALISATION ET ÉVOLUTION

À l'origine des Communautés européennes, l'exécution des politiques européennes devait reposer sur les administrations nationales autonomes⁽⁹⁰⁾. La question du contrôle relatif à la manière dont l'exécution nationale allait avoir lieu ne retint pas l'attention des fondateurs des Communautés européennes. Sans doute, ces derniers faisaient entièrement confiance au contrôle administratif existant dans chaque État membre⁽⁹¹⁾. On peut ainsi notamment penser au contrôle hiérarchique et à la tutelle particulièrement développés en France et dans les systèmes administratifs de type français⁽⁹²⁾. Une seule politique, celle de la concurrence, se démarqua rapidement de cette logique nationale d'exécution des politiques européennes : la Commission européenne se vit en effet reconnaître dans ce domaine non seulement un pouvoir propre d'exécution et d'administration mais également toute une panoplie de pouvoirs explicites de contrôle du respect des obligations européennes dès le début des années 1960⁽⁹³⁾, en particulier le droit de demander des renseignements aux autorités nationales compétentes comme aux opérateurs économiques ainsi qu'un pouvoir d'enquête, de vérification, d'amendes et d'astreinte⁽⁹⁴⁾.

L'administration européenne a ensuite développé de nombreuses formes organisationnelles⁽⁹⁵⁾, sans que les fonctions de contrôle au sein de cette architecture complexe et « multi-niveau » reçoivent une attention systématique. En effet, pendant la période où l'intégration européenne était censée être réalisée avant

(90) C. FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration » in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 335-355, spéc. pp. 336-337 [Emilie, [c'est peut qu'il faille que je réfère à la nouvelle contribution dans cette édition du traité – pourras-tu me donner accès au texte stp ? merci.](#)]; sur les explications historiques de cette solution, voy. P. LINDSETH, *Power and Legitimacy – Reconciling Europe and the Nation-state*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 91-132.

(91) Sur le système de contrôle au niveau national, voy. le chapitre « Les pouvoirs de contrôle et de sanction de la mise en œuvre du droit de l'Union » du présent ouvrage.

(92) M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006, p. 15.

(93) Règl. n° 17 d'application des articles 85 et 86 du Traité, *JOCE*, n° 13, 21 février 1962, pp. 204-211, en particulier en vertu de l'article 3 (1) selon lequel « Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée ». Pour le système actuel A. JONES, « Competition Law Enforcement », in A. ARNULL et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 641-669.

(94) Art. 11-16 du régl., préc.

(95) Voy. Partie II « L'administration indirecte et la coadministration », du présent ouvrage.

tout grâce au droit (*Integration Through Law*), l'attention académique et pratique se focalisa essentiellement sur la manière dont les États membres transposaient dans les textes normatifs les directives européennes. La question principale consistait alors à déterminer si le droit européen recevait une correcte transposition en droit national (au sens de normes législatives). Y répondre engendre de nombreuses sous-questions, comme celle de déterminer ce qu'il convient d'entendre comme une correcte transposition. En particulier, des débats politiques et académiques se sont polarisés sur les problèmes engendrés une transposition purement formelle (*one-to-one implementation*) ou au contraire le *goldplating*⁽⁹⁶⁾. Que signifie pratiquement une transposition textuelle correcte dans un texte de loi nationale, lorsque les dispositions normatives, les structures administratives, ou encore les concepts juridiques, « périphériques » ou « adjacents » n'ont pas fait l'objet d'un travail d'adaptation corrélative ? Un véritable déficit de contrôle de la situation concrète de respect du droit européen s'est ainsi développé⁽⁹⁷⁾.

Cette situation a attiré l'attention des sciences politiques sur le fait que cette approche purement formelle du respect dans les textes des exigences de transposition ne permettait pas de répondre à la question de la réelle conformité des systèmes juridiques internes par rapport aux obligations engendrées par le droit européen. La littérature de sciences politiques a ainsi parlé de véritable boîte noire du droit européen « *in action and [...] enforcement* »⁽⁹⁸⁾. Par ailleurs, l'administration européenne peut être trop faiblement équipée pour apprécier les transpositions nationales, en particulier face à une individualisation parfois très avancée des techniques de transposition des normes européennes en droit interne⁽⁹⁹⁾.

A. Émergence du contrôle dans l'ombre des crises politiques et économiques

La fragmentation du système de contrôle exercé par l'administration européenne émerge à l'intersection de deux explications : une explication pragmatique liée aux besoins de répondre à des crises ou à des situations sous

(96) R. KRÁL, « On the Choice of Methods of Transposition of EU Directives », *EL Rev.*, 2016, vol. 41, n° 2, pp. 220-242.

(97) A. DE MOOR-VAN VUGT et R. WIDDERSHOVEN, « Administrative Enforcement », in J. JANS, S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN (dir.), *Europeanisation of Public Law*, 1^{re} éd., Groningue, Europa Law Publishing, 2007, pp. 197-238, spéc. p. 199.

(98) E. THOMANN et F. SAGER, « Moving beyond Legal Compliance: Innovative Approaches to EU Multilevel Implementation », *Journal of European Public Policy*, 2017, vol. 24, n° 9, pp. 1253-1268. L'idée d'une boîte noire est répétée dans la littérature, voy. F. BLANC et G. OTTIMOFIORE, « The Interplay of Mandates and Accountability in Enforcement within the EU », in M. SCHOLTEN et M. LUCHTMAN (dir.), *Law Enforcement by EU Authorities – Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 272-287, spéc. p. 274 ; ou R. BAETEN et B. VANHERCKE, « Inside the Black Box: The EU's Economic Surveillance of National Healthcare Systems », *Comparative European Politics*, 2017, vol. 15, n° 3, pp. 478-497.

(99) E. THOMANN, « Customizing Europe: Transposition as Bottom-up Implementation », *Journal of European Public Policy*, 2015, vol. 22, n° 10, pp. 1368-1387.

tension au niveau européen d'une part, et une explication fonctionnaliste liée au processus général d'intégration européenne. En effet, le développement extensif de contrôle interne trouve son origine dans la crise vécue par la Commission Santer en 1999. C'est à cette époque que le rapport de la Cour des comptes européenne pointe la faiblesse administrative de la Commission⁽¹⁰⁰⁾. Dès lors, l'importance de la gestion financière et de son contrôle sera plus largement reconnue⁽¹⁰¹⁾. De manière concomitante, les réglementations européennes complexes et l'architecture nébuleuse des politiques européennes ont attiré l'attention sur l'effectivité des normes adoptées au niveau européen.

La prise de conscience d'un besoin de prendre le contrôle de l'administration européenne au sérieux est tout d'abord liée à la crise de la Commission Santer et au Livre blanc sur la bonne gouvernance⁽¹⁰²⁾. À la suite de cette crise, des mécanismes systématiques de contrôle interne furent établis au sein de la Commission européenne sous l'impulsion du Commissaire européen britannique Neil Kinnock⁽¹⁰³⁾. Une attention soutenue fut alors consacrée aux flux financiers (ex. subventions dans les programmes comme le FEDER, l'agriculture ou encore les marchés publics) émanant des institutions européennes. Un règlement financier européen sera à cet égard plusieurs fois adapté aux évolutions du fonctionnement de l'Union européenne⁽¹⁰⁴⁾, pour établir un contrôle sophistiqué de l'exécution du budget européen et des finances européennes. Le règlement financier actuel définit le contrôle comme

toute mesure prise pour fournir des assurances raisonnables en ce qui concerne l'efficacité, l'efficience et l'économie des opérations, la fiabilité de l'information, la protection des actifs et de l'information, la prévention, la détection et la correction de la fraude et des irrégularités ainsi que leur suivi et la gestion appropriée des risques concernant la légalité et la régularité des transactions sous-jacentes, en tenant compte du caractère pluriannuel des programmes et de la nature des paiements concernés. Les contrôles peuvent

(100) Comité d'experts indépendants, *Premier rapport sur les allégations de fraude, de mauvaise gestion et de négligence à la Commission européenne*, 15 mars 1999, www.europarl.europa.eu/experts/report1_fr.htm

(101) Comité d'experts indépendants, *Second rapport sur la réforme de la Commission – Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, 10 septembre 1999, chap. 4.

(102) Commission européenne, *Livre blanc – Gouvernance européenne*, Bruxelles, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 ; Commission des Communautés européennes, *Réforme de la Commission*, COM(2000) 200 final. Pour plus de détails, voy. M. SMITH, *Centralised Enforcement, Legitimacy and Good Governance in Europe*, Londres, Routledge, 2010, pp. 64-77.

(103) E. ONGARO, « Administrative Reforms in the European Commission and the Neo-weberian Model », in M. BAUER et J. TRONDAL (dir.), *The Palgrave Handbook of the European Administrative System*, Basingstoke, Palgrave, 2015, pp. 108-123.

(104) La dernière version de ce règlement financier est le règlement (UE, Euratom) n° 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil, du 18 juillet 2018, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, *JO*, L 193, 30 juillet 2018, pp. 1-222.

donner lieu à différentes vérifications ainsi qu'à la mise en œuvre de toutes politiques et procédures destinées à réaliser les objectifs visés [ci-avant]⁽¹⁰⁵⁾.

De plus, ledit règlement financier prévoit la mise en place d'un contrôle interne⁽¹⁰⁶⁾ et d'un audit externe par la Cour des comptes⁽¹⁰⁷⁾ de l'exécution du budget et des dépenses financières⁽¹⁰⁸⁾.

En parallèle du développement de ce contrôle interne, le besoin de contrôle externe s'est également fait ressentir. En effet, une plus grande efficacité du droit fut perçue comme un moyen de permettre une plus grande crédibilité de l'action européenne en perte de légitimité après l'échec de la Constitution européenne. Dès lors, la Commission européenne a développé des stratégies dans cet objectif de redressement de la crédibilité européenne, tout d'abord au niveau de l'élaboration de la réglementation européenne⁽¹⁰⁹⁾ et ensuite du contrôle de sa mise en œuvre. Ainsi, elle notait dans une communication de 2015⁽¹¹⁰⁾ la volonté de développer une « culture du respect des règles et du contrôle avisé de leur application »⁽¹¹¹⁾. La Commission souligne notamment l'importance

[d']une approche globale qui couvre toutes les étapes de l'élaboration des politiques, de la conception à la mise en œuvre, en passant par l'information, conformément à l'approche « mieux légiférer ». Il s'agit notamment de mieux intégrer les aspects liés à l'évaluation et au contrôle de l'application dans l'élaboration des politiques, de mieux assister et orienter les États membres dans l'application des règles du marché unique et de définir une politique coercitive plus cohérente et plus efficace en vue d'améliorer la conformité globale avec les règles du marché unique et avec le droit de l'UE d'une manière générale⁽¹¹²⁾.

