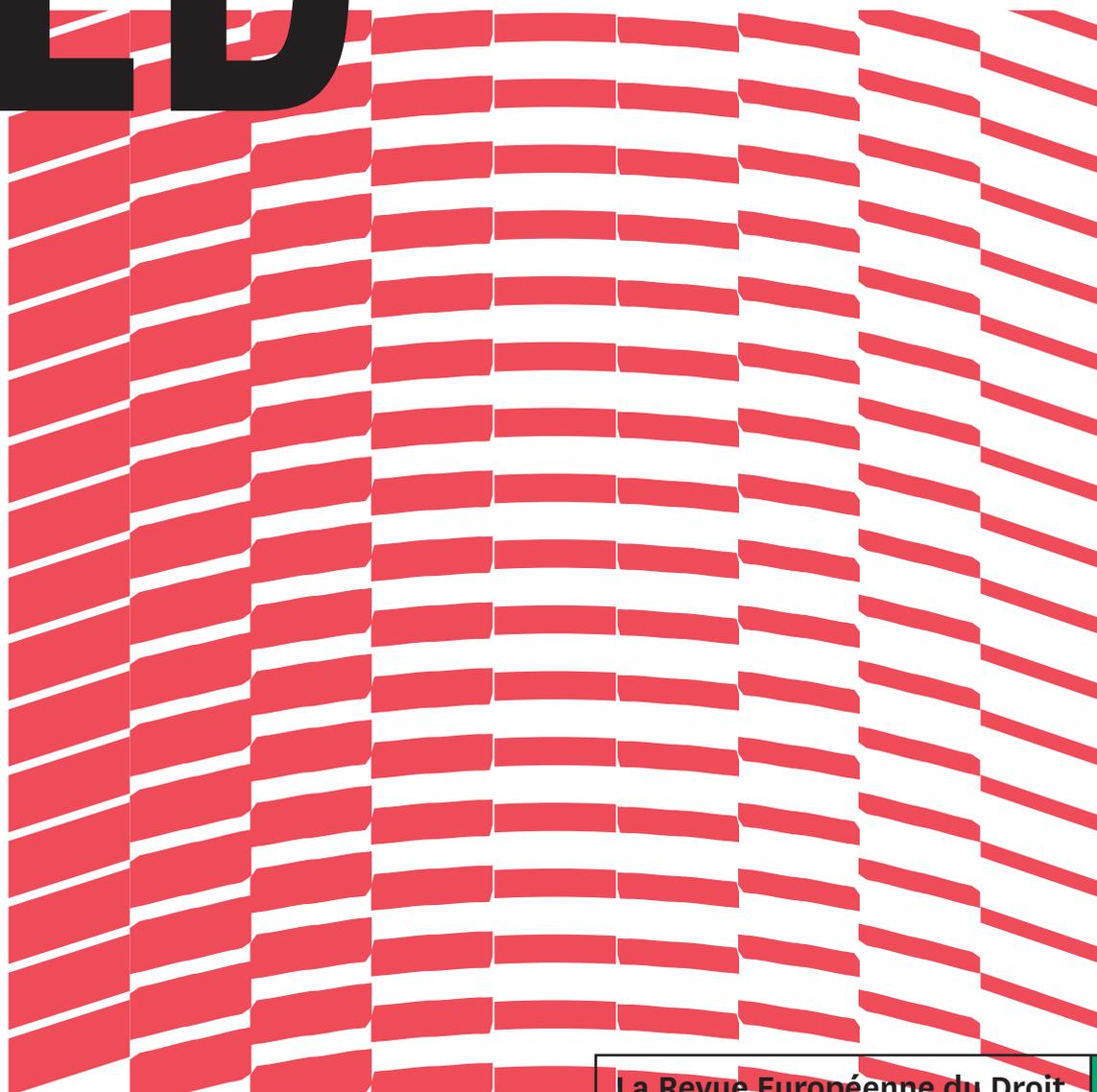


03 | année 02
déc 2021

Les chemins de la
puissance européenne

RED



La Revue Européenne du Droit

Direction scientifique
A. Alemanno & P. Sellal

DOCTRINE
GROUPE D'ÉTUDES
GÉOPOLITIQUES



RED

La Revue Européenne du Droit

ISSN 2740-8701

Revue éditée par le Groupe d'études
géopolitiques.

45 rue d'Ulm 75005 Paris
geopolitique.eu/revue-europeenne-du-droit
geg@ens.fr

Président du Comité scientifique

Guy Canivet

Comité scientifique

Alberto Alemanno, Luis Arroyo Zapatero,
Emmanuel Breen, Gilles Briatta, Laurent
Cohen-Tanugi, Mireille Delmas-Marty, Pavlos
Eleftheriadis, Jean-Gabriel Flandrois, Emanuela
Fronza, Antoine Gaudemet, Aurélien Hamelle,
Noëlle Lenoir, Emmanuelle Mignon, Astrid
Mignon Colombet, Pierre-Louis Périn, Sébastien
Pimont, Pierre Servan-Schreiber, Françoise
Tulkens et Jorge E. Viñuales.

Rédacteurs en chef

Hugo Pascal et Vasile Rotaru

Directeurs de la publication

Gilles Gressani et Mathéo Malik

Comité de rédaction

Joachim-Nicolas Herrera (dir.), Anda Bologa,
Dano Brossmann, Jean Cattani, Jean Chuilon-
Croll, Pierre-Benoît Drancourt, David Djaïz,
Lorraine De Groote, Gérald Giaoui, Sara
Gwiazda et Francesco Pastro.

Pour citer un article de la revue

[Nom de l'auteur / Titre],
La Revue européenne du droit,
décembre 2021, n°3



Joachim-Nicolas Herrera • doctorant à Sciences Po, LLM Candidate, Yale University

Hugo Pascal • doctorant en droit civil, Université Paris 2 Panthéon-Assas

Vasile Rotaru • doctorant en droit (D. Phil), Oxford University

L'Europe – une puissance éminemment juridique

2

De quoi l'Europe est-elle le nom ? La réponse n'est pas simple, tant se multiplient les crispations internes, de la crise migratoire à celle de la primauté du droit européen en passant par la remise en cause de l'État de droit. La conviction que défend ce numéro de la RED est que toute réflexion sur l'idée d'*Europe-puissance*, qui n'est désormais plus réductible à une vision française du destin européen, est intimement liée à une interrogation sur l'identité européenne. Cette dernière est inséparable de la culture juridique qui a donné à l'Europe ses institutions et ses moyens d'action. L'Europe-puissance, dans ses aspects interne comme externe, est avant tout l'Europe par la norme.

Examinons d'abord l'aspect interne. Les pères fondateurs de l'Union ont fait le choix éclairé d'une intégration européenne par le marché, qui est en soi un projet éminemment juridique : sans la garantie des libertés de circulation, sans la vigilance vis-à-vis des conditions de concurrence, et sans une certaine harmonisation des règles du jeu commercial, il n'y aurait pas de marché commun. Mais l'Union est plus que cela : le projet européen prouve que le libre-échange peut être concilié avec une volonté de protection sociale. C'est encore le droit qui offre le moyen d'exercice d'une action politique souveraine au niveau de l'Union ; que l'on songe à la réaction face à l'urgence climatique, aux réponses communautaires aux crises financières, ou à la régulation de l'économie digitale. A mesure que les champs d'action souveraine de l'Union se multiplient, se pose avec une acuité nouvelle la question de la légitimité de la gouvernance européenne. Certes, il n'est pas question de réviser encore les traités, bien que des voix s'élèvent en faveur de règles de décision majoritaire ; mais la façon dont le pouvoir est exercé en Europe évolue tout de même, subtilement : d'une part, dans le sillage des actions dictées par la nécessité en temps de crise, qui révèle mieux que toute autre expérience où se trouve le véritable pouvoir décisionnel (pensons au nouveau rôle de la BCE), ou d'autre part, à la faveur du nouveau souffle

populaire qui pourrait émerger des efforts de démocratie participative (à l'instar de la récente Conférence sur l'avenir de l'Europe). Les arrêts prudents de la Cour de Karlsruhe illustrent cette négociation permanente des formes de gouvernance, dont le droit est le langage privilégié.

A l'égard du reste du monde, la puissance européenne dépend plus encore de son incarnation juridique. Il s'agit de doter l'Union des moyens d'une *autonomie stratégique* poursuivant ses intérêts propres, à supposer que l'on puisse les définir. A défaut d'objectifs militaires, l'Europe possède avant tout des intérêts économiques articulés à la défense d'un certain modèle politique et social. L'un des chemins d'actualisation de cette puissance est le désormais bien connu « effet Bruxelles » : l'accès au marché européen s'accompagne depuis sa création de l'exigence unilatérale de respecter des normes strictes ; de sorte que la production mondiale de biens et de services s'aligne sur ces standards élevés parce que le calcul de coût interne aux entreprises le justifie. Cependant, la taille relative du marché commun décline et sur les questions les plus importantes, l'Europe n'est plus aujourd'hui la seule à s'exprimer : la concertation n'est plus toujours possible et des modèles alternatifs émergent. Dans ce nouvel état du monde, l'Europe ne peut garder sa puissance normative qu'à condition que son modèle de gouvernance emporte l'adhésion des raisons et des cœurs.

Les deux incarnations de l'Europe-puissance sont donc intimement liées : notre discours externe peine à convaincre si nous n'arrivons pas à être irréprochables au sein même de l'Union. C'est pour cette raison que les crises d'identité que nous traversons actuellement sont si décisives : si la souveraineté doit trouver une expression européenne, il est avant tout nécessaire qu'un consensus sur ce qui nous unit s'installe parmi les peuples européens. Or, les remises en cause des principes de l'État de droit, notamment en Pologne et en Hongrie, nous forcent à prendre du recul. Certes, l'acquis le plus précieux de la culture juridique européenne, qui structure nos sociétés depuis des millénaires, est la capacité à assurer la concorde des *canons discordants* - c'est le principe même de la construction européenne par le droit. Mais que faire lorsque les conditions de possibilité de cette unité plurielle sont attaquées : s'agit-il de difficultés contextuelles, ou doit-on plutôt comprendre que l'hypothèse d'un air de famille entre les cultures politiques et constitutionnelles, au-delà des particularités nationales, est simplement devenue insoutenable ?