À cet effet, la Commission européenne souligne l'importance de partenariats avec les États membres, ainsi que du développement d'« un ensemble complet d'outils favorisant le respect des règles ». Cette approche générale est renforcée par des actions sectorielles dans les domaines « essentiels pour la croissance »⁽¹¹³⁾.

(105) Art. 2 (19) du règl., préc.

(106) Art. 36 du règl., préc.

(107) Art. 254-259 du règl., préc.

(108) A. BRENNINKMEJER, « Audit and Administrative Law », in C. HARLOW, P. LEINO et G. DELLA CANANEA (dir.), *Research Handbook on EU Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 344-367.

(109) https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en

(110) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les Entreprises*, Bruxelles, 28 octobre 2015, COM(2015) 550 final.

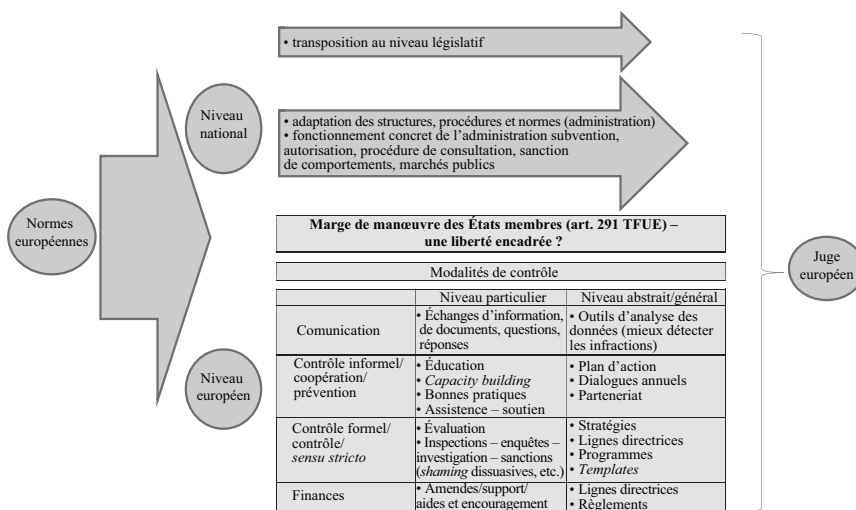
(111) *Ibid.*, pt 4.1.

(112) *Ibid.*, p. 18.

(113) *Ibid.*, pp. 18-19.

Cette approche est confirmée par une communication adoptée par la Commission européenne en 2017, qui souligne à nouveau le besoin d'une meilleure mise en œuvre du droit européen⁽¹¹⁴⁾. Depuis lors, la Commission lance de nouvelles méthodes pour assurer proactivement que les États membres transposent le droit européen, par exemple en préparant des *implementation plans* (plans de mise en œuvre qui comprennent des lignes directrices, des références à des groupes d'experts ou des sites internes spécialisés) pour certaines directives et règlements⁽¹¹⁵⁾. Cette approche proactive présente néanmoins un aspect de contrôle également : si les États membres ne suivent pas ces plans de mise en œuvre, la Commission peut plus facilement détecter un défaut de transposition ou poser des questions spécifiques sur l'état de transposition interne du droit européen (voy. figure 1 pour une typologie des différentes modalités de contrôle développées par l'administration européenne).

Figure 1 : Composantes du contrôle exercé par l'administration européenne



Le développement des activités de contrôle de l'administration européenne émerge ainsi à la fois **comme** réaction à des événements spécifiques (**comme** des crises politiques ou économiques) et **comme** une réponse à la nécessité fonctionnelle d'assurer l'effectivité du droit européen dans sa mise en œuvre adminis-

(114) Communication de la Commission, *Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats*, C/2016/8600, JOUE, C 18/10, 19 janvier 2017.

(115) Commission Staff working document, *Part I: General Statistical Overview Accompanying the Document Monitoring the Application of European Union Law 2017 Annual Report*, p. 2.

trative nationale⁽¹¹⁶⁾. Les solutions spécifiques retenues pour donner corps à ce double mouvement varient selon les politiques concernées et les circonstances.

B. Rencontre des besoins fonctionnels et des crises – exemple des marchés publics

Un exemple concret de cette évolution des approches de l'Union européenne par rapport aux techniques de contrôle et de vérification de la correcte transposition du droit européen par les États membres peut être trouvé dans le domaine des marchés publics. Cette évolution est parsemée de tâtonnements. Les directives sur les marchés publics ont profondément transformé la manière dont la commande publique est organisée dans les États membres de l'Union européenne : cette transformation n'est pas sans provoquer de multiples résistances en droit interne. La Commission européenne dispose de techniques pour demander la communication par les États membres des mesures de transposition de ces directives, notamment au titre de la gouvernance⁽¹¹⁷⁾. Elle utilise les actions en constatation de manquement à l'encontre des États membres qui ne transposent pas l'une des directives européennes relatives aux marchés publics ou sont en retard dans leur transposition⁽¹¹⁸⁾. Elle a ainsi pu obtenir que des États transposent lesdites directives sous la menace d'une demande d'amende introduite auprès de la Cour de justice⁽¹¹⁹⁾.

La Commission européenne est depuis longtemps consciente des limites de cette approche qui ne peut toucher que des violations graves, certes, mais essentiellement formelles, de l'obligation de transposition des directives européennes dans l'ordre interne des États membres. En ce qui concerne la vérification de la conformité technique et substantielle de la transposition du droit européen en droit interne, la Commission européenne peut commissioner des experts externes pour avoir une image à un moment donné de l'état de la transposition en droit interne. Cette approche est néanmoins limitée : non seulement les experts n'ont pas toujours une connaissance pratique détaillée

(116) M. SCHOLTEN et D. SCHOLTEN, « From Regulation to Enforcement in the EU Policy Cycle: A New Type of Functional Spillover? », *JCMS*, 2017, vol. 55, n° 4, pp. 925-942.

(117) À titre d'exemple, les États membres doivent permettre le suivi de l'application de la directive (art. 83 (1)). Ils doivent également établir des rapports individuels sur les procédures d'attribution de marchés (art. 84), ce qui implique notamment de garder une trace écrite du déroulement de tout marché (art. 84 (2)), établir des rapports nationaux et informations statistiques (art. 85) et coopérer de manière administrative (art. 86). Pour un exemple de rapport périodique, voy. Direction des affaires juridiques, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*, Ministère de l'Économie et des Finances (France), 2019.

(118) Pour connaître la situation à l'heure de la lecture de ces lignes, la consultation du moteur de recherche suivant est conseillée : http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=fr

(119) Ex. : Commission européenne, *Monitoring the Application of Union Law 2018 Annual Report – Part I: General Statistical Overview*, p. 27.

du droit interne mais encore leur mission ne permet que d'établir l'état du droit au moment où leur rapport est élaboré. Or, le droit d'un État est par nature fluctuant : les variations dans la législation, les mesures d'exécution, les circulaires, le système administratif ou encore la jurisprudence peuvent fortement altérer l'état de ce droit, sans que ces modifications soient systématiquement portées à la connaissance de la Commission. De plus, les systèmes nationaux peuvent développer de larges variations dans la mise en œuvre d'aspects techniques de ces directives relatives aux marchés publics⁽¹²⁰⁾.

Pour ces raisons, la Commission européenne a encouragé le développement d'une approche décentralisée de contrôle de la transposition du droit européen en droit interne : la directive « recours » adoptée en 2007 avait pour objectif principal de donner aux acteurs privés les outils techniques et procéduraux leur permettant de faire valoir leurs droits en faisant appel au juge national⁽¹²¹⁾. Ce dernier à son tour peut solliciter la Cour de justice par le mécanisme des questions préjudicielles, ce qui devrait permettre à la Commission européenne d'intervenir si elle l'estime utile. Le nombre de questions préjudicielles ainsi posées en droit des marchés publics est phénoménal⁽¹²²⁾. Sont-elles efficaces ? La question est ouverte car de nombreux inconvénients émergent de cette approche. Tout d'abord, il n'est pas certain que la Cour de justice soit correctement équipée pour répondre aux questions éminemment techniques soulevées par les juges nationaux dans ce cadre qui peuvent plus relever des mécanismes économiques que du droit. L'observateur externe ne peut qu'être interpellé par l'escalade de la complexité de ce domaine, résultant d'un jeu « du chat et de la souris » entre les institutions européennes et les instances nationales tout comme entre les acteurs publics et les opérateurs économiques⁽¹²³⁾. Ensuite, un

(120) Pour une illustration générale de la diversité nationale, voy. S. TREUMER et M. COMBA (dir.), *Modernising Public Procurement – The Approach of EU Member States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018 ; pour une illustration spécifique en matière d'exigence de transparence, voy. K.-M. HALONEN, R. CARANTA et A. SANCHEZ-GRAELLS (dir.), *Transparency in EU Procurements – Disclosure within Public Procurement and During Contract Execution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019.

(121) Dir. 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOCE*, L 335, 20 décembre 2007, pp. 31-46.

(122) À titre d'illustration, on peut noter qu'en date de juillet 2019, le site « curia » recensait 72 questions préjudicielles posées par les juridictions nationales en relation avec la seule directive 2014/24. Même si une partie de ces questions se rapportaient techniquement aux directives précédant la directive 2014/24, il n'en reste pas moins que le volume croissant de questions préjudicielles interpelle sur le rôle des juridictions nationales comme filtre. Cette situation invite les acteurs administratifs nationaux à initier de nouvelles stratégies d'interactions et de communication avec le niveau européen. Pour une illustration tirée de l'Allemagne : R. U. KRÄMER-HOPPE, « The Relationship between “Luxembourg” and European and National Administrative Bodies », *Journal of European Integration*, 2018, vol. 40, n° 6, pp. 803-817.