Si l'on accepte que la seule identité capable de fonder l'expression de l'Europe-puissance, interne comme externe, ne peut être que juridique, rétablir (ou faire émerger) cette cohérence minimale devient une question primordiale, voire existentielle, pour l'Union. Les contributions de ce numéro de la *Revue européenne du droit* s'efforcent d'en déterminer les chemins possibles.

- 2 **L'Europe – une puissance éminemment juridique**
Joachim-Nicolas Herrera, Hugo Pascal, Vasile Rotaru
- 4 **Les chemins de la puissance européenne**
Pierre Sellal
- 7 **L'Europe Puissance Citoyenne**
Alberto Alemanno et Kalypso Nicolaidis
- GOUVERNER L'EUROPE, POUR QUELLE FINALITÉ ?**
- 19 **Primauté, identité et *ultra vires* : forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit**
Francesco Martucci
- 27 **Constitution française et droit de l'UE : approche par la complexité des rapports de puissance juridique**
Guy Canivet
- 36 **L'avenir de l'Europe : une alternative fédérale à la différenciation**
Sergio Fabbrini
- 45 **Promesses et Périls de l'Europe**
Signe Relhing Larsen
- 52 **La réaction contre le constitutionnalisme européen : pourquoi nous ne devrions pas suivre la contre-vague identitaire ?**
Marlene Wind
- 56 **Les juges nationaux et la construction européenne : unis dans la diversité**
Bruno Lasserre
- 62 **La nationalité étatique au défi du droit de l'Union**
Etienne Pataut
- 68 **Interdépendance, résilience et récit : géopolitique européenne du 21^{ème} siècle**
Arancha Gonzalez Laya
- 71 **Penser et construire l'Europe puissance**
Pierre Moscovici
- 75 **Définir la souveraineté européenne**
Pascal Lamy
- 78 **Nous sommes face à un problème de nature systémique plutôt qu'à des violations ponctuelles du droit européen**
Didier Reynders
- 84 **Tout est géopolitique**
Jean-Claude Juncker
- QUEL AGENDA EUROPÉEN ?**
- 90 **Le renouveau du débat sur la puissance européenne peut-il aboutir à un changement de paradigme à Bruxelles ?**
Gilles Briatta
- 93 **Recadrer et muscler la coopération transatlantique en matière de réglementation**
Peter Chase
- 100 **L'Europe comme puissance normative internationale : état des lieux et perspectives**
Laurent Cohen-Tanugi
- 107 **Souveraineté digitale : Puissance européenne pour les Données et le Cloud, *in varietate concordia***
Hubert Tardieu and Boris Otto
- 114 **Le Digital Markets Act permettra-t-il à l'Europe de reprendre le pouvoir sur les GAFA ? Probablement pas tout de suite**
Joëlle Toledano et Jean Cattan
- 118 **Dessiner un droit des affaires commun**
Philippe Dupichot
- 124 **Quel équilibre entre recherche d'une concurrence parfaite et développement de l'industrie européenne ?**
Jacques-Philippe Gunther
- 132 **L'avenir de l'union bancaire après la pandémie**
Pedro Gustavo Teixeira
- 139 **Définir les règles de notre avenir numérique : l'UE est-elle sur la bonne voie ?**
Brad Smith
- 146 **Justice climatique en Europe : le rôle croissant des juges**
Corinne Lepage
- 151 **La définition de standards globaux de durabilité est-elle à la portée de l'Europe ?**
Danny Busch
- 156 **La démocratisation de la gouvernance européenne de l'environnement : rendre le droit européen de l'environnement plus efficace ?**
Suzanne Kingston
- 164 **L'émergence d'un constitutionnalisme illibéral et d'une légalité illibérale en Europe : que se passe-t-il et que peut faire l'UE ?**
Tímea Drinóczi
- 170 **Déficit de solidarité, recul des protections et déplacement des frontières : l'avenir de l'asile dans l'UE ?**
Lilian Tsourdi
- 176 **L'Europe somnambule dans l'insoutenable fragilité du monde**
Jacques Toubon et Jean-Yves Heurtebise
- 182 **La volonté de puissance**
Raphaël Glucksmann



Pierre Sellal • Ambassadeur de France, Président de la Fondation de France, Senior Counsel chez August-Debouzy, Ancien Représentant Permanent de la France auprès de l'UE, Ancien Secrétaire Général du Quai d'Orsay

Les chemins de la puissance européenne

4

Comment appréhender la relation incertaine de l'Europe avec la puissance ? Celle-ci, que Valéry Giscard d'Estaing opposait dès 1974 à l'« espace », qui ne suffisait pas à ses yeux à rendre compte du projet européen et de son ambition, est-elle vouée à demeurer l'horizon chimérique de ses finalités ultimes ? Comment s'expriment, dans le monde d'aujourd'hui, âpre, concurrentiel et rarement spontanément coopératif, les rapports de forces et de puissances ? Quels « chemins » la puissance emprunte-t-elle désormais pour imposer une influence, promouvoir des intérêts ou défendre des acquis ? L'Union européenne dispose-t-elle des compétences lui permettant de parcourir ces chemins dans leur diversité ? Son armature institutionnelle lui en donne-t-elle les moyens ou ces institutions restent-ils des handicaps pour exercer la puissance dont elle aurait l'ambition ?

Bref, pour l'Europe la recherche de la puissance, comme l'affirmation d'une souveraineté qui lui est souvent associée, relève de la quête incertaine, oblige aux questionnements et appelle la multiplicité des regards. Tel est précisément l'objet de ce volume de la *Revue européenne du droit*.

On le sait bien, la Communauté européenne n'est pas née d'une volonté de puissance. Tout au contraire, il s'est agi pour ses fondateurs d'en combattre tout risque de la réémergence en Europe. Les solidarités de fait puis l'intégration économique ont été les leviers du « refoulement de la logique de puissance ». La priorité donnée à la réalisation du Marché commun, puis au Marché unique et à l'abolition des frontières intérieures a longtemps réduit l'action extérieure européenne à la recherche de l'ouverture des marchés et aux actions de solidarité avec le monde en développement, loin d'une affirmation géostratégique. Le choix de la grande majorité des États membres de s'en remettre à une autre alliance pour assurer leur défense n'a pas permis de faire de la sécurité

commune un enjeu d'affirmation européenne collective. Le flou délibéré de la frontière extérieure, déplacée au gré des élargissements successifs, a contrecarré l'émergence d'une identité collective. Enfin la croyance a longtemps perduré, à Bruxelles, d'un avènement universel de la démocratie libérale couplée à l'économie de marché, et du développement inéluctable parce que souhaitable de la régulation multilatérale, perçue comme le prolongement naturel de la régulation européenne par le droit.

Autant de choix délibérés et en partie dépassés, et de désillusions subies, la logique de coopération cédant à celle de la puissance, qui appellent aujourd'hui un véritable « changement de paradigme », d'autant plus difficile à opérer que les réalités viennent percuter frontalement le socle de la construction européenne.

Dans leur diversité, les « chemins » que nous proposons ici de parcourir illustrent celle des **formes de la puissance** dans le monde d'aujourd'hui. Ce sont autant de terrains sur lesquels s'exercent concurrence, affrontements ou parfois coopération entre nations et ensembles régionaux : normes techniques, règles de concurrence, obligations juridiques pour la protection de l'environnement ou le climat, principes liés à la protection des droits individuels et des libertés publiques...

Ce sont aussi les leviers par lesquels l'Union européenne peut avoir l'ambition d'agir et de s'imposer : projection internationale de ses normes, accords de partenariat, instruments de défense de l'accès à son marché intérieur...

Dans tous les cas, il s'agit de déterminer à quelles conditions et de quelle manière l'Europe peut être « souveraine », c'est-à-dire décider par elle-même, pour elle-même et ses propres intérêts, dans les domaines qu'elle juge essentiels pour son identité, sa prospérité, sa sécurité et le bien-être de ses citoyens.

Mais, et la lecture de ce volume en apporte la claire démonstration, cette « souveraineté » de l'Europe et de l'Union ne saurait être abstraite et générale, ne serait-ce que parce que son existence même procède du choix des États qui la composent de lui conférer des compétences, qu'ils déterminent du commun accord de leurs souverainetés rassemblées. Il est important, pour la crédibilité de l'idée d'une « Europe souveraine » comme pour son acceptabilité auprès de ceux qui cultivent la nostalgie des anciennes espérances fédérales, ou gardent au contraire une certaine méfiance, de qualifier et de préciser ce que nous entendons par souveraineté. Elle peut être, et recevrait sans doute ainsi qualifiée l'adhésion du plus grand nombre de délégations, technologique, numérique, monétaire, énergétique, climatique, normative...

Elle peine davantage à s'exprimer et à s'imposer en matière de circulation des personnes, comme la crise migratoire de 2015 l'avait bien montré, de protection, de sécurité et surtout de défense. Mais il serait regrettable

que la confusion entretenue par certains ou la réduction commise par d'autres entre puissance et force militaire ne provoquent un détournement complet de la recherche de puissance : celle-ci, pour faire consensus, doit être ciblée, caractérisée, délimitée.

Faute d'être encore une Union politique, *a fortiori* une Union de défense, l'Europe demeure une **Union de régulation**. La capacité à produire des normes juridiques et à s'imposer par le droit reste sa vocation éminente. Une période de retenue, voire de désengagement, a pu être nécessaire et bienvenue après les années de boulimie normative et harmonisatrice requise par la réalisation du Marché intérieur. Mais de nouveaux champs réclament aujourd'hui des règles et une organisation commune, de l'économie numérique aux enjeux industriels et sociétaux liés aux politiques du climat.

Nécessaires pour l'Europe elle-même, ces nouvelles régulations sont aussi l'occasion d'une projection de puissance par l'exportation et la diffusion des normes européennes. Plusieurs contributions de ce recueil illustrent la fécondité de ce processus. Mais certaines soulignent aussi les difficultés grandissantes auxquelles l'Europe pourrait être confrontée pour poursuivre dans cette voie. J'en mentionnerai trois en particulier.

- Il est naturellement plus aisé pour la puissance économiquement dominante sur un marché d'imposer ses normes. L'Europe avait créé et imposé la norme GSM à une époque où elle dominait l'industrie mondiale des télécommunications, ou y faisait au moins jeu égal avec les États-Unis. Sans pour autant jouir d'une position comparable dans le monde de l'internet, elle avait su être pionnière avec le règlement sur la protection des données personnelles (RGPD), conçu il y a un peu plus de dix ans, et assurer ainsi à ses principes une très large diffusion internationale. Aujourd'hui, l'Europe n'est plus précurseur ni seule dans beaucoup d'activités de normalisation, y compris au sujet de l'économie numérique, où la Chine ou la Corée s'affirment elles aussi en tant que producteurs de normes. Cette concurrence normative ne peut que s'exacerber au rythme de l'érosion de la part de l'Europe dans l'économie mondiale.

- La projection extérieure des normes européennes empruntait classiquement deux voies principales : leur extension via des accords multilatéraux d'une part, leur insertion dans des accords commerciaux ou de partenariat conclus par l'UE avec des pays tiers d'autre part. La première pâtit de l'érosion, du discrédit ou de l'inefficacité du système multilatéral, du fait du retrait ou du moindre engagement de ses principaux acteurs. La seconde se heurte aux réticences croissantes, et largement irrationnelles, des Parlements nationaux et du Parlement européen, vis-à-vis de la conclusion de nouveaux accords commerciaux et de libre-échange, alors que ceux-ci étaient pourtant devenus, avant tout, des instruments efficaces d'exportation des normes européennes.

- Faire de la production de normes un instrument de puissance implique une volonté d'adéquation de ces règles aux intérêts européens, et de promouvoir ces derniers. Or, beaucoup d'exercices européens de normalisation sont aujourd'hui fondés sur des valeurs plus que sur des intérêts. Il ne s'agit pas nécessairement d'opposer les unes aux autres, mais si on peut revendiquer de l'exemplarité par les valeurs que l'on incarne et défend, on ne construit de la puissance que sur des intérêts.

Union de régulation, construction avant tout juridique, l'Union a érigé, après une brève période d'approximations, la **primauté du droit européen** sur les droits nationaux en tant que pierre angulaire de son édifice. Et il n'est pas contestable que l'intégrité du marché unique dépend de l'unité d'interprétation et de mise en œuvre du droit européen, y compris par les juridictions nationales, sous la supervision d'une juridiction unique, la Cour de justice de l'Union européenne. Les contributions de ce recueil rappellent les moments de tension auxquels a pu donner lieu l'articulation entre le droit européen et les droits nationaux, et la relation entre la CJUE et les cours suprêmes des États membres. L'actualité récente a été marquée de nouveaux épisodes, mettant en lice aussi bien des États fondateurs (l'Allemagne et le Tribunal de Karlsruhe, le Conseil d'État en France) que des membres plus récents (la Hongrie, la Pologne).

Comme ces articles le soulignent très justement, il est important de bien distinguer les différents cas, notamment selon qu'ils s'inscrivent ou non dans une politique délibérée de mise en cause de l'ordre juridique européen. Néanmoins, ces affaires justifient quelques remarques convergentes.

- Aussi nécessaire soit-elle pour le fonctionnement même de l'Union, l'intégrité de son marché et sa crédibilité en tant que « puissance normative », la primauté du droit européen ne va pas de soi dans une entité qui n'est pas et ne se revendique pas comme un État fédéral, et au sein de laquelle les « Maîtres du traité » selon l'expression qu'affectionne le Tribunal de Karlsruhe, restent les seuls États membres. La relation de la règle européenne avec l'ordre interne aux États est surtout sensible quand elle touche à la norme constitutionnelle dans un État, ou met en jeu les relations entre la CJUE et les cours suprêmes nationales. Il y faut de la pondération, du sens du compromis et du dialogue, y compris entre les juges concernés, sous peine de susciter des réactions incontrôlables. C'est particulièrement nécessaire lorsque les interventions de la CJUE l'amènent à s'avancer sur le terrain de la sécurité et de la défense, où l'Union ne jouit pas d'une compétence indiscutable, et aurait beaucoup à perdre à être identifiée avant tout comme un pouvoir d'empêcher les États à agir dans ces domaines.

- La notion d'État de droit traverse aujourd'hui les débats sur la nature de l'ordre juridique communautaire, la primauté du droit européen et les exigences expri-

mées vis-à-vis de chacun des États membres. Elle ne peut qu'être centrale, pour une entité fondée sur le droit et le respect de ses règles. Cependant sa définition demeure incertaine, quoique l'expression soit consacrée comme l'un des fondements de l'Union, selon les termes de l'article 2 du Traité de l'Union européenne. À lire cet article en effet, on comprend que l'État de droit appartient aux « valeurs » de l'Union, « communes aux États membres », mais qu'il ne se confond ni avec la démocratie, ni avec le respect des droits de l'homme. Les attentes dans ce domaine ont dès lors une part de subjectivité, évoluent selon les époques et les circonstances, tout en revêtant aujourd'hui un caractère de priorité absolue.

Symétriquement, un autre concept, le principe de subsidiarité dont l'avènement remonte au Traité de Maastricht en 1992, et qui avait dominé le discours politique sur l'Union, parmi ses contempteurs mais pas seulement, a pratiquement disparu des débats. Or, des choix politiques ou des préférences collectives nationales, en matière de droit de la famille par exemple, qui étaient considérées il y a 20 ans seulement comme relevant à l'évidence de la subsidiarité, tendent à être érigés aujourd'hui comme des pièces essentielles du pacte constitutionnel commun, au prix de tensions avec ceux des États membres ou des majorités politiques qui n'y adhèrent pas.

De même le partage, qui doit absolument être établi, entre d'une part l'indépendance de la justice qui est un principe essentiel de l'ordre juridique communautaire, et d'autre part la reconnaissance de la pleine compétence de

chaque État dans l'organisation de sa justice, gagnerait à être éclairé par le principe de subsidiarité, dont on doit rappeler qu'il s'impose selon le Traité à toutes les institutions de l'UE y compris la Cour de justice. En d'autres termes, le nécessaire respect de l'État de droit n'interdit ni le dialogue, ni la nuance.

Les contributions rassemblées s'intéressent peu au **cadre institutionnel de l'Union**, à l'exception de la Cour de justice. À juste titre : l'expérience des révisions des Traités, au moins après celle de Maastricht a montré qu'il y avait peu à gagner, en termes d'efficacité et de lisibilité, à remettre sur le métier l'organisation institutionnelle de l'Union, au prix de réformes toujours plus lentes à négocier et à ratifier, rarement nécessaires pour le contenu des politiques et au mieux discutables dans leur bilan. Pourtant, force est de rappeler que c'est bien le refoulement du discours de la puissance, évoqué plus haut, qui a inspiré les concepteurs du Traité de Rome dans leur volonté d'équilibre institutionnel, d'égalité entre les États membres et de rejet de toute concentration du pouvoir. Le déficit d'incarnation de l'autorité, voire de l'identité européenne qui en a résulté est sans doute l'une des difficultés rencontrées pour l'émergence d'une union plus assertive, sinon plus « souveraine ». Mais on se gardera d'en faire le prétexte d'une nouvelle réforme des institutions et de leurs relations réciproques, tant il y a parfois grande distance, dans ce domaine, entre l'ambition initiale et le résultat, comme l'illustre l'idée, née du Traité de Lisbonne, des « présidences stables » du Conseil européen ou du Conseil des ministres.



Alberto Alemanno • Professeur titulaire de la Chaire Jean Monnet en droit européen à HEC Paris ; Professeur invité au Collège d'Europe, Bruges

Kalypso Nicolaidis • Chaire professorale d'affaires internationales à l'EUI School of Transnational Governance de Florence ; actuellement en congé de l'université d'Oxford

L'Europe Puissance Citoyenne

Le même week-end de décembre 2021, deux événements ont abordé simultanément et de façon radicalement différente le dilemme de notre époque. Tous deux ont été organisés par les représentants de « l'Occident », l'un par les États-Unis de Biden, l'autre par l'Union européenne (l'« UE »). Tous deux ont été présentés comme le point de départ d'un processus de renouveau démocratique en interne et au-delà, en réponse à la profonde fatigue démocratique ressentie dans le monde entier. Le premier, le « Sommet pour la démocratie », a réuni plus de 100 États pour lancer « une année d'action [...] pour rendre les démocraties plus réactives et plus résistantes, et pour construire une communauté plus large de partenaires engagés dans le renouveau démocratique mondial ». Le second, la Conférence sur l'avenir de l'Europe, a réuni à Florence 200 citoyens européens, choisis au hasard, pour produire une liste de recommandations adressées aux dirigeants politiques de l'UE sur la manière d'améliorer la démocratie européenne¹. Alors que le premier événement, *étatocentré*, s'est déroulé dans le cadre du paradigme westphalien traditionnel, le second a cherché à inverser ce même paradigme en plaçant les citoyens au centre des relations transnationales. Pourtant, alors que le sommet dirigé par les États-Unis a été abondamment commenté, l'assemblée citoyenne européenne a bénéficié d'une couverture médiatique très limitée en dépit de sa nature transformationnelle et originale².

Certes, le premier sommet a été rythmé par le genre de drames politiques que les médias adorent couvrir, sur-

1. A. Alemanno, J. Mackay, N. Milanese et K. Nicolaidis, « What's in an Experiment? Opportunities and Risks for the Conference on the Future of Europe », EUI, STG Policy Papers ISSUE 2021/16 septembre 2021; J. Mackay et K. Nicolaidis, « What's in an Experiment? Participatory Democracy comes to Town », *La Repubblica*, décembre 2021.
2. Au total, quatre panels de citoyens européens ont été composés au sein de la Conférence. Notre analyse se concentre sur le panel numéro 2 sur la démocratie et l'État de droit.

tout lorsqu'il s'agit de savoir quel pays devrait être exclu mais a été invité (Brésil), quel pays a été exclu mais aurait dû être présent (Singapour), quel pays a été exclu mais s'attendait à être présent (Hongrie), ou encore lorsque la Chine affirme avoir été injustement exclue alors qu'elle est une démocratie « qui fonctionne ». Et on ne peut écarter que ce sommet annonce le genre de renouveau dont la démocratie américaine a tant besoin³. Néanmoins, nous pensons que c'est l'événement européen qui pourrait rester dans les livres d'histoire comme le début d'un processus qui valorise la création d'écosystèmes démocratiques centrés sur le citoyen, habités par des processus participatifs augmentant le sentiment d'efficacité des participants en politique, tout en abordant les questions les plus difficiles de notre époque.