(123) Sur le rôle de la Cour dans l'élaboration du droit des marchés publics, K. PEDERSEN et E. OLSSON, « The Role of the European Court of Justice in Public Procurement », in C. BOVIS (dir.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 390-420.

risque réel d'encombrement et de techniques dilatoires apparaît. Enfin, des acteurs économiques peuvent consciemment s'accommoder d'une transposition incorrecte du droit européen soit parce qu'ils y ont intérêt, soit parce que leurs priorités sont différentes. En bref, ce système décentralisé ne garantit pas que le droit européen soit effectivement correctement transposé en droit interne et peut même augmenter l'opacité des règles de droit applicables.

Les stratégies de vérification de transposition du droit européen en droit interne ne s'arrêtent néanmoins pas ici. Une série de dispositions des directives européennes relatives aux marchés publics adoptées en 2014 laissent aux États membres une large marge de manœuvre dans leur transposition, leur permettant notamment d'instaurer de nombreuses procédures administratives, en particulier dans la mise en œuvre des politiques horizontales que sont la protection sociale et la protection environnementale⁽¹²⁴⁾. Comment la Commission européenne peut-elle vérifier ces procédures administratives et leurs conséquences pratiques sur le respect des libertés de mouvement et la concurrence ? Un exemple se rapporte ainsi aux nombreuses facultés que l'article 71 de la directive 2014/24/UE⁽¹²⁵⁾ laisse aux États membres pour la réglementation de la sous-traitance en général et la limitation du dumping social en particulier dans le cadre des opérations de sous-traitance⁽¹²⁶⁾. Cette question était politiquement sensible parce que les États de l'ancienne Europe de l'Est s'opposaient à des révisions des directives sur les travailleurs détachés⁽¹²⁷⁾. Une façon de sortir de l'impasse fut de laisser les États membres adapter des procédures administratives appropriées dans le cadre des directives relatives aux marchés publics⁽¹²⁸⁾. Néanmoins, l'Union européenne était consciente que la question des travailleurs détachés ou le respect de la législation sociale de manière plus générale demandait une approche plus systématique. Elle a ainsi créé une Autorité européenne du travail en 2019⁽¹²⁹⁾. Pour l'instant, les

(124) A. SANCHEZ-GRAELLS, « Regulatory Substitution between Labour and Public Procurement Law: The EU's Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts », *EPL*, 2018, vol. 25, n° 2, pp. 229-254.

(125) Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, *JO*, L 94, 28 mars 2014, pp. 65-242.

(126) Y. MARIQUE et K. WAUTERS, « La lutte contre le dumping social dans la sous-traitance de marchés publics », *MCP*, 2018, pp. 57-88.

(127) D. JANCIC, « EU Law's Grand Scheme on National Parliaments: The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward », in D. JANCIC (dir.), *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis: Resilience or Resignation?*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 299-312. Add. F. MULLER, « La révision des règles en matière de détachement : l'heure des choix en droit du travail et droit de la sécurité sociale », *RTDE*, 2018, p. 75.

(128) R. CRAVEN, « Subcontracting Matters: Articles 43 and 71 of the 2014 Directive », in G. OLYKKE et A. SANCHEZ-GRAELLS (dir.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 295-317.

(129) Règl. (UE) n° 2019/1149 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2019, instituant l'Autorité européenne du travail, modifiant les règlements (CE) n° 883/2004, (UE) n° 492/2011 et (UE) n° 2016/589, et abrogeant la décision (UE) n° 2016/344 (*JO*, L 186, 11 juillet 2019, pp. 21-56).

pouvoirs de cette Agence sont essentiellement d'assister la Commission et les États membres dans la mise en œuvre et l'application du droit de l'UE relatif à la mobilité des travailleurs⁽¹³⁰⁾. Néanmoins, à terme, elle pourrait obtenir des pouvoirs d'inspection sur le terrain soit seule, soit en concertation avec les autorités nationales⁽¹³¹⁾. Elle pourrait aussi vérifier la manière dont les États membres font usage (ou non) de leurs facultés de développer des procédures administratives dans le cadre de la sous-traitance dans les marchés publics.

Cet exemple montre que le contrôle du respect du droit européen au niveau interne dépasse la question de la transposition formelle des directives : il convient de vérifier la manière dont les administrations nationales sont équipées (organisationnellement, financièrement, juridiquement) pour donner une suite concrète aux directives européennes et aux transpositions nationales dans la réalité quotidienne des administrés. Les solutions développées tiennent en partie aux processus d'intégration européenne et en partie aux circonstances économiques et politiques dans lesquelles cette intégration se déroule. Ceci aboutit à une grande diversité de l'organisation des missions de contrôle exécutées par l'administration européenne. La section suivante s'attache à les présenter de manière analytique.

SECTION III. CONTRÔLES DIFFUS ET PROTÉIFORMES⁽¹³²⁾

Les missions de contrôle exercées par l'administration européenne doivent être analysées en partant de l'identification de la source de ce contrôle. C'est la base juridique de l'activité particulière qui balise les compétences et pouvoirs de l'administration européenne ainsi que les conséquences juridiques attachées au contrôle. Cette section commence donc par pointer le flou qui entoure les sources du contrôle (A) puis identifie les sujets actifs (B) et passifs (C) du contrôle avant d'en analyser l'objet (D), les critères et modalités (E), les procédures (F), les conséquences juridiques (G), les activités conjointes de contrôle (H) et la protection juridictionnelle disponible (I). La présentation pointe l'absence d'un régime juridique clair et cohérent applicable aux missions de contrôle de l'administration européenne, ce qui est de nature à générer le flou autour des choix et sélections exercés par l'administration européenne lors de ses contrôles.

(130) Art. 1 du règl., préc.

(131) <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/the-european-labour-authority-brand-new.html>

(132) H. HOFMANN, G. ROWE et A. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, Part VI, « Enforcement and Supervision of Administrative Action », offre de nombreux exemples détaillés des mécanismes esquissés ici.

A. Sources du contrôle

L'administration européenne se voit confier des missions de contrôle en vertu de multiples sources, que ce soient les Traités⁽¹³³⁾ ou le droit secondaire. Ces sources peuvent être plus ou moins détaillées dans la mission qu'elles confient. Ainsi, elles peuvent clairement prévoir des droits spécifiques pour la Commission européenne (comme des missions d'enquête sur place⁽¹³⁴⁾) ou de manière plus générale demander à la Commission de remettre un rapport annuel au Parlement et au Conseil sur l'état de transposition d'une directive. Parfois, cette obligation est formulée en termes larges, parfois de manière beaucoup plus minutieuse avec une attention particulière pour certaines questions. Ainsi, la directive relative à la libéralisation du secteur de l'énergie⁽¹³⁵⁾ identifie huit aspects particuliers sur lesquels ces rapports annuels doivent se concentrer, notamment « la manière dont les États membres ont mis en œuvre dans la pratique les exigences concernant l'indication des sources d'énergie [...] et la manière dont les éventuelles recommandations de la Commission à cet égard ont été prises en compte »⁽¹³⁶⁾. De plus, la directive prévoit des rapports échelonnés dans le temps sur certains points particuliers. Par exemple en 2013, la Commission devait remettre

au Parlement européen et au Conseil, dans le cadre de la révision générale, un rapport spécifique détaillé précisant dans quelle mesure les exigences de dissociation prévues [pour le gestionnaire du réseau] ont permis d'assurer une indépendance totale et effective des gestionnaires de réseau de transport, en prenant pour critère de référence un découplage effectif et efficace⁽¹³⁷⁾.

B. Sujet actif du contrôle

Parmi les acteurs européens, trois types de sujets actifs peuvent être identifiés comme exerçant des missions de contrôle permettant de vérifier le respect du droit européen au niveau administratif national : tout d'abord, la Commission européenne et les entités qui lui sont rattachées ; ensuite, les institutions, organes et agences de l'Union européenne ; enfin, des réseaux composés de différents types d'acteurs publics, dont des acteurs opérant au niveau européen.

(133) Ex. : Le très général article 17 (1) TUE prévoit que : « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin. Elle veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. [...] » (nous soulignons).

(134) Ex. : Art. 14 (1) du régl. n° 17 d'application des articles 85 et 86 du Traité.

(135) Dir. 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JO*, L 211, 14 août 2009, pp. 55-93.

(136) Art. 47 (1) h dir., préc.

(137) Art. 47 (3) dir., préc.

L'acteur principal qui exerce les missions de contrôle au niveau européen est la Commission européenne⁽¹³⁸⁾. En particulier, les articles 258 et 260 TFUE chargent la Commission européenne des missions de détecter et poursuivre les infractions au droit européen et les cas de non-application des décisions de la Cour de justice⁽¹³⁹⁾. Ces pouvoirs ne se rapportent pas particulièrement à un contrôle de la mise en œuvre purement administrative du droit européen mais ils peuvent inclure la vérification du respect par l'administration nationale d'obligations imposées au niveau européen. Chaque année, la Commission européenne publie un rapport reprenant un compte rendu de ses missions de monitoring de la mise en œuvre du droit européen par les États membres⁽¹⁴⁰⁾ accompagné d'un aperçu État par État des procédures en constatation de manquement qu'elle a initiées⁽¹⁴¹⁾.

Au sein de la Commission européenne, les missions de contrôle peuvent être organisées soit de manière diffuse, soit de manière thématique. Ainsi, différentes entités peuvent être chargées de mission de contrôle dans les différentes directions générales. La DG Concurrence, en particulier dans sa section « aide d'État », est en charge de vérifier que les États membres respectent les dispositions du Traité relatives à la concurrence ainsi que les réglementations qui en découlent. À côté de ce contrôle diffus, un contrôle thématique est organisé au sein de l'OLAF qui a pour objectif spécifique de contrôler le respect des intérêts financiers de l'Union européenne⁽¹⁴²⁾. À côté de l'OLAF, Eurostat, une entité établie au sein de la Commission européenne, est en charge du contrôle des données statistiques⁽¹⁴³⁾. La formulation de cette mission de contrôle est néanmoins ambiguë : la Commission prévoit en effet un pouvoir de labellisation et de surveillance de la qualité de la manière suivante au profit d'Eurostat :

(138) V. MICHEL, « Recours en constatation de manquement », *Répertoire de droit européen*, mise à jour en 2019.

(139) G. FALKNER, « A Causal Loop? The Commission's New Enforcement Approach in the Context of Non-compliance with EU Law Even after CJEU Judgements », *Journal of European Integration*, 2018, vol. 40, n° 6, pp. 769-784.