Nous admettons ici notre partialité : en tant qu'observateurs experts, nous avons trouvé l'énergie délibérative de l'assemblée citoyenne européenne qui s'est réunie à Florence contagieuse et inspirante. L'UE n'a jamais vraiment réussi à mobiliser un tel public non-expert par-delà au-delà des frontières pour discuter de son propre avenir. Les précédentes réformes institutionnelles étaient la chasse gardée des gouvernements nationaux et les dialogues citoyens passés ressemblaient davantage à des exercices de relations publiques qu'à des délibérations, avec des discours de commissaires européens prêchant des convertis. Dans ce contexte, la Conférence sur l'avenir de l'Europe, centrée sur les citoyens, est apparue comme une évolution saine et quelque peu contre-intuitive, surtout à une époque où l'érosion démocratique mondiale touche également l'Union de l'intérieur⁴. En effet, si elles sont adoptées, de nombreuses recommandations des citoyens qui émergent déjà de la Conférence pourraient potentiellement changer la donne en ce qui concerne la qualité démocratique de l'UE, en appelant à des développements qui sont préfigurés mais non ancrés dans les pratiques actuelles de l'UE : subordonner le versement des fonds de l'UE au respect du pluralisme des médias et de l'État de droit par ses États membres, rendre les élections du Parlement européen plus « européennes » par la création d'une compétition électorale paneuropéenne – au lieu de 27 compétitions parallèles –, mandater les radiodiffuseurs publics pour mieux couvrir les développements de l'UE et organiser des référendums à l'échelle de l'UE⁵. Même si cette première série de recommandations citoyennes n'a généralement pas été rédigée dans un langage proprement juridique et qu'elle doit encore être affi-

3. Pour une récente et audacieuse définition de cet agenda, voir A.M. Slaughter, *Renewal: From Crisis to Transformation in Our Lives, Work, and Politics* (Vol. 26), Princeton University Press, 2021.
4. Voir par exemple R. D. Kelemen et M. Blauberg, « Introducing the debate: European Union safeguards against member states' democratic backsliding » (2017) 24(3) *Journal of European Public Policy*, 317-320: <<https://www.theguardian.com/us-news/2021/nov/22/us-list-backsliding-democracies-civil-liberties-international>>.
5. Recommandations du panel de citoyens sur la démocratie, l'État de droit et la sécurité : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6840>.

née par les délibérations de la plénière de la Conférence sur l'avenir de l'Europe - composée de manière inédite par des citoyens et des représentants politiques -, elle constitue un message clair et urgent : puissions dans notre intelligence collective et notre imagination démocratique pour construire une sphère publique paneuropéenne en renforçant les connexions mutuelles, la connaissance et la responsabilisation des citoyens par-delà les frontières.

Bien sûr, ce processus a été semé d'embûches. Par exemple, les panels citoyens n'ont pas réussi à inclure autant qu'on l'aurait espéré les groupes marginalisés en Europe, des résidents sans passeport européen aux minorités ethno- raciales⁶. En outre, il se peut que les personnes qui ont répondu « oui » à un appel téléphonique leur demandant de participer à un exercice organisé par l'UE aient un penchant pro-UE. La méthodologie choisie pour réaliser la sélection aléatoire peut donc être améliorée pour prendre en compte des facteurs non seulement socio-économiques mais aussi d'attitude politique. Les observateurs ont également noté l'inégale qualité délibérative des discussions au sein des différents sous panels de citoyens et entre ses membres, l'absence de débat contradictoire ou de présentation de compromis difficiles, et le fait que l'ensemble du processus de la Conférence sur l'avenir de l'Europe ait manqué de transparence, y compris sur la manière dont ses recommandations seront traitées⁷. En outre, certains rapports fondamentaux ne sont pas clarifiés dans ce processus - dans quelle mesure les institutions de l'Union ainsi que ses leaders ont-ils raison de chercher à gérer aussi étroitement ces processus menés par les citoyens ? Qu'est-ce qu'une relation saine et non déférente entre les citoyens et les soi-disant experts ? ou encore, entre ces experts et les fonctionnaires européens dans l'encadrement des débats⁸ ?

6. Comme l'a fait valoir Niccolò Milanese, au nom de dizaines d'organisations de la société civile, « l'inclusion de citoyens et de résidents de l'UE représentatifs de la diversité de sa population est la première étape nécessaire vers un dialogue public qui non seulement trouve un écho auprès de la majorité, mais contribue également à (re)connecter la population avec ses institutions européennes ». Voir « Open letter to Executive Board: civil society organisations call for Conference to include marginalised communities », 18 juin 2021, menée par Citizens Take Over Europe et co-signée par 62 autres organisations de la société civile : <<https://citizenstakeover.eu/>>

7. Pour un exemple des questions difficiles impliquant des points de vue et des intérêts contradictoires que la Conférence sur l'avenir de l'Europe devrait aborder, voir « EUI Democracy Forum : some difficult questions for deliberation » : <https://docs.google.com/document/d/1f7Vq3nGbCzYj9Gp2AgYB6xiE-AND22Yo42X3j-gZa3EA/edit>. Voir également L. Galante et K. Nicolaïdis, « Whatever it takes ? Ten principles to bring the Conference on the Future of Europe closer to its citizens », Blog de l'EUI sur la démocratie transnationale, 11 novembre 2021 : <https://blogs.eui.eu/transnational-democracy/whatever-it-takes-ten-principles-to-bring-the-conference-on-the-future-of-europe-closer-to-its-citizens/>

8. Disclaimer : les auteurs sont intervenus en tant qu'experts à l'occasion de la 2^{ème} session du Panel de Citoyens Européen et en tant qu'observateurs experts lors de la 3^{ème} et dernière session.

Ce sont toutes des questions importantes, dont beaucoup sont familières au monde des assemblées délibératives - généralement qualifiées de « mini-publics » - organisées et étudiées dans le monde entier depuis de nombreuses années. Néanmoins, nous entrons en territoire inconnu avec cet exercice ci, transnational, pan-continentale et multilingue. Il s'agit sans doute d'un événement parrainé par l'UE, cependant la méthodologie de base utilisée par le consortium d'animateurs expérimentés qui le dirige répond à des pratiques participatives délibératives bien établies⁹. Comme nous le soutenons depuis le début de ce processus, le « moment Conférence sur l'avenir de l'Europe » doit être apprécié et vécu comme une macro-expérimentation et, en tant que telle, il permettra de tirer des leçons de ses imperfections comme de ses forces. En fait, il s'agit d'une expérimentation puissance-trois - celle de l'assemblée citoyenne en tant que telle, qui se tient au sein de l'expérimentation plus large qu'est la Conférence sur l'avenir de l'Europe, elle-même au sein de l'expérimentation plus large qu'est l'Union européenne.

Nous avançons partant que les recommandations finales qui émergeront de la Conférence au printemps prochain seront davantage le produit de la véritable expérience transnationale acquise par les participants à la Conférence que le résultat inévitable d'une initiative parrainée par l'UE. D'ores et déjà, les résultats du panel sur la démocratie et l'État de droit montrent qu'une fois qu'ils ont eu l'occasion de réfléchir à leur expérience personnelle du projet européen avec leurs pairs d'autres pays, les citoyens sélectionnés aléatoirement n'ont pas hésité à reconnaître la nature imparfaite de l'Union et à demander une Europe plus intelligible, plus réactive et plus responsable¹⁰. En fin de compte, demander à être mieux informé sur ce que les dirigeants nationaux décident à Bruxelles et sur la manière dont ils le font, ou appeler à plus de débats publics paneuropéens n'est pas l'apanage des voix pro-européennes, mais plutôt un prérequis pour contribuer à la vie démocratique de l'Union, ou à celle de toute autre communauté démocratique digne de ce nom.

En tant que tels, les panels de citoyens de la conférence ont le potentiel de contribuer à libérer le projet européen de cette « polarisation affective » grandissante qui nous emprisonne entre deux camps pro-UE et anti-UE - chacun devenu identitaire et plus seulement idéologique - en donnant ainsi la parole à la majorité silencieuse des citoyens de l'UE n'appartenant à aucun de ces deux

9. La littérature sur la propagation des mini-publics dans la politique et la gouvernance contemporaines est abondante. Voir, par exemple, N. Curato, J.S. Dryzek, S.A. Ercan, C.M. Hendriks et S. Niemeyer « Twelve key findings in deliberative democracy research » (2017) *Daedalus*, 146(3), 28-38 ; S. Elstub et O. Escobar, 'A Typology of Democratic Innovations' in S. Elstub et O. Escobar (eds.), *Handbook of Democratic Innovation and Governance* (Edward Elgar Publishing 2019).

10. Recommandations du panel de citoyens sur la démocratie, l'État de droit et la sécurité : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6840>.

camps¹¹. En effet, une analyse approfondie de l'opinion publique dans l'UE montre que même parmi ceux qui se décrivent comme « eurosceptiques », beaucoup prônent plus la réforme de l'UE que la sortie de leur pays¹². En d'autres termes, il s'agit d'eurosceptiques transformateurs plutôt qu'existentiels¹³. Plus généralement, une pluralité de citoyens européens semble vouloir à la fois plus d'UE lorsqu'on considère ce que l'Union fait ou devrait faire, et moins d'UE lorsqu'on considère la manière dont elle le fait, à savoir ils semblent espérer une approche plus décentralisée de la gestion de notre interdépendance¹⁴. Pour simplifier, de nombreux Européens sont intégrationnistes sur le quoi et souverainistes sur le comment. Et cela peut s'expliquer par le fait que, si l'on gratte sous la surface, on constate que la plupart d'entre nous, avant de tomber sous le pouvoir de séduction de cette polarisation affective ont tendance à être ambivalents quant à l'idée de souveraineté partagée¹⁵. Les Européens, comme les citoyens du monde entier, apprécient à la fois la coopération avec leurs voisins et le contrôle de leur vie. Et en fait, l'une des grandes vertus des assemblées délibératives est qu'elles ont le potentiel d'attirer les citoyens hors de leurs bulles polarisées et de leurs tribus politiques dans un espace où il est possible, et même valorisé, d'exploiter cette ambivalence sous-jacente - bien que cet impact dépende fortement du contexte, en particulier compte tenu de l'importance de la *présence* pour la politique démocratique¹⁶. Les citoyens qui se sont rencontrés à Florence n'ont pas fait figure d'exception à cette histoire d'ambivalence constructive.