(140) Ex. : Commission européenne, *Annual Reports on Monitoring the Application of EU Law*, 12 juillet 2018, disponible sur : https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en. Sur ces techniques, voy. notamment P. STELKENS, H. BONK et M. SACHS (dir.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9^e éd., Munich, C.H. Beck, 2018, §§ 146 et s.

(141) Commission européenne, *National Factsheets on Monitoring the Application of EU Law*, 12 juillet 2018, disponible sur : https://ec.europa.eu/info/publications/2017-national-factsheets-monitoring-application-eu-law_en

(142) Voy. *infra*, section 4.1.

(143) Règl. (CE) n° 223/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2009, relatif aux statistiques européennes et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1101/2008 relatif à la transmission à l'Office statistique des Communautés européennes d'informations statistiques couvertes par le secret, le règlement (CE) n° 322/97 du Conseil relatif à la statistique communautaire et la décision 89/382/CEE (Euratom) du Conseil instituant un comité du programme statistique des Communautés européennes, *JO*, L 87, 31 mars 2009, pp. 164-173, art. 6 (1) ; Déc. de la Commission, 17 septembre 2012, concernant Eurostat, 2012/504/UE, *JO*, L 251, 18 septembre 2012, pp. 49-52.

Eurostat assure la gestion de la qualité des statistiques européennes. À cette fin, sur la base de critères de qualité établis et en réponse au besoin des utilisateurs de disposer de statistiques présentant des profils de qualité différents, Eurostat :

- a) surveille et évalue la qualité des données qu'il recueille ou reçoit et rend compte de la qualité des statistiques européennes qu'il diffuse ;
- b) promeut et applique un processus de labellisation pour les statistiques européennes ;
- c) vérifie les données qui sont sous sa responsabilité dans le contexte de la gouvernance économique renforcée de l'Union et applique tous les pouvoirs qui ont été spécifiquement accordés à Eurostat dans les procédures pertinentes⁽¹⁴⁴⁾.

De plus, il existe une série de satellites qui complètent l'action de contrôle de l'administration. Certains de ces satellites sont particulièrement organisés par les traités. Il en est ainsi de la Banque centrale européenne qui exerce également des missions de contrôle⁽¹⁴⁵⁾. Certaines agences (comme l'Agence européenne de contrôle des pêches, l'Autorité européenne des marchés financiers, l'Agence européenne des médicaments, l'Agence européenne de la sécurité aérienne) exercent également des fonctions de vérification et/ou de sanction et veillent donc à ce que le droit européen soit effectivement mis en œuvre et respecté par les États membres et leurs administrations⁽¹⁴⁶⁾. Néanmoins ce processus n'est pas sans créer des problèmes pratiques. Ainsi, la création de l'Autorité européenne du travail (Bratislava) en 2019 met en lumière les difficultés pour l'Union européenne de doter ce type d'agence de tous les pouvoirs de contrôle qui lui seraient nécessaires pour mener à bien sa mission.

Enfin, le sujet actif du contrôle peut être plus diffus que des autorités publiques clairement identifiées : il peut prendre par exemple la forme d'un réseau composé d'entités européennes et nationales. L'exemple le plus connu de ce type de contrôle est le Réseau européen de la concurrence⁽¹⁴⁷⁾.

(144) Art. 11 (1), Déclaration de la Commission, 17 septembre 2012, concernant Eurostat, 2012/504/EU.

(145) Voy. art. 282-284 TFUE. Voy. K. MAGLIVERAS, « The Sanctioning System of the European Central Bank: Origins, Analysis, Comments And Some Suggestions », 2-3-2018, disponible sur le site du SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3132940> ; *Add.* le numéro spécial du *MJ*, 2019, 26-1 sur « The ECB's Accountability in a Multilevel European Order ».

(146) M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN et E. SCHMIDT, « The Proliferation of EU Enforcement Authorities: A New Development in Law Enforcement in the EU », in M. SCHOLTEN et M. LUCHTMAN (dir.), *Law Enforcement by EU Authorities – Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 1-27.

(147) http://ec.europa.eu/competition/een/index_en.html

C. *Sujet passif du contrôle*

Comme indiqué ci-dessus, le contrôle de l'administration européenne peut se rapporter soit à l'activité interne de l'administration européenne elle-même et à son respect avec les normes européennes qui en fixent l'organisation et le fonctionnement, soit se rapporter aux activités d'acteurs externes à l'administration européenne. Au niveau du contrôle externe, trois grandes catégories d'entités sont contrôlées par l'administration européenne : 1) les États membres et leurs démembrements ; 2) les acteurs économiques et les bénéficiaires économiques de décisions européennes ; 3) les citoyens européens et autres personnes physiques assimilées. En clair, tout quiconque est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par l'administration européenne si le droit européen lui octroie directement ou indirectement des droits et des obligations corrélatives.

On peut donc distinguer le contrôle interne à l'administration et le contrôle externe. En droit national, les deux types de contrôle sont normalement distingués avec des structures de compétences et de recours potentiellement différentes. En droit européen, la distinction est beaucoup plus floue. L'exemple de l'OLAF s'impose ici. OLAF peut en effet aussi bien conduire des investigations au sein de l'administration européenne, au sein des administrations nationales et vis-à-vis des acteurs économiques⁽¹⁴⁸⁾.

D. *Objet du contrôle*

La doctrine allemande établit une distinction entre deux objets possibles sur lesquels le contrôle de l'administration européenne peut porter : le *Direktkontrolle* (contrôle direct) et le *Vollzugskontrolle* (contrôle sur la mise en œuvre/l'exécution)⁽¹⁴⁹⁾. Le contrôle direct se rapporte au contrôle effectué à l'égard des citoyens et acteurs externes à l'administration. Il s'agit par exemple de vérifier que les acteurs du marché agissent en conformité avec le droit européen de la concurrence ou avec les conditions d'octroi d'une subvention européenne. Le contrôle sur la mise en œuvre se rapporte quant à lui à la vérification opérée par l'administration européenne de l'application conforme du droit européen par les administrations nationales⁽¹⁵⁰⁾. Cela implique que le contrôle peut se rapporter à de nombreux types de comportements et situations juridiques. L'objet du contrôle peut être de multiples natures : financière (les subventions accordées dans le cadre de tel programme sont-elles conformes à la réglementation européenne ?), normative (les normes juridiques nationales sont-elles

(148) G. ROWE, « Administrative Supervision of Administrative Action in the European Union », in H. HOFMANN et A. TÜRK (dir.), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, pp. 179-217, spéc. pp. 187-88.

(149) *Ibid.*, spéc. p. 188.

(150) *Ibid.*, spéc. p. 189.

conformes au droit européen applicable ?), soit administrative et procédurale (l'administration a-t-elle instauré les procédures et formulaires utiles ?), matérielle (ex. comment qualifier tels comportements d'une entreprise ?), ou encore économique.

E. Critères, intensité et modalités du contrôle

De manière générale, la Cour de justice reconnaît un large pouvoir discrétionnaire à la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs de surveillance au titre des actions en constatation de manquement, et ce malgré des tentatives de la part d'autres institutions européennes, comme l'Ombudsman ou le Parlement européen, de baliser l'exercice de ce pouvoir par la Commission européenne⁽¹⁵¹⁾. Ce pouvoir discrétionnaire a l'avantage pour la Commission de lui permettre de sélectionner les cas qui ont le plus de chance de produire des résultats et d'ainsi éviter une perte de temps, d'énergie et de ressources pour des causes perdues. Ce même pouvoir discrétionnaire se retrouve lorsque l'on examine les activités de contrôle sur une base sectorielle et au niveau administratif. Ainsi, la Commission n'est pas obligée de procéder à des investigations dans des dossiers relatifs à de possibles infractions dans le domaine de la concurrence. Mais elle annonce ses priorités par le biais de plans de management annuels⁽¹⁵²⁾.

Ce pouvoir discrétionnaire peut soulever des doutes dans le chef de tiers et fragiliser leur confiance dans l'intégrité et l'impartialité de la Commission européenne. Cette approche du contrôle mené par l'administration européenne ouvre sur la subjectivité et devrait faire l'objet d'une organisation plus systématique précisant les critères selon lesquels le contrôle peut ou doit être effectué, la périodicité, la possibilité ou l'obligation d'un contrôle préalable ou *a posteriori*, etc. À ce titre, la doctrine s'interroge notamment sur le respect du principe de sécurité juridique lors des contrôles effectués par l'administration européenne⁽¹⁵³⁾.

(151) K. BOIRET, *Selective Enforcement of EU Law – Explaining Institutional Choice*, EUI, PhD, 2016.

(152) Ex. : DG Competition, *Management Plan 2019* (disponible sur : https://ec.europa.eu/info/publications/management-plan-2019-competition_en). À propos des priorités établies par la Commission, voy., par exemple, F. COSTA-CABRAL, « The Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor and the Discretion of the European Commission in Enforcing Competition Law », *MJ*, 2016, vol. 23, n° 3, pp. 495-513.

(153) Ex. : M. EBEN, « Fining Google: A Missed Opportunity for Legal Certainty? », *European Competition Journal*, 2018, vol. 14, n° 1, pp. 129-151.

F. Procédures et obtention des informations

Les sources primaires et le droit dérivé sont souvent lapidaires ou indirects sur les pouvoirs conférés à l'administration européenne dans le cadre des missions de contrôle. Ils peuvent demander la communication d'informations ou des rapports directement aux États membres soit de manière régulière, soit lorsque certains événements ont lieu (comme un changement de circonstances, une crise), soit demander des évaluations et des rapports sur l'état de la mise en œuvre des réglementations européennes à des experts extérieurs de manière abstraite. Cette situation permet à l'administration européenne de jouir d'une large liberté pour organiser les procédures et modalités du contrôle qu'elle souhaite exercer. Elle peut adopter des lignes directrices, mettre en place des procédures stéréotypées ou idiosyncratiques, plus ou moins formelles ou informelles, écrites ou orales⁽¹⁵⁴⁾.