De ce point de vue, la Conférence sur l'avenir de l'Europe peut être considérée comme l'ultime terrain d'essai du concept normatif de démocratie délibérative d'Habermas dans un contexte transnational¹⁷. Au cours des

dernières décennies, le philosophe allemand a insisté sur la nécessité de construire un espace transnational de délibération pour porter l'idée de démocratie supranationale de l'UE¹⁸. Il est vrai qu'il a peut-être trop insisté sur ce que la délibération peut accomplir dans notre politique agonistique et sur ce qu'elle doit accomplir dans des contextes où le conflit est juste et approprié et doit être géré plutôt que surmonté. Après tout, le pouvoir du débat, du dialogue et de la persuasion ne peut pas toujours transcender les profondes différences d'intérêts et de pouvoir entre les parties en présence. Il peut même être absorbé, et donc annulé, par le fonctionnement consensuel de la « politique ordinaire ». Le risque d'un « dialogue illusoire », en tant qu'instrument qui prévient plutôt qu'il ne favorise l'expression de dissensions menant à un changement politique, ne peut être exclu¹⁹. Pourtant, la délibération a un rôle essentiel à jouer en tant que pilier central d'un écosystème démocratique en Europe.

Tout cela peut paraître banal aux représentants nationaux et européens qui réfléchissent à la fois à leur pratique quotidienne et aux exercices passés de réforme des traités. En effet, la dernière convention d'une ambition similaire qui s'est tenue il y a vingt ans et qui a abouti, malgré le « non » français et néerlandais au traité constitutionnel, au traité de Lisbonne, a clairement illustré la dynamique de la négociation à l'ombre de la rhétorique²⁰. Mais ces représentants et les gouvernements qu'ils soutiennent ou auxquels ils s'opposent reconnaissent que l'exercice reste notoirement connu pour son incapacité à faire véritablement *descendre* la délibération, un échec qui a mené aux rejets lors des référendums français et néerlandais de 2005. D'une certaine manière, la Convention sur l'avenir de l'Europe d'aujourd'hui peut être considérée comme une expiation démocratique bien retardée, post-crise de l'euro²¹.

Peut-on espérer que cela est ce que cette Conférence s'efforce d'offrir ? Son architecture participative établit,

11. Il existe une vaste analyse de la polarisation, y compris de la polarisation affective en Europe et au-delà. Voir, notamment, M. Lindell, A. Bächtiger, K. Grönlund, K. Herne, M. Setälä et D. Wyss « What drives the polarisation and moderation of opinions? Evidence from a Finnish citizen deliberation experiment on immigration », (2017) *European Journal of Political Research*, 56(1), 23-45.
12. Pour une analyse approfondie de l'opinion publique sur l'UE, qui fait valoir que les attitudes ont tendance à se référer à l'évaluation de l'option « faire cavalier seul » de son pays, voir C. De Vries, *Euroscepticism and the European Union* (Oxford University Press 2018).
13. K. Nicolaïdis, *Exodus, Reckoning, Sacrifice: Three Meanings of Brexit* (Unbound 2019): <<https://kalyponicolaidis.com/unbound/>>.
14. K. Nicolaïdis, « In praise of ambivalence-another Brexit story » (2020) *Journal of European integration*, 42(4), 465-488.
15. *Ibid.*
16. Pour la première affirmation d'une convergence des opinions par la délibération, voir J.S. Fishkin, *When the people speak: Deliberative democracy and public consultation* (Oxford : Oxford University Press 2009) ; M. Lindell, A. Bächtiger, K. Grönlund, K. Herne, M. Setälä et D. Wyss, « What drives the polarisation and moderation of opinions? Evidence from a Finnish citizen deliberation experiment on immigration » (2017) *European Journal of Political Research*, 56(1), 23-45.
17. J. Habermas, « Democracy in Europe: Why the Development of the European Union into a Transnational Democracy is Necessary and How it is Possible », ARENA Working Paper 13/2014, 3.

18. J. Habermas, *The Postnational Constellation* (MIT Press 1998).
19. Pour une critique récente du dialogue en tant que pratique renforçant le consensus qui dicte les comportements admissibles et inadmissibles dans une communauté, voir J. Meneses, *Resisting Dialogue* (Minnesota University Press 2019).
20. P. Magnette et K. Nicolaïdis (2004) « The European Convention: bargaining in the shadow of rhetoric », *West European Politics*, 27(3), 381-404 ; voir A. Maurer (2003) « Less Bargaining-More Deliberation The Convention Method for Enhancing EU Democracy », *Internationale Politik und Gesellschaft*, (1), 167-191 ; P.C. Schmitter (2003) « Making sense of the EU: Democracy in Europe and Europe's democratization », *Journal of Democracy*, 14(4), 71-85.
21. K. Nicolaïdis, 'Our Democratic Atonement: Why we Need an Agora Europe', in *The People's Project? New European Treaty and the Prospects for Future Negotiations* (Bruxelles, European Policy Centre, décembre 2007). Pour une tentative d'encadrer la Conférence sur l'avenir de l'Europe comme l'expression d'« une forme retardée, mais naissante, d'expiation démocratique », A. Alemanno, 'Unboxing the Conference on the Future of Europe and its Democratic Reason-d'être', *European Law Journal*, à paraître, ainsi que A. Alemanno, « Pourquoi il faut suivre la Conférence sur l'avenir de l'Europe », *Le Grand Continent*, 10 mai 2021.

bien que sur une base *ad hoc*, un espace transnational de délibération sans lequel ni les citoyens ni les représentants élus ne seraient exposés - et ne prêteraient attention - aux points de vue exprimés dans d'autres parties de l'Union. On peut donc considérer qu'il fournit un nouvel écosystème démocratique expérimental qui pourrait permettre - par la création d'une structure d'opportunité de nature temporaire - aux acteurs institutionnels et aux citoyens d'obtenir une exposition sans précédent, et donc enrichissante, aux préférences transnationales « du bas »²². Même si la sensibilisation des médias et du grand public reste insuffisante, la conversation pan-européenne de citoyen à citoyen qui s'ensuivra pourrait potentiellement leur faire prendre conscience de l'histoire, des contributions, des inquiétudes et des aspirations des autres, approfondissant ainsi les compréhensions mutuelles qui sont si essentielles au développement d'un sentiment d'autodétermination ouverte. Ce seul fait pourrait modifier la dynamique politique des négociations interétatiques par le biais de nouvelles méthodes, ce qui pourrait à son tour reconfigurer le débat politique et, plus largement, le débat public dans toute l'Union²³. Comme l'affirme Hauke Brunkhorst dans sa théorie critique des révolutions juridiques, une fois que des procédures démocratiques sont mises en place, même si elles viennent d'en haut, elles peuvent « riposter » car les citoyens peuvent les invoquer pour demander un changement²⁴.

Alors qu'une grande partie du débat académique naissant autour de la Conférence se concentre sur la relation entre les institutions responsables de sa gestion et les citoyens, les initiatives que les organisations de la société civile - des syndicats aux organisations promouvant la place des femmes, en passant par les personnes handicapées, les communautés religieuses ou culturelles, les autres minorités, les mouvements ou associations de base, les groupes de réflexion et les universités - développent autour de la Conférence pourraient se révéler tout aussi importantes, voire plus, pour la consolidation d'un écosystème démocratique sur le continent européen²⁵. Il pourrait s'agir de se rendre aux quatre coins du continent pour faciliter - voire amplifier - le débat public, faire de la « pédagogie constitutionnelle » en illustrant les subtilités et l'importance du processus, rassembler et mobiliser l'opinion publique, organiser des réunions et des conférences, faire des recherches, diffuser des idées, les défendre et faire pression, le tout dans plusieurs langues. L'activation de la société civile et l'attention parallèle des

médias qui s'ensuit sont essentielles pour atteindre le niveau d'attention du public nécessaire au type de délibération générale requis pour générer le niveau de légitimité recherchée par la conférence et faire en sorte que ses résultats tiennent²⁶.

Pour illustrer cet espoir ainsi que notre argument, nous nous tournons vers trois grandes idées ((1) la participation politique au-delà du vote ; (2) un espace public transnational et inclusif ; (3) un panoptique démocratique pour une plus grande responsabilité), qui, selon nous, sont au cœur de l'écosystème européen renouvelé que nous appelons de nos vœux. De manière assez prometteuse, ces idées sont déjà présentes dans la première série de recommandations citoyennes issues de la Conférence²⁷.

1. Participation au-delà du vote : le cas d'une Assemblée des citoyens européens

« Nous recommandons que l'Union européenne organise des Assemblées de Citoyens. Nous recommandons vivement qu'elles soient développées par le biais d'une loi ou d'un règlement juridiquement contraignant et obligatoire. Les assemblées de citoyens devraient se tenir tous les 12 à 18 mois. La participation des citoyens ne devrait pas être obligatoire mais incitative, tout en étant organisée sur la base de mandats limités. Les participants doivent être sélectionnés de manière aléatoire, avec des critères de représentativité, et ne doivent pas représenter une quelconque organisation, ni être appelés à participer en raison de leur rôle professionnel en tant que membres de l'assemblée. Si nécessaire, des experts apporteront leur soutien afin que les membres de l'assemblée disposent de suffisamment d'informations pour délibérer. La prise de décision sera entre les mains des citoyens. L'UE doit garantir l'engagement des politiciens envers les décisions prises par les citoyens dans les assemblées de citoyens. Si les propositions des citoyens sont ignorées ou explicitement rejetées, les institutions de l'UE doivent en rendre compte, en justifiant les raisons pour lesquelles cette décision a été prise ». (Recommandation 42, ECP2, Conférence sur l'avenir de l'Europe)²⁸.