Les flots d'informations en direction de l'administration européenne sont souvent au centre du contrôle qu'elle exerce⁽¹⁵⁵⁾, même si aucun design procédural et institutionnel ne semble avoir été établi pour organiser une réelle cohérence entre les deux aspects (voy. *figure 2 relative aux modalités de contrôle*). Les sources d'information sont constamment élargies : le déclencheur d'une procédure de contrôle pourrait être une question préjudicielle à la Cour de justice, un rapport d'un Ombudsman (national ou européen à la suite d'une détection d'un cas de *maladministration*), les autodénonciations de la part d'un acteur économique dans le but d'obtenir un traitement plus favorable ou encore une procédure lancée par un lanceur d'alerte⁽¹⁵⁶⁾. Une grande question est de déterminer le régime juridique des garanties et protections dont jouissent les personnes affectées par le contrôle effectué par l'administration européenne. Ainsi, le principe de « non-incrimination » et la possibilité pour la personne soumise au contrôle de garder le silence peuvent se révéler problématiques⁽¹⁵⁷⁾.

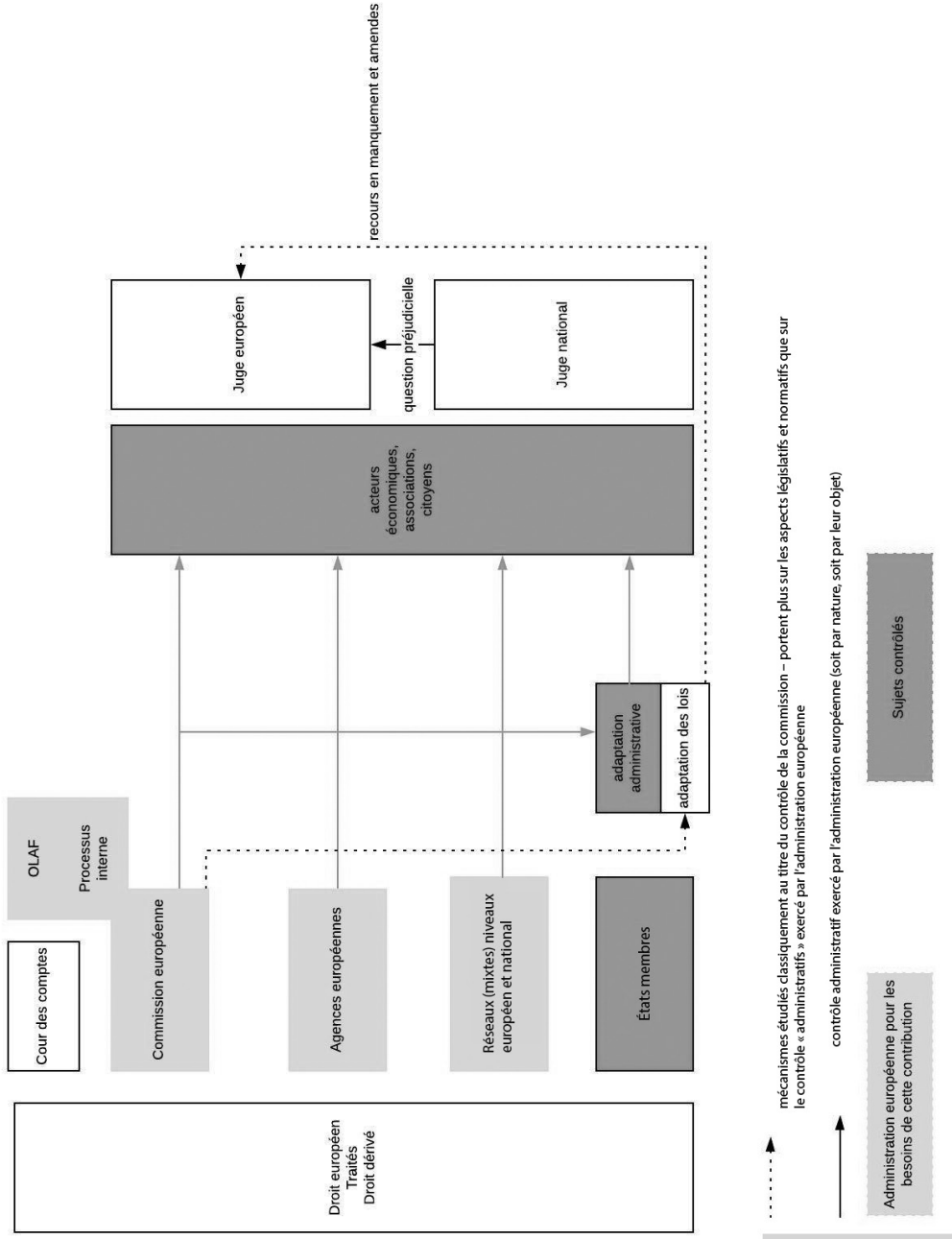
(154) Pour des exemples, voy. M. LUCHTMAN et J. VERVAELE (dir.), *Report – Investigatory Powers and Procedural Safeguards: Improving OLAF's Legislative Framework through a Comparison with Other EU Law Enforcement Authorities* (ECN/ESMA/ECB), 2017.

(155) Sur les liens entre information et contrôle, voy. G. ECKERT et J.P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l'information – De la régulation par l'information à la régulation de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2018, en particulier la contribution de A. SEE, « La sanction par l'information ».

(156) Sur la protection accordée au lanceur d'alerte pour violation du droit européen, voy. Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2019 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (COM[2018] 0218 – CS-0159/2018 – 2018/0106[COD]) ; <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/04/new-eu-directive-on-whistleblower.html> ; D. KAFTERANIS, « Rethinking Financial Rewards for Whistleblowers under the Proposal for a Directive on the Protection of Whistle-blowers Reporting Breaches of EU Law », *Nordic Journal of European Law*, 2019, vol. 2, n° 1 (s.p.).

(157) M. MEZAGUER, « Approche transactionnelle et garanties procédurales en droit antitrust de l'Union européenne », *Revue de l'Union européenne*, 2015, pp. 353-361.

Figure 2 : Relations de contrôle entre l'Union européenne et les États membres



G. Conséquences juridiques

En raison du flou juridique qui accompagne souvent la base juridique et l'habilitation qui permettent à l'administration européenne de procéder aux contrôles à l'égard d'acteurs publics et privés, les conséquences juridiques attachées au contrôle sont variées et dotées d'une force contraignante variable. Ces conséquences oscillent entre des mesures informelles (proches de l'encouragement) et des sanctions privant un sujet de droit de droits et/ou bénéfiques dont il jouissait jusque-là (par exemple une amende⁽¹⁵⁸⁾, demande de remboursement⁽¹⁵⁹⁾, retrait d'autorisation, blocage d'une opération, de manière temporaire ou définitive) en passant par des mesures *a priori* neutres, comme la communication d'informations à d'autres entités administratives ou acteurs économiques, à charge pour ces derniers de décider ce qu'ils veulent faire sur la base des informations communiquées.

Chacun de ces types de conséquences s'accompagne d'incertitudes. Ainsi, les mesures informelles peuvent n'être que symboliques si les destinataires ne les acceptent pas ou n'y donnent pas volontairement suite. Le caractère volontaire de leur réaction peut dépendre de la menace plus ou moins crédible d'une conséquence formelle, comme l'introduction d'une action en constatation de manquement ou le retrait de subvention au titre du FEDER par exemple. De plus, le statut de transmission d'information ou de publicité donnée à des décisions de l'administration européenne peut avoir des conséquences dommageables pour les destinataires de ces informations, sans que ceux-ci puissent trouver un juge pour contrôler ces pratiques. Ainsi, le juge européen refuse de contrôler certains actes posés par Eurostat, notamment lors de ses investigations relatives à de possibles manipulations des comptes publics⁽¹⁶⁰⁾. Enfin, des questions spécifiques surgissent lorsque l'administration européenne coopère avec des instances nationales dans l'exercice de leurs activités de contrôle.

(158) Ex. : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html>. La DG Concurrence a développé des lignes directrices pour calculer les amendes (Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 [2][a] of Regulation n° 1/2003, *JO*, C 210, 1^{er} septembre 2006, pp. 2-5).

(159) Depuis le début des années 2000, la Commission européenne intensifie son contrôle de la réglementation relative aux aides d'État et notamment la vérification de la récupération des aides d'État octroyées illégalement. Sur les conséquences de cette approche sur le droit administratif interne, voy. G. ECKERT, « La récupération des aides d'État illégales et incompatibles et les transformations du droit public interne », *Revue de l'Union européenne*, 2015, p. 370. La Cour de justice renforce encore les obligations pesant sur les administrations nationales : lorsqu'elles s'aperçoivent qu'elles ont octroyé une aide d'État illégale, les administrations nationales doivent récupérer cette aide avec les intérêts afférents, même sans procédure menée par la Commission européenne (CJUE [gde ch.], 5 mars 2019, *Eesti Pagar AS c/ Ettevõtjuse Arendamise Sihtasutus*, aff. C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172).

(160) K. MÖRIC, *PPP et SEC 2010 – La répartition des risques dans les partenariats public-privé et le déficit public*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 73.

H. Contrôle conjoint

Une couche de complexité s'ajoute aux points soulevés ci-avant lorsque l'administration européenne n'agit pas seule mais de concert avec des instances nationales. C'est le cas par exemple des pouvoirs parallèles dans le domaine de la concurrence⁽¹⁶¹⁾ et des pouvoirs partagés de contrôle dans le domaine de la pêche⁽¹⁶²⁾ et des produits pharmaceutiques⁽¹⁶³⁾. On se trouve ici devant une des formes possibles de coopération administrative⁽¹⁶⁴⁾.

En ce qui concerne les conséquences juridiques formelles liées à l'exercice de ce type de contrôle, des questions pratiques surgissent si les destinataires des sanctions encourent des procédures pénales ou administratives concomitantes ou subséquentes en droit national. Certains textes européens donnent des indications sur l'articulation des procédures nationales et européennes⁽¹⁶⁵⁾ mais le cumul de sanctions reste un casse-tête⁽¹⁶⁶⁾.

I. Protection juridictionnelle

Pour l'instant, le juge compétent pour connaître des difficultés s'élevant dans l'exercice des activités de contrôle de l'administration européenne est tout d'abord le juge européen. Certaines difficultés ont déjà été pointées⁽¹⁶⁷⁾, mais des questions particulières se posent en relation avec le contrôle juridictionnel que le juge devrait pouvoir offrir comme garantie de la protection effective des

(161) Art. 1 (2) de la dir. (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018, visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, *JO*, L 11, 2019, 1/14, pp. 3-33.

(162) Régl. (CE) n° 1005/2008 du Conseil, du 29 septembre 2008, établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) n° 2847/93, (CE) n° 1936/2001 et (CE) n° 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) n° 1093/94 et (CE) n° 1447/1999, *JO*, L 286, 29 octobre 2008, p. 1.

(163) M. CHAMON et S. WIRTZ, « Complex Procedures as Hurdles to Accountability: Verticalisation of Pharmaceutical Enforcement », in M. SCHOLTEN et M. LUCHTMAN (dir.), *Law Enforcement by EU Authorities – Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 141-167.

(164) Voy. chap. « Les pouvoirs de contrôle et de sanction de la mise en œuvre du droit de l'Union », dans le présent ouvrage.

(165) Ex. : Art. 3, al. 2, du régl. (CE, Euratom) n° 2185/96 du Conseil, du 11 novembre 1996, relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, *JO*, L 292, 1996, 11/15, pp. 2-5 (« [La Commission] tient compte des contrôles en cours ou effectués, pour les mêmes faits, auprès des opérateurs économiques concernés par l'État membre sur la base de sa législation »).

(166) W. WILS, « The Principles of *Ne bis in idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis », *World Competition*, 2003, 26:2, pp. 131-148 ; D. GERADIN et D. HENRY, « The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments », *European Competition Journal*, 2005, vol. 1, n° 2, pp. 401-473 ; G. DI FEDERICO, « EU Competition Law and the Principle of *Ne bis in idem* », *EPL*, 2011, vol. 17, n° 2, pp. 241-260.

(167) Voy. *supra*, section 3.8.

droits en cause dans le cadre des missions de contrôle pratiquées par l'administration européenne.

Le premier problème est relatif à la coordination du contrôle juridictionnel européen avec le contrôle juridictionnel national. Dans certains cas, en particulier lorsque les activités de contrôle sont conjointement exercées avec des autorités nationales, le juge national peut également connaître de difficultés relatives à la légalité du contrôle pratiqué au niveau européen. Dans d'autres cas, les activités de contrôle ne génèrent pas à proprement parler des actes faisant grief à un acteur privé : elles résultent en des actes d'information destinés à d'autres entités qui elles agiront sur la base des informations communiquées. Cette situation est critiquée, car elle peut priver des acteurs privés de recours effectifs ou en tout cas affaiblir leur protection juridictionnelle. Ce problème est illustré par le contentieux provoqué par les investigations pratiquées par l'OLAF⁽¹⁶⁸⁾.

Le deuxième problème se rapporte à la nature du contrôle exercé par le juge : s'agit-il d'un recours en plein contentieux ou d'un recours en annulation⁽¹⁶⁹⁾ ? La solution dépendra du cas d'espèce.

Le troisième problème se rapporte à la règle de droit (européen ou national) applicable au contrôle pratiqué par l'administration européenne. À nouveau, la question est soulevée en particulier lorsque l'administration européenne agit dans le cadre de contrôle conjoint ou lorsqu'une partie de son mandat est effectivement définie explicitement par référence au droit national mais pas le reste de ce mandat.

Enfin, un dernier problème pourrait être soulevé : les juges européens et nationaux sont-ils actuellement bien équipés pour veiller au respect des règles techniques gouvernant les missions de contrôle de l'administration européenne (et nationale agissant dans le cadre de son contrôle de première ligne le cas échéant)⁽¹⁷⁰⁾ ? Ne faudrait-il pas envisager d'instaurer une protection juridictionnelle spécifiquement adaptée, au vu des ressources limitées (notamment en personnel) de l'administration européenne pour assurer un contrôle adéquat du respect du droit européen ? Ce système pourrait développer des solutions non seulement pratiques dans des cas d'espèce mais également valables de manière transversale à l'ensemble des techniques et activités de

(168) Voy. *infra*, section 4.1.

(169) Pour un exemple de ces questions, voy. CJ, 28 février 2019, *Alfamicro – Sistemas de computadores, Sociedade Unipessoal, Lda v c/ European Commission*, aff. C-14/18 P, 74-75.

(170) À propos de l'intensité du contrôle effectué par la Cour de justice en matière de concurrence, voy. J. LUIS DA CRUZ VILAÇA, « The Intensity of Judicial Review in Complex Economic Matters – Recent Competition Law Judgments of the Court of Justice of the EU », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, vol. 6, pp. 173-188.

contrôle exercées par l'administration européenne (et nationale agissant dans le cadre de son contrôle de première ligne).

SECTION IV. ILLUSTRATIONS

Deux illustrations des contrôles pratiqués par l'administration européenne, l'OLAF (A) et les inspections environnementales (B), permettent de comprendre les difficultés liées à la diversité des activités de contrôle de l'administration européenne en pratique.

A. OLAF⁽¹⁷¹⁾ et contrôle des fraudes⁽¹⁷²⁾

La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne⁽¹⁷³⁾ nécessite des instruments multiples. Les actes qui sont particulièrement visés par les contrôles pratiqués par l'OLAF sont les irrégularités qui constituent

toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou à des budgets gérés par celles-ci soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue⁽¹⁷⁴⁾.

La lutte contre la fraude et les intérêts financiers de l'Union européenne se situe à la limite entre le droit pénal et le droit administratif⁽¹⁷⁵⁾. Le peu de compétences de l'Union européenne en matière pénale a longtemps expliqué que des mécanismes de type administratif soient développés pour réprimer des comportements indésirables. L'établissement du parquet européen devrait susciter une réflexion d'ensemble sur l'articulation des approches pénales et administratives dans la lutte contre la fraude⁽¹⁷⁶⁾. Il faudra attendre de voir

(171) Règl. (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JO*, L 312, 1995, 12/23, pp. 1-4, complété par le règl. n° 2185/96, préc.

(172) M. LUCHTMAN et M. WASMEIER, « The Political and Judicial Accountability of OLAF », in M. SCHOLTEN et M. LUCHTMAN (dir.), *Law Enforcement by EU Authorities – Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 221-246 ; *Add.*, https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_en ; C. HARDING, « EU Criminal Law under the Area of Freedom, Security, and Justice », in A. ARNULL et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 837-866, spéc. pp. 857-858.

(173) Art. 325 TFUE.

(174) Art. 1 (1) du règl. n° 2988/95, préc.

(175) Sur la frontière tenue entre les deux aspects en droit interne, voy. P. MARTENS, « Les sanctions administratives, un droit pénal dégénéré », in R. ANDERSEN, D. DÉOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 13-22 ; ou E. ROSENFELD et J. VEIL, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, pp. 61-73.

(176) Sur les liens entre l'OLAF et le parquet européen : P. CSONKA, « Le parquet européen : le nouvel acteur de l'espace judiciaire européen », *AJ pénal*, 2018, p. 283.

comment le parquet européen fonctionne concrètement et comment il identifie ses priorités pour pouvoir apprécier cette articulation de manière plus fine.

L'OLAF est une institution digne d'un intérêt particulier : elle constitue l'embryon administratif sur lequel devrait se développer le parquet européen, ce véritable bras de poursuites pénales au sein des institutions européennes. Créé au moment des soubresauts de la crise de la Commission Santer⁽¹⁷⁷⁾, l'OLAF bénéficie d'un statut particulier, à la fois intégré dans la Commission européenne et agissant de manière indépendante de celle-ci dans le cadre de ses investigations⁽¹⁷⁸⁾. L'OLAF est essentiellement doté de pouvoir d'enquêtes administratives internes et externes afin de protéger les intérêts financiers de l'Union européenne⁽¹⁷⁹⁾. Ces pouvoirs peuvent être exercés de manière autonome par l'OLAF ou au contraire être exercés de manière conjointe avec les autorités nationales. Les règles juridiques s'appliquant aux deux types de pouvoirs sont différentes avec le paradoxe que selon les dispositions nationales applicables l'OLAF peut avoir des pouvoirs plus étendus lorsqu'il agit conjointement avec des autorités nationales que lorsqu'il agit de manière autonome⁽¹⁸⁰⁾. Globalement, même si l'OLAF ne dispose pas de pouvoirs de poursuite ou de sanction propre, il dispose d'une large marge de manœuvre dans l'exercice de ses pouvoirs d'investigation⁽¹⁸¹⁾. Comme en général les décisions prises par l'OLAF n'affectent pas les droits des personnes soumises à son contrôle, le juge européen refuse de contrôler leur légalité⁽¹⁸²⁾.

L'exercice de ces missions de contrôle par l'OLAF a fait l'objet de difficultés, notamment au regard des principes juridiques applicables. Dans l'affaire *Sigma Orionis*⁽¹⁸³⁾, à titre d'exemple, l'OLAF avait pratiqué une inspection en France dans les locaux de la société Sigma Orionis pour vérifier si cette société n'avait pas établi de fausses fiches horaires et déclarations dans le cadre de projets financés par un programme de recherche européen. Sur la base des constatations effectuées par l'OLAF lors des vérifications sur place, la Commission européenne avait décidé une sanction administrative à l'encontre de *Sigma Orionis*. Cette dernière invoquait le fait que l'OLAF n'avait pas respecté les procédures nationales lors de son contrôle, ce qui aurait notamment impliqué

(177) Déc. de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) (SEC[1999] 802) (1999/352/CE).

(178) Art. 3 de la déc., préc.

(179) Art. 2 (1) [enquêtes externes] et (2) [enquêtes internes], déc. préc.

(180) M. LUCHTMAN et M. WASMEIER, *op. cit.* (n° 97), spéc. p. 225. Pour un cas où l'OLAF n'aurait pas respecté la législation nationale applicable, voy. les écoutes téléphoniques pratiquées sans autorisation d'un juge d'instruction en Belgique dans le cadre du « Daligate » (<https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/04/04/the-kessler-case-should-be-a-starting-point-for-reforming-the-eus-anti-fraud-office/>).

(181) M. LUCHTMAN et M. WASMEIER, *op. cit.* (n° 97), spéc. p. 227.

(182) *Ibid.*, spéc. p. 237.