Est-ce un hasard si la proposition la plus importante parmi les 42 recommandations initiales issues du panel de citoyens porte le numéro 42 (!), la « réponse à la grande question sur la vie, l'univers et le reste » proposée par Douglas Adams dans son *Guide du routard galactique ?* Nous aimons penser qu'il y avait de la magie dans l'air ce jour-là. En tant qu'observateurs *in loco*, nous l'avons tous

22. A. Alemanno, « Unboxing the Conference on the Future of Europe and its Democratic Reason-d'être », *op. cit.*

23. M. Desomer et K. Lenaerts, « New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy » (2002) 39(6) *Common Market Law Review*, 1217.

24. H. Brunkhorst, *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives* (Bloomsbury 2014), 42.

25. Voir par exemple L. Cooper et al., « The Rise of Insurgent Europeanism. Mapping Civil Society Visions of Europe 2018-2020 », LSE Ideas, 2021.

26. J. Matsuoka, *Let the People Rule: How Direct Democracy Can Meet the Populist Challenge* (Princeton University Press 2020).

27. Recommandations du panel de citoyens sur la démocratie, l'État de droit et la sécurité, disponibles sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6840 (traduction libre).

28. Nous utilisons ici et dans le reste de l'article la numérotation initiale qui a servi de base au vote à l'IUE, le 13 décembre 2021.

deux ressentie²⁹. Il se peut qu'en ce lieu même, les leçons résonnent encore des déboires de la République de Florence qui, pendant trois cents ans, jusqu'aux années 1500, a mené l'une des plus grandes expériences de souveraineté populaire de l'histoire de l'Europe. Dans ce cas, les conseils de gouvernement ont réintroduit le type de sélection aléatoire (par tirage au sort, la *tratta*) qui avait eu lieu dans l'Athènes antique pour presque toutes les fonctions gouvernementales deux mille ans plus tôt, tenant compte du jugement d'Aristote selon lequel « il est considéré comme démocratique que les magistratures soient attribuées par le sort et comme oligarchique qu'elles soient électives »³⁰. Certes, s'ils avaient suivi les conseils sur la démocratie radicale prodigués par le plus illustre diplomate de leur ville, Nicolas Machiavel, les Florentins auraient institutionnalisé plus complètement leur méfiance à l'égard de leurs dirigeants et étendu le contrôle des assemblées populaires à l'ensemble de leurs affaires publiques, en contraignant rigoureusement le comportement des élites politiques et économiques par une série de moyens non électoraux, afin de les confronter aux injustices souvent causées par leurs décisions³¹.

Mais, bien entendu, les citoyens présents dans la salle située dans la Florence du 21^{ème} siècle n'avaient pas besoin de remonter à la Renaissance quand ils pouvaient puiser à une source encore plus inspirante : leur propre expérience, certes limitée, dans laquelle ils sont venus puiser de plus en plus au fil des procédures. Ce faisant, ils sont devenus les auteurs de leur histoire délibérative, se donnant le droit de commander un suivi continu, pour finalement intégrer le mini-public délibératif dans le processus décisionnel quotidien de l'UE. Car qu'est-ce que la démocratie si ce n'est d'abord et avant tout un état d'esprit, où les gens ordinaires se débarrassent de l'autorité des princes, des papes ou des experts, pour s'imaginer comme les auteurs de leur propre destin partagé³² ?

Il est clair que la proposition 42 reflète l'intuition fondamentale des citoyens tirés au sort et réunis au sein du panel 2, à savoir que la « représentation » ne s'obtient pas seulement par des scrutins électoraux³³. Les assemblées

dont les membres sont sélectionnés par tirage au sort peuvent souvent refléter la société dans son ensemble plus fidèlement que la plupart des assemblées parlementaires de nos jours. En effet, le tirage au sort inverse l'équation de la représentation parlementaire : chaque parlementaire représente effectivement la circonscription qui les a élus, mais tous se réunissent dans des parlements très imparfaitement représentatifs, tandis que les individus tirés au sort ne « représentent » qu'eux-mêmes, mais se réunissent dans des assemblées globalement plus représentatives. Nous n'avons pas à nous prononcer sur lequel des faisceaux de logiques représentatives individuelles/collectives est le plus démocratiquement légitime, mais simplement à reconnaître les différentes légitimités représentatives en présence.

Certes, les anciens n'avaient pas de concept d'« échantillon statistiquement représentatif », et ils n'en avaient d'ailleurs pas besoin car leurs assemblées par tirage au sort se déployaient à une échelle beaucoup plus réduite où chaque citoyen avait de fortes chances d'alterner entre le statut de « gouverné » et celui de « dirigeant » au cours de sa vie. Mais avec l'avènement de l'échelle nationale et, en Europe, transnationale, c'est à cette notion statistique de la représentation que nous devons faire face aujourd'hui³⁴.

Dans une telle perspective, les questions d'inclusivité, telles que discutées précédemment, sont essentielles et requièrent non seulement un ensemble de critères économiques, de genre ou d'éducation - comme cette assemblée elle-même a été conçue - mais une attention particulière portée au type d'incitations, ou encore de ressources, offertes aux participants potentiels afin de s'assurer que les individus issus des groupes les plus marginalisés de la société se trouvent en mesure de participer - un jardin d'enfants pour les mères célibataires, un congé payé pour les employés. Il s'agissait d'une exigence évidente pour les citoyens dits « ordinaires » qui ont rédigé la proposition 42.

Il convient également de noter qu'ils ont jugé important d'insister sur la limitation des mandats. Après tout, la *sortitio* (le tirage au sort des représentants politiques), aujourd'hui comme à d'autres époques, vise à libérer les citoyens du type de règles arbitraires qui sont trop souvent l'apanage des titulaires de fonctions publiques professionnels : de l'influence enivrante du pouvoir que Machiavel craignait tant. Même si les « princes » ou les « élites » (politiques, économiques, bureaucratiques) sont essentiels au fonctionnement de l'administration politique, pensait Machiavel, ils risquent de devenir une classe sociale différente, avec des intérêts différents de ceux du peuple, et donc de ne plus être capables de servir

29. Pour une perspective ethnographique des mini-publics délibératifs, voir J. Boswell, « Seeing Like a Citizen: How Being a Participant in a Citizens' Assembly Changed Everything I Thought I Knew about Deliberative Minipublics » (2021) *Journal of Deliberative Democracy* 17(2).

30. Aristote, *Les Politiques*, IV, 9, 1294-b, Paris, Flammarion, 1990.

31. J. Bernard, « Why Machiavelli Matters: A Guide to Citizenship in a Democracy » (2008) ABC-CLIO; J.P. McCormick, *Machiavellian democracy* (Cambridge University Press 2012); J.P. McCormick 'Machiavellian democracy: controlling elites with ferocious populism' (2001) *American Political Science Review*, 95(2), 297-313.

32. Sur la démocratie et l'imagination, voir C. Castoriadis, *L'Institution imaginaire de la société* (Seuil 1999); Y. Ezrahi, *Imagined democracies: Necessary political fictions* (Cambridge University Press 2012).

33. Pour une première reconstruction et évaluation de la boîte à outils participative de l'UE et de sa valeur démocratique, A. Alemanno, « Europe's Democracy Challenge : Citizen Participation in and Beyond Elections », (2020) 21(1) *German Law Journal*, 35.

34. Pour un aperçu historique et une défense de la *sortitio*, voir entre autres, Y. Sintomer « From deliberative to radical democracy? Sortition and politics in the twenty-first century » (2018) *Politics & Society*, 46(3), 337-357.

l'intérêt public³⁵. En bref, si les assemblées de citoyens doivent rester en phase avec les sociétés qu'elles sont censées refléter, leurs membres n'ont pas intérêt à devenir des « politiciens » professionnels, même pour un temps.

En demandant l'engagement des politiciens à rendre des comptes, les citoyens invoquent sagement le « droit à la justification » cher aux théoriciens de la démocratie. Ils ne sont pas assez fous pour croire que ces propositions seront ou même devraient être automatiquement prises en compte par les gouvernements et l'appareil d'État. Mais au moins, elles devraient être prises au sérieux, débattues et honorées par des arguments pour et contre.

La proposition 42 ne vient pas de nulle part mais son ambition n'est pas non plus commune. Alors que les processus délibératifs se répandent dans ce qui a récemment été défini comme une « vague délibérative »³⁶, ils ont tendance à être temporaires par nature – étant principalement des exercices *ad hoc* et typiquement des expériences « *one-shot* » – qui ne restent pas³⁷. Par rapport à d'autres innovations démocratiques, comme le budget participatif³⁸, l'institutionnalisation des assemblées délibératives est l'exception, et non la norme³⁹. Par conséquent, la question de savoir s'il faut les institutionnaliser – et comment le faire – reste non seulement sous-théorisée mais aussi pratiquement non traitée, et cela malgré le nombre croissant d'appels à cet objectif, d'autant plus dans le contexte de l'UE⁴⁰.

Pourtant, la transformation de projets *ad hoc* à une structure légalement constituée et disponible sur de-

mande est une démarche lourde de conséquences⁴¹. En particulier, l'incorporation de la *sortitio* (tirage à sort), qui est inhérente à tout modèle d'assemblée délibérative – qu'il s'agisse d'un panel de citoyens ou d'un jury – devrait modifier l'architecture du système de démocratie représentative dans l'Union, en forçant une réflexion sur le rôle et la nature de la représentation et sa relation avec les processus délibératifs⁴². Cela semble d'autant plus vrai et complexe dans le contexte de gouvernance transnationale, multiveau et multilingue de l'UE, où l'institutionnalisation soulève une série de questions spécifiques au contexte liées au cadre juridique, tant constitutionnel qu'institutionnel de l'Union, ainsi qu'à son modèle démocratique. Les questions vont de l'impact des assemblées citoyennes sur le principe juridique de l'équilibre institutionnel de l'Union (qui régit les relations entre ses institutions) à sa relation avec les canaux participatifs existants, tels que le droit de pétition ou l'initiative citoyenne européenne (ICE) – un mécanisme par lequel (1 million) de citoyens peuvent demander à la Commission européenne de proposer de nouvelles lois⁴³. Nous pouvons notamment craindre que les élites européennes se tournent vers l'idée d'une Assemblée citoyenne permanente comme alternative moins dérangement à la démocratie directe, dans l'espoir que les concessions faites à la démocratie délibérative puissent écarter les appels à davantage de démocratie directe, d'ICE ou de référendums nationaux dans le contexte européen.