(183) GC, 3 mai 2018, *Sigma Orionis SA c/ Commission européenne*, aff. T-48/16, ECLI:EU:T:2018:245.

l'obtention d'un mandat judiciaire national et l'accompagnement de l'OLAF par des officiers de police judiciaire nationaux. L'OLAF par contre estimait que ses inspections ne devaient pas respecter le droit national mais seulement les principes juridiques européens. La Cour donne raison à l'OLAF : le droit national ne doit être respecté que dans les cas où la réglementation européenne y fait explicitement référence⁽¹⁸⁴⁾.

B. Inspection – une technique qui cherche sa voie⁽¹⁸⁵⁾

L'Union européenne se voit reconnaître de plus en plus fréquemment des pouvoirs d'inspection. Ainsi dans le domaine bancaire ou de la concurrence⁽¹⁸⁶⁾, l'administration européenne peut opérer des investigations et des vérifications sur place dans les bureaux même des institutions réglementées⁽¹⁸⁷⁾. Par exemple, la crise de la vache folle a mené la Commission européenne à se voir dotée de pouvoirs d'inspection en matière alimentaire et vétérinaire⁽¹⁸⁸⁾. L'OLAF peut également pratiquer des inspections⁽¹⁸⁹⁾.

Les inspections sont cruciales au niveau du contrôle exercé par l'administration européenne car elles permettent de détecter des violations du droit européen par les destinataires des obligations européennes. Depuis le début des années 2000, l'Union européenne développe en particulier un système d'inspections en matière environnementale⁽¹⁹⁰⁾ : elle chercha à l'époque à imposer des standards minimums au niveau des inspections nationales à l'aide d'instruments de droit souple⁽¹⁹¹⁾. Au vu du résultat de cette première initiative, l'Union européenne développa des standards minimums nationaux dans une série de réglementations sectorielles avec des degrés de détails différenciés. Dans certains domaines environnementaux, la Commission s'est vue également reconnaître des pouvoirs d'inspection au cas par cas⁽¹⁹²⁾, même si les acteurs de contrôle en première ligne restent fréquemment nationaux.

(184) *Ibid.*, §§ [86]-[90].

(185) Pour les détails en droit de l'environnement, voy. M. HEDEMANN-ROBINSON, « Environmental Inspections and the EU: Securing an Effective Role for a Supranational Union Legal Framework », *Transnational Environmental Law*, 2017, vol. 6, n° 1, pp. 31-58.

(186) DG Concurrence, « Note explicative concernant les inspections menées par la Commission en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 » (disponible sur le site de la DG).

(187) Art. 12 du règl. n° 1024/2013 du Conseil, du 15 octobre 2013, confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *JO*, L 287, 2013, 10/29, pp. 63-89 (au profit de la Banque centrale européenne).

(188) M. HEDEMANN-ROBINSON, « Environmental Inspections and the EU: Securing an Effective Role for a Supranational Union Legal Framework », *op. cit.* (n° 110), p. 49.

(189) Ex. : Règl. n° 2185/96, préc.

(190) <http://ec.europa.eu/environment/legal/law/inspections.htm>

(191) Recommandation n° 2001/331/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 avril 2001, prévoyant des critères minimums applicables aux inspections environnementales dans les États membres, *JO*, L 118, 2001, 4/27, pp. 41-46.

(192) Ex. : Art. 35 de la dir. 2010/63/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 septembre 2010, relative à la protection des animaux utilisés à des fins scientifiques, *JO*, L 276, 2010, 10/20, pp. 33-79 ;

À partir de 2013, l'Union européenne développa une approche plus générale pour soutenir les inspections nationales⁽¹⁹³⁾. En pratique, la coordination des activités relatives aux inspections nationales s'effectue non pas directement par la Commission européenne mais par le biais du réseau IMPEL (*European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law*⁽¹⁹⁴⁾) qui inscrit ses actions dans le cadre des impulsions données par la Commission européenne. Ainsi, en 2018, la Commission a adopté un *Commission Action Plan on Environmental Compliance and Governance*. Un questionnaire fut rédigé pour identifier les attentes des praticiens de l'environnement en relation avec le respect du droit environnemental. Les réponses seront analysées dans le cadre d'un forum qui devrait identifier « *new actions at EU level to support Member State administrations practically in their endeavour to implement EU environmental legislation* »⁽¹⁹⁵⁾. Les raisons de ce système basé sur le réseau Impel doivent être trouvées dans la résistance des administrations nationales à se départir de leurs compétences en matière d'inspection environnementale. C'est ainsi que l'Agence européenne pour l'environnement ne s'est jamais vue reconnaître de pouvoirs d'investigation.

On voit ainsi toute la sensibilité politique de ce domaine où les implications concrètes des contrôles effectués par l'administration européenne pourraient se faire sentir. Toute avancée dans ce domaine dépend à nouveau de la survenance de crise ou d'un besoin fonctionnel d'intégration ainsi que du respect des compétences transférées par les États membres au niveau européen.

SECTION V. ZONES D'OMBRE

Des recherches empiriques ont montré que la Commission européenne a développé une stratégie efficace en termes de vérification de la conformité du droit national aux obligations européennes, en tout cas lorsque les décisions de la Cour de justice sont utilisées comme baromètre de succès⁽¹⁹⁶⁾. Le défi actuel auquel fait face l'administration européenne se situe sur un autre plan : renforcer

Art. 28 du régl. (CE) n° 1005/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, *JO*, L 286, 2009, 10/31, pp. 1-30 (pouvoir d'assistance de la Commission dans le cadre d'inspections nationales).

(193) Sur les options possibles, voy. DG Environnement, *Study on Possible Options for Strengthening the EU Level Role in Environmental Inspections and Strengthening the Commission's Capacity to Undertake Effective Investigations of Alleged Breached in EU Environment Law*, 2013.

(194) www.impel.eu/environmental-inspection-cycle/ Ex. : Impel, *IED Inspections – Guidance for the Implementation of the IED in Planning and Execution of Inspections*, 2013.

(195) www.impel.eu/3829-2/

(196) Sur la stratégie de priorisation des actions en constatation de manquement entreprises par la Commission européenne, voy. SMITH, *Centralised Enforcement, Legitimacy and Good Governance in Europe*, Londres, Routledge, spéc. pp. 123-131 ; T. KÖNIG et L. MÄDER, « The Strategic Nature of Compliance: An Empirical Evaluation of Law Implementation in the Central Monitoring system of the European Union », *American Journal of Political Science*, 2014, vol. 58, n° 1, pp. 246-263.

les contrôles sur les mécanismes administratifs nationaux qui rendent le droit national effectif dans les relations entre sujets de droit et entre sujets de droit et administrations nationales. Entre la règle de droit et la sanction de sa violation prononcée par un juge, il existe en effet toute une panoplie de stratégies qui peuvent donner vie dans le monde réel au texte adopté par le législateur⁽¹⁹⁷⁾. Les droits administratifs nationaux mettent l'accent sur la norme, la sanction ou les stratégies intermédiaires de manière différenciée : l'un des facteurs distinctifs des traditions administratives n'est pas tant les solutions juridiques que les techniques de mise en œuvre administrative de ces solutions juridiques. Le système actuel de contrôle exercé par l'administration européenne présente certes des forces dans la flexibilité offerte par son caractère informel et polymorphe, mais il présente également tant des faiblesses de principe que des faiblesses techniques.

Au titre des faiblesses de principe, la discussion se situe dans le cadre de la place exercée par le contrôle dans un système basé sur l'État de droit, où la norme juridique doit se voir reconnaître un minimum d'efficacité et les titulaires de droit doivent pouvoir établir une relation directe entre le texte juridique leur conférant un droit et la jouissance effective de ce droit dans leur vie et leurs transactions commerciales, professionnelles, privées, familiales, sociales, etc. De là naît le besoin de conceptualiser un système général de contrôle pratiqué par l'administration européenne⁽¹⁹⁸⁾, couplé à une réflexion systématique sur son possible design institutionnel. Il s'agit ainsi de s'assurer d'une couverture générale satisfaisante des mécanismes de contrôle pour éviter non seulement des lacunes, mais aussi des duplications⁽¹⁹⁹⁾.

Développer ce design institutionnel passe notamment par l'élaboration d'une typologie des contrôles que l'administration européenne exerce, pourrait exercer, voire devrait exercer, en vue d'assurer l'effectivité du droit objectif et la protection des droits subjectifs. Ici, on se trouve confronté à une question méthodologique : faut-il avoir recours à une méthode inductive ou déductive d'élaboration de cette typologie ? La méthode déductive supposerait que la nature de l'Union européenne comme système administratif puisse être déterminée. Les difficultés qui ont surgi à propos de l'articulation et la mise en œuvre des articles 290 et 291 TFUE incitent à cet égard à la prudence. La

(197) Sur l'idée que les systèmes administratifs reposent sur des métissages différents de mise en œuvre des principes administratifs par le biais de procédures, techniques et institutions de nature différente, voy. J. BELL, « Judicial Review in the Administrative State », in J. DE POORTER, E. HIRSCH BALLIN et S. LAVRIJSEN (dir.), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, New York, Springer, 2019, pp. 3-26.

(198) Cette base conceptuelle n'est pas encore définitivement identifiée. La théorie du « principal-agent » semble peu appropriée aux particularités institutionnelles de l'Union européenne.

(199) Sur ce double problème dans les cas d'imputabilité en matière de régulation, voy. C. SCOTT, « Accountability in the regulatory state », *J. Law & Soc.*, 2000, pp. 38-60.

méthode inductive voudrait que l'on puisse recenser de manière plus systématique que n'a pu le faire la présente contribution les techniques de contrôle exercé par l'administration européenne – par politique, auteur, objectif, etc. Non seulement la tâche s'avère ambitieuse par son ampleur, mais des problèmes de mise à jour jailliront car le système actuel est en perpétuelle évolution.

Une identification exploratoire de quatre types de contrôle pourrait permettre une première clarification. Cette grille de lecture pourrait s'articuler autour de la marge d'appréciation (le pouvoir en opportunité) dont le sujet actif du contrôle jouit, devrait jouir ou pourrait jouir. En effet, l'étendue de cette marge d'appréciation permet d'identifier le pouvoir exercé par le sujet actif du contrôle, les obligations qui pèsent sur lui et le contrôle corrélatif approprié. On pourrait ainsi distinguer 1) des contrôles sur des choix reconnus expressément comme politiques sur le plan des principes ou largement facultatifs, 2) des contrôles sur des choix en opportunité sur le plan des modalités, 3) des contrôles sur des choix liés à des considérations bien circonscrites (par exemple en termes de risques), 4) des contrôles sur des choix techniques et/ou scientifiques. Selon le type de choix, le contrôle pourrait ne pas se rapporter simplement à un brevet de conformité ou de non-conformité du choix par rapport au droit européen mais proposer des suivis adaptés. Cette approche soulève des questions d'ordre politique, en particulier celle de la relation de contrôle et/ou de coopération qui s'établit entre le contrôleur et le contrôlé⁽²⁰⁰⁾.