Une grande partie de la réponse à ces questions dépend du modèle choisi de mini-public, qui est à son tour défini par un grand nombre de variables, notamment son champ d'application (objectif général ou objectif spécifique ?), ses prérogatives (possibilité de déterminer les questions à traiter ou tout simplement émettre un avis sur des questions préétablies ?), le moment du cycle

35. N. Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live* (Galliamard 2004); J.P. McCormick, « Machiavellian democracy: controlling elites with ferocious populism » (2021) *American Political Science Review*, 95(2), 297-313.

36. OCDE, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions, Catching the Deliberative Wave*, juin 2021.

37. Seuls 14 des 289 exemples répertoriés par le rapport de l'OCDE de 2021 précité concernent des cas de pratiques institutionnalisées.

38. Pour une analyse des raisons et des efforts en cours pour transformer les innovations démocratiques temporaires en institutions durables à long terme, voir, OCDE, « Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions, Catching the Deliberative Wave » (OECD Publishing June 2020), et D. Courant, « Deliberative Democracy, Legitimacy, and Institutionalisation. The Irish Citizens' Assemblies » (ECPR General Conference 2018 and APSA Annual Meeting 2018), où il évoque l'évolution vers l'institutionnalisation des processus délibératifs représentatifs.

39. A. Alemanno, « The challenges of Institutionalizing Citizens Assemblies in the EU », Rapport d'expert pour la Fondation Bertelsmann, Programme 'Democracy and Participation in Europe' (à paraître).

40. C'est du moins ce que le Parlement européen semble attendre de la conférence sur l'avenir de l'Europe lorsqu'il déclare que celle-ci « apportera une contribution importante au développement de la participation des citoyens au processus d'élaboration des politiques de l'UE et ouvrira la voie à l'établissement de nouveaux mécanismes permanents de participation des citoyens ». Voir la résolution du Parlement européen s.63 : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0345_EN.pdf

41. Pour un ensemble récent de propositions d'une assemblée des citoyens de l'UE, voir le site d'European Alternatives (<https://euroalter.com/>) ; voir également G. Smith, « The European Citizens' Assembly », dans A. Alemanno et J. Organ, *Citizen Participation in Democratic Europe. What's Next for the EU?* (ECPR Press / Rowman & Littlefield 2021) ; et G. de Burca, « An EU citizens' assembly on refugee law and policy » (2020) 21 (1) *German Law Journal* 23. Pour un appel moins détaillé à la participation permanente des citoyens au processus de l'UE, voir par exemple A. Kavrakova, « Participation of European citizens in the EU legislative procedure » (2021) ERA Forum 22, 295-310 et L. Cooper et al., « The Rise of Insurgent Europeanism. Mapping Civil Society Visions of Europe 2018-2020 », LSE Ideas 2021.

42. Pour quelques réflexions préliminaires, M.E. Warren, « Institutionalizing deliberative democracy » in S.W. Rosenberg, *Deliberation, participation and democracy: can the people govern?* (Palgrave Macmillan 2007). Voir également S. Niemeyer et J. Jennstal, « Scaling up Deliberative Effects - Applying lessons of Mini-Publics » in A. Bächtiger, J. S. Dryzek, J. Mansbridge et M. Warren (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2018) ; et U. Liebert et A. Gattig, *Democratising the EU from below? : citizenship, civil society and the public sphere* (Routledge 2016).

43. <https://blogs.eui.eu/transnational-democracy/on-european-citizens-initiatives-and-trains/> ; C. Berg et P. Glogowski (2016). « Heavy Stones in the Road: The ECI in Practice » in M. Conrad, A. Knaut et K. Böttger (dir.), *Bridging the Gap? Opportunities and Constraints of the European Citizens' Initiative* (Nomos 2016), 219-222.

politique où il est intégré (au niveau de préparation, de codécision, ou encore évaluation d'une initiative européenne ?), sa composition (uniquement composée de citoyens ou hybride, en mélangeant les citoyens choisis avec des représentants politiques ?) et son autorité ultime (conseil ou prise de décision ?). Inévitablement, la question récurrente qui se pose lorsque la perspective de l'institutionnalisation se présente est celle de savoir si les processus délibératifs remplaceraient les anciennes institutions ou s'ils ajouteraient simplement de nouvelles institutions et procédures. Sur la base des expériences passées, la méthode de l'« ajout » semble la plus probable. Puisqu'aucune expérience d'institutionnalisation au niveau local ou national n'a conduit à la suppression d'institutions existantes pour laisser place à des formats délibératifs, il n'y a aucune raison pour que cela ne soit pas vrai pour l'UE⁴⁴. Cependant, l'approche « par ajout » n'exclut pas la possibilité qu'un mini-public pourrait remplacer les secondes chambres nationales caractérisée par leur nature élitiste, qu'il s'agisse d'un Sénat ou d'une Chambre des Lords. Reste à savoir quel serait l'équivalent dans le contexte de l'UE, étant donné sa structure unique à deux têtes, législative (Conseil et Parlement) et exécutive (Conseil et Commission). On pourrait imaginer, par exemple, qu'une assemblée de citoyens européens reprenne certaines des fonctions de fixation de l'agenda politique ou même des fonctions législatives des deux chambres, tout en laissant intacte une structure institutionnelle qui a bien servi l'UE depuis sa création.

Dans le débat contemporain, l'institutionnalisation de la participation publique par le biais de formats délibératifs est privilégiée par certains et redoutée par d'autres. Les partisans de l'institutionnalisation soutiennent que l'implication permanente des citoyens peut améliorer la qualité des processus participatifs et accroître les possibilités d'exercer une influence réelle sur la prise de décision, rendant ainsi le système politique plus réactif et efficace⁴⁵. Dans le contexte de l'UE, ses partisans soutiennent qu'un tel nouvel outil démocratique européen réduirait la distance par rapport à la « bulle européenne » ressentie par les citoyens de l'UE et aiderait à tirer parti de l'intelligence collective de la société civile formelle et informelle pour prévoir les questions émergentes et aborder les compromis difficiles entre gagnants et perdants, le court et le long terme ou les préoccupations rurales et urbaines⁴⁶.

44. Il a été démontré que, même avec la création d'une assemblée de citoyens, les institutions décisionnelles des États continuent de fonctionner exactement comme avant, y compris le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, les tribunaux, la fonction publique, la police et l'armée.

45. Voir par exemple M. Warren, « Participatory Deliberative Democracy in Complex Mass Societies » (2020) *Journal of Deliberative Democracy* 16(2), 81-88.

46. Voir par exemple L. Cooper, R. Dunin-Wąsowicz, M. Kaldor, N. Milanese et I. Rangellov, « The Rise of the Insurgent Europeanism, Mapping Civil Society Visions of Europe 2018-2020 », *LSE Ideas*, 2021, 36. Aux termes de l'article 9, paragraphe 1, du TUE, « Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes ».

De telles dynamiques, si elles sont visibles et font l'objet d'une large appropriation, pourraient servir de « pédagogie démocratique » pour repousser l'idée qu'il existe des réponses faciles « à l'extérieur », remettant ainsi en question le livre de jeu populiste.

Les opposants à une telle institutionnalisation craignent au contraire que les panels de citoyens n'usurpent ce qui devrait être la fonction propre des gouvernements et des parlements représentatifs élus. Cependant ce risque ne semble pas être immédiatement pertinent pour l'UE dans la mesure où elle ne dispose pas du type de système de gouvernement généralement accepté, légitime, représentatif et démocratique classiques⁴⁷. Les opposants s'inquiètent également du risque qu'elles puissent, au mieux, étouffer la spontanéité existante dans la débat sociétal et, au pire, faire taire les dissidents, en offrant des possibilités de manipuler les participants, les processus et les résultats⁴⁸. Ils craignent ceux qui espèrent utiliser les assemblées de citoyens et les processus participatifs pour des raisons plus instrumentales, les politiciens qui choisissent leur réforme favorite tout en cochant la « case citoyens ». Pourtant, l'institutionnalisation pourrait être « une condition nécessaire pour réduire l'arbitraire des manœuvres des politiciens visant à mettre en œuvre des dispositifs participatifs uniquement lorsque cela leur convient », et contribuer finalement à faire des valeurs délibératives une composante « normale » de la vie politique ordinaire des citoyens, comme le sont les élections⁴⁹. En définitive, la question de savoir si l'institutionnalisation des formats délibératifs conduit à un renforcement ou à une stérilisation de la participation, étant de nature empirique, reste ouverte.

2. Un espace public transnational et inclusif

Tout en saluant la généralisation de la vague délibérative dans l'UE, ce serait faire preuve d'un solutionnisme politique naïf que de s'attendre à ce que cette initiative *ad hoc*, même si elle sera institutionnalisée, puisse à elle seule résoudre le malaise démocratique de l'UE. Il n'y a pas de solution miracle à son déficit démocratique. Aucune innovation démocratique - et les assemblées de citoyens ne font pas exception - ne portera ses fruits si elle n'est pas intégrée en amont dans un écosystème plus large, qui donne aux citoyens les moyens d'être les acteurs de leur destin. Il n'est peut-être pas surprenant, mais il est néanmoins intéressant de noter que les recommandations des citoyens réunis à Florence donnent de la couleur et des

47. G. de Burca, « An EU citizens' assembly on refugee law and policy » (2020) 21 (1) *German Law Journal* 23.

48. Pour quelques perspectives critiques, voir par exemple M. Hammond, 'Democratic innovations after the postdemocratic turn: between activation and empowerment' (2021) *Crit. Pol. Stud.* 15(2), 174-191 ; C. Lafont, 'Deliberation, participation, and democratic legitimacy : should deliberative minipublics shape public policy?' (2015) *J. Polit. Philos.* 23 (1), 40-63.

49. R. Lewanski, 'The Challenges of Institutionalizing Deliberative Democracy: The 'Tuscany Laboratory' » (20 août 2011) : <<https://ssrn.com/abstract=2011693>>, p. 8.

contours à ce que pourraient être ces conditions de possibilité. Nous les classons en trois grandes catégories.