Cette identification exploratoire permettrait éventuellement d'établir des types de contrôle avec les sujets actifs primaires et secondaires du contrôle selon que le contrôle soit plus ou moins centralisé, indirect, voire décentralisé (par le biais des acteurs économiques et privés par exemple⁽²⁰¹⁾) par exemple. Par ailleurs, elle ouvrirait également la possibilité d'une différenciation selon les conséquences juridiques attachées au contrôle : il serait possible de développer une pyramide de priorités débattues publiquement et acceptées par des voies européennes et nationales appropriées⁽²⁰²⁾. En effet, si l'idéal d'un droit effectivement appliqué présente des vertus certaines dans un État de droit, il semble que la possibilité de ne pas systématiquement appliquer le droit doit être préservée pour l'administration – dans des conditions de motivation et

(200) Sur un phénomène similaire d'interactions entre contrôle et coopération dans la mise en œuvre de projets d'infrastructure publique, voy. Y. MARIQUE, *Public-Private Partnerships and the Law – Regulation, institutions and community*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 25-27 et pp. 139-140.

(201) A. HOFMANN, « Is the Commission Levelling the Playing Field? Rights Enforcement in the European Union », *Journal of European Integration*, 2018, vol. 40, n° 6, pp. 737-751.

(202) Pour une discussion critique d'une approche basée sur le paradigme de la pyramide, voy. L. BONNAUD, « Comment théoriser l'action répressive des services d'inspection ? – Origines et critiques de la notion de responsive regulation », *RSC*, 2019, p. 65. L'idée d'un lien entre objet du contrôle, technique du contrôle et conséquence du contrôle permet toutefois d'établir une base de départ pour une réflexion sur le système de contrôle et les typologies possibles.

d'explication sans doute (de type *comply or explain* par exemple). En effet, « trop de droit tue le droit ». La liberté individuelle est préservée lorsque le citoyen et les acteurs économiques et sociaux sont suffisamment responsables envers la société dans laquelle ils évoluent pour – par principe – respecter le droit sans y être contraints et forcés par un système de surveillance constante et systématique. Il y va de la légitimité et de la crédibilité même de l'espoir d'une vie paisible pour les citoyens d'un État de droit.

Au titre des faiblesses techniques, le système actuel de contrôle exercé par l'administration européenne soulève de multiples questions. Tout d'abord, la digitalisation des procédures offre une possibilité à terme de coordonner les procédures administratives et d'assurer des contrôles par des biais électroniques. Cette possibilité devrait sans doute être explorée systématiquement pour que les procédures nationales administratives en cours de digitalisation intègrent une possibilité de contrôle digital par l'administration européenne. De même, les flots de données administratives devraient être analysés à l'aune des procédures de contrôle administratif s'y rapportant, pour éviter la duplication tout comme pour éviter des lacunes. Ces approches modernes ne peuvent s'avérer des succès à terme que si le personnel chargé de missions de contrôle au niveau européen est formé de manière appropriée. Or, cet aspect ne semble pas retenir l'attention, à l'heure où la professionnalisation des administrations nationales semble redevenir à la mode, en tout cas dans certaines politiques européennes⁽²⁰³⁾. L'aspect « personnel » mérite ainsi un approfondissement pour identifier ce qui se passe au niveau national lorsque les fonctionnaires sont confrontés à des tensions entre la normativité européenne et des préférences politiques nationales. Répondre à cette question demande des recherches empiriques précises. Les informations disponibles actuellement dans la littérature semblent indiquer que le personnel administratif reste loyal à son système national, notamment parce qu'il n'y a qu'une faible socialisation et familiarisation du personnel administratif national avec ses contreparties européennes⁽²⁰⁴⁾. Enfin, de manière générale, que doit faire l'administration européenne si elle découvre un problème systémique avéré dans le système administratif d'un État membre – par exemple un haut degré de corruption dans l'administration ou des techniques de sabotage systématique de la mise en œuvre du droit européen ? Pourrait-elle aller jusqu'à développer un pouvoir de substitution temporaire, moyennant des garanties adéquates au nom de la confiance mutuelle et de la coopération loyale ? Si ce scénario semble plus relever de la fiction que de la réalité pour l'instant, il est certain que la Commission européenne cherche à étendre ses

(203) Exemple : Recommandation (UE) n° 2017/1805 de la Commission, du 3 octobre 2017, sur la professionnalisation de la passation des marchés publics – Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics, *JO*, L 259, 2017, 10/7, pp. 28-31.

(204) E. MASTENBROEK, « Guardians of EU law? Analysing Roles and Behaviour of Dutch Legislative Drafters Involved in EU Compliance », *Journal of European Public Policy*, 2017, vol. 24, n° 9, pp. 1289-1307.

pouvoirs de contrôle, notamment en termes de pouvoirs d'investigation, auprès des acteurs économiques sur le terrain. Ainsi, elle développa un projet de *EU single market information tool* afin de pouvoir vérifier les prix sur les marchés⁽²⁰⁵⁾. Ce projet rencontra des difficultés concrètes au regard de la base juridique permettant sa mise en place : la Commission avait choisi une base juridique qui ne reconnaissait pas de rôle législatif au Parlement européen dans l'adoption du mécanisme, ce qui entraîna un blocage de la proposition, rendue caduque par la dissolution du Parlement européen en 2019⁽²⁰⁶⁾.

Ces développements conceptuels et techniques possibles (à différents degrés) portent à s'interroger sur le futur du système de contrôle de l'administration européenne. Si le système est rendu progressivement de plus en plus effectif, que restera-t-il de l'autonomie procédurale et d'organisation administrative des États membres dans le contexte du contrôle indirect ? Le principe d'identité constitutionnelle offre-t-il des limites robustes à ces développements ? Observerait-on un grignotement progressif de la souveraineté « concrétisée » des États membres de l'Union européenne ?

SECTION VI. PARADOXE DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION EUROPÉENNE EN VOIE DE PERFECTIONNEMENT : INDICATEUR D'UN FUTUR ÉTAT EUROPÉEN ?

Alors que les années 2000 étaient marquées par l'échec retentissant de l'adoption d'une Constitution européenne, ô combien symbolique, elles étaient le terrain d'expérimentation d'un phénomène administratif furtif dont l'ampleur ne commence à être mesurée que maintenant. La recherche de légitimité politique pour consolider les bases du projet européen a surtout porté sur la vulnérabilité démocratique de ce projet. Or, la recherche d'une légitimité non plus par les *inputs* mais par les *outputs*⁽²⁰⁷⁾, à savoir la démonstration concrète que les travaux européens sont de nature à transformer le quotidien des citoyens européens a mené l'Union européenne, et en particulier, la Commission européenne, à développer des techniques favorisant une meilleure mise en œuvre concrète des droits et obligations adoptés au niveau européen. Les instances

(205) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant les conditions et la procédure qui permettent à la Commission de demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements en rapport avec le marché intérieur et des domaines connexes, 2 mai 2017, COM(2017) 257 final, 2017/0087(COD).

(206) [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2017\)608634](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2017)608634)

(207) F. SCHARPF, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, pp. 15-34. Sur les interactions entre contrôle de l'administration, État de droit et légitimité au niveau européen : G. ROWE, « Administrative Supervision of Administrative Action in the European Union », in H. C. H. HOFMANN et A. TÜRK (dir.), *Legal Challenges in EU Administrative Law—Towards an Integrated Administration*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2009, pp. 179-217.

européennes ont ainsi diversifié les stratégies et les méthodes visant à réduire le décalage entre la théorie et la pratique, entre les normes sur le papier (*black letter law*) et les normes mises en œuvre dans l'action administrative (*law in action*). Ces diverses stratégies peuvent entrer dans un concept « parapluie » de contrôle de la mise en œuvre des dispositions européennes au niveau national. L'architecture des missions de contrôle par l'administration européenne reste néanmoins fragmentée pour l'instant. Mais elle se développe progressivement – même si on en est encore au stade de l'expérimentation et du tâtonnement car les États membres sont vigilants à préserver leur souveraineté. Or, les techniques de contrôle administratif et de sanctions administratives sont bien au cœur de l'exercice des pouvoirs unilatéraux de l'État.

Il y a donc un paradoxe à ce que l'échec de la proclamation d'un État européen par le haut (*via* la Constitution européenne) permette d'assister à sa construction par le bas (par le contrôle administratif). Néanmoins les défis liés au design institutionnel restent face à la prolifération et la complexification des missions de contrôle, et le danger corrélatif que les destinataires du droit ne les comprennent pas ou cherchent à les ignorer. Le risque de bureaucratisation de la machine européenne nous invite à rester vigilants. Il ne suffit pas de s'intéresser à l'efficacité du droit *ex post* une fois que la Commission européenne, les agences ou les réseaux constatent que le droit européen n'est pas appliqué ou que les États membres font face à des difficultés profondes pour le mettre en œuvre. Il est prudent ou sage de s'intéresser dès le processus d'élaboration⁽²⁰⁸⁾ du droit aux conditions nécessaires de sa mise en œuvre : il faut une véritable identification du problème qu'une réglementation cherche à résoudre (et non une acceptation du problème tel que présenté par quelques groupes d'intérêts ou experts autoproclamés), avec une réelle prise en compte des principes de proportionnalité, de subsidiarité, et de prudence. Les missions de contrôle de l'administration européenne invitent ainsi à une réflexion renouvelée sur la « justice administrative » non pas seulement au niveau juridictionnel, mais aussi au sens institutionnel et substantiel, comme indicateur des fondements possibles pour un projet européen en cours de reconstruction.

(208) La Commission semble consciente du besoin de ce changement de paradigme (ex. : Commission européenne, « Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats », 19 janvier 2017, 2017/C 18/02, *JO*, C 18/10 pt 1). La difficulté est surtout d'appliquer ces principes.