Premièrement, il y a bien sûr d'importantes discussions à avoir sur ce qui se passe au centre, dans l'arène de l'Union traditionnelle au niveau supranational. Alors que c'est là que les citoyens sont le plus facilement influencés par les experts et les politiciens, ils répercutent la nécessité d'une européanisation de la compétition politique électorale pour le Parlement européen recommandant d'« harmoniser les conditions électorales (âge du droit de vote, date des élections, exigences relatives aux circonscriptions électorales, aux candidats, aux partis politiques et à leur financement) » et « le droit de voter pour différents partis au niveau de l'Union européenne qui sont chacun composés de candidats de plusieurs États membres... » (18). Dans le même esprit paneuropéen, ils peuvent voir la nécessité d'« un référendum à l'échelle de l'UE dans des cas exceptionnels sur des questions extrêmement importantes pour tous les citoyens européens... » (20). En ce qui concerne les procédures de prise de décision entre leurs États, ils émettent une recommandation vaguement formulée selon laquelle le système de vote devrait être réévalué « en se concentrant sur la question du vote à l'unanimité » ... mais avec un poids des voix « calculé de manière équitable, afin que les intérêts des petits pays soient protégés » (22). On retrouve ici l'éternelle nécessité d'équilibrer l'un et le multiple dans une union fédérale comme l'UE sans que celle-ci devienne un État fédéral.

Deuxièmement, nous constatons que les citoyens semblent beaucoup plus intéressés par ce que nous pouvons considérer comme les conditions de la création d'un *habitus* démocratique européen, grâce à une plus grande intelligibilité, un meilleur accès et une meilleure éducation à la vie démocratique de l'Union. En effet, les citoyens gravitent naturellement autour de la vieille idée d'une sphère publique véritablement transnationale et paneuropéenne, tout en faisant preuve d'un sens des compromis et des équilibres⁵⁰. Ainsi, ils souhaitent une information plus abondante, claire et multilingue pour couvrir les affaires européennes, tout en respectant « la liberté et l'indépendance des médias » (recommandation 33), la protection des données pour les mineurs et des politiques de confidentialité conviviales (9 et 10) tout en poursuivant la « compétence médiatique » pour les citoyens (5 et 33). Ils appellent à « utiliser un langage plus accessible », « évitant d'utiliser des termes bureaucratiques dans leurs communications », tout en « maintenant la qualité et l'expertise des informations données... » (35). Ils souhaitent que « l'éducation à la démocratie dans l'Union européenne [...] permette d'atteindre une norme minimale de connaissances dans tous les États membres », mais qu'elle soit « enrichie par un ensemble de concepts différents [...] qui devraient être attrayants et

adaptés à l'âge » (26). In ne s'agit donc pas là seulement de vœux pieux.

Nous notons également l'importance pour ces citoyens de créer et maintenir des liens horizontaux entre eux par-delà les frontières, même s'ils interagissent avec l'UE, en recommandant que l'UE « crée un fonds spécial pour les interactions en ligne et hors ligne (c'est-à-dire les programmes d'échanges, les panels, les réunions, etc. (29), « d'augmenter la fréquence des interactions en ligne et hors ligne entre l'UE et ses citoyens » (31), « de créer et de promouvoir des forums multilingues en ligne et des réunions hors ligne où les citoyens eux-mêmes « peuvent lancer des discussions » (34) ou « une plateforme numérique multifonctionnelle où les citoyens peuvent voter sur des élections et des sondages en ligne » tout en partageant « les raisons de leur vote » (21). Et surtout, disent-ils, « les technologies de traduction existantes et émergentes, telles que l'intelligence artificielle, sont développées, améliorées et rendues plus accessibles afin de réduire les barrières linguistiques et de renforcer l'identité commune et la démocratie dans l'Union européenne » (27). Il est en effet temps que l'UE mette davantage de ressources au service de son essence en tant que « communauté de la traduction », comme commencent à le démontrer les impressionnantes infrastructures technologiques qui alimentent la traduction au sein de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, ses panels de citoyens et sa plateforme numérique. C'est l'ambition horizontale qui convient à une « démo-cratie »⁵¹.

Troisièmement, conformément à la vieille intuition *tocquevillienne* selon laquelle la convergence des conditions socio-économiques et de la justice économique est une « condition de possibilité » fondamentale de la démocratie, les citoyens ont exprimé une préoccupation sous-jacente pour un système socio-économique inclusif, recommandant « que l'UE fournisse des critères d'anti-discrimination sur le marché du travail (quotas pour les jeunes, les personnes âgées, les femmes, les minorités). Si les entreprises remplissent ces critères, elles bénéficient de subventions ou d'allègements fiscaux » (1). Ou bien ils souhaitent que l'UE fournisse « un ensemble d'indicateurs économiques et d'indicateurs de qualité de vie, pour tous les États membres, avec les mêmes opportunités et avec tout le monde au même niveau pour atteindre une structure économique commune » (24). Cet appel à l'inclusivité s'étend à des préoccupations globales pour le long terme, notamment l'équité intergénérationnelle (41), les pertes de biodiversité et la protection des droits des animaux (4,6 et 7).

Le point commun entre ces recommandations citoyennes nous semble résider dans l'attente que l'UE aille au-delà d'une compréhension formelle du principe

50. Pour une discussion fondatrice, voir T. Risse (dir.), *European public spheres* (Cambridge University Press 2015).

51. K. Nicolaidis, (2013). « European Democracy and Its Crisis », *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 51(2), 351-369.

d'égalité politique⁵², en adoptant plutôt une interprétation substantielle de celui-ci exigeant la conception et la pratique de politiques participatives capables d'atténuer les disparités de pouvoir⁵³. Alors que l'égalité formelle se concentre exclusivement sur l'égalité des individus, en étant passive et statique vis-à-vis du contexte dans lequel ils agissent⁵⁴, l'égalité substantielle évalue ce contexte afin de redresser les désavantages existants, de renforcer la voix des moins forts ou d'accommoder les différences et, en fin de compte, de réaliser un changement sociétal structurel⁵⁵. Le lien entre l'égalité politique, voire économique, et la démocratie est bien établi dans la théorie politique, la participation se développant à partir de la « logique de l'égalité »⁵⁶. En effet, l'inclusion économique et politique ne peuvent être séparées, notamment à l'ère du capitalisme numérique⁵⁷. Pour être pleinement démocratiques, les décisions politiques doivent être le résultat d'une procédure dans laquelle chaque citoyen a une chance égale d'avoir son mot à dire⁵⁸, que ce soit par le biais du processus électoral (par le biais de représentants élus), du processus politique, ou encore d'autres contributions non électorales telles que les consultations publiques, mais aussi des structures de pouvoir opérées par les entreprises⁵⁹. Bien sûr, cet ensemble de recommandations peut sembler n'être qu'un ensemble de vœux pieux, mais si elles sont débattues au-delà des frontières nationales, elles peuvent s'imposer aux législateurs de l'UE. En fait, contrairement à leurs dirigeants politiques, les citoyens ne semblent pas effrayés par la perspective de rouvrir la discussion sur « ... une constitution européenne informée par les citoyens de l'UE » qui « afin d'éviter tout conflit avec les États membres, devrait donner la priorité à l'inclusion des valeurs des droits de l'homme et de la démocratie » (38). Mais rassurons-nous quand même : la plupart de ce qui peut être accompli pour renforcer l'écosystème démocratique de l'UE peut l'être à traité constant.

52. Selon l'article 9, paragraphe 1, du TUE, « Dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes ».
53. Pour une première tentative de théorisation de la valeur normative du principe d'égalité politique en droit européen, voir A. Alemanno, « Leveling the EU Participatory Playing Field : A Legal and Policy Analysis of the Commission's Public Consultations in Light of the Principle of Political Equality » (2020) 26 (1-2) *European Law Journal*, 114.
54. R. Dworkin, *Sovereign Virtue* (Harvard University Press 2000), 191.
55. S. Fredman, 'Substantive equality revisited' (2016) *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), 712-738.
56. R.A. Dahl, *Democracy and its Critics* (Yale University Press 2008), 10.
57. N. Gardels et N. Berggruen, *Renovating democracy: Governing in the age of globalization and digital capitalism* (Vol. 1) (University of California Press 2019).
58. Ch. Beitz, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory* (Princeton University Press, 1990); P. Pansardi, 'Democracy, Domination and the Distribution of Power', *Revue Internationale de Philosophie*, mars 2016.
59. R. Post, 'Democracy and Equality' (2006) *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* 603, 24-36.

3. Un panoptique démocratique pour une plus grande responsabilité

Le troisième élément démocratique du tryptique que nous proposons peut être considéré à la fois comme un apport et comme une expression du pouvoir participatif des citoyens, à savoir l'idée que l'autodétermination démocratique commence par la responsabilisation du pouvoir. Ce troisième fondement du renouveau démocratique dans l'UE est en fait une vieille idée, réadaptée à l'ère numérique, à savoir ce que les théoriciens de la démocratie Keane et Rosanvallon appellent respectivement la « démocratie monitoire » ou « contre-démocratie », reflétant la préoccupation républicaine pour l'éducation civique et la sphère publique comme espace où cette éducation peut être déployée⁶⁰. En d'autres termes, il s'agit de la lutte pour « le droit de savoir » et « le droit de savoir comment savoir ». Les assemblées de citoyens ont clairement plus de sens en tant que résultat et déclencheur d'instruments de vigilance populaire beaucoup plus larges, une panoplie de moyens pour mobiliser l'intelligence collective au-delà des élites traditionnelles.

Pour faire comprendre la force de cette vieille idée, invoquons et subvertissons le panoptique de Bentham, le bâtiment imaginé par le philosophe du 19^{ème} siècle où un seul gardien debout au milieu de cellules circulaires ne peut pas les observer toutes en même temps mais les contrôle néanmoins toutes, car les détenus ne peuvent savoir quand ils sont surveillés⁶¹. Et si, demandons-nous, nous pouvions imaginer le pouvoir collectif des citoyens à la place du gardien unique ? Après tout, qui peut être un meilleur gardien de nos libertés démocratiques que nous-mêmes ? En renversant la connotation du panoptique, nous pouvons mieux transmettre le pouvoir subversif de la transparence et de la responsabilité que les citoyens de Florence semblaient tant souhaiter.

« Nous recommandons que des observateurs citoyens indépendants soient présents lors de tous les processus décisionnels de l'UE. Il devrait y avoir un forum ou un organe permanent de représentants des citoyens afin de remplir la fonction de diffusion d'informations pertinentes et importantes à tous les citoyens de l'UE en tant que citoyens européens définis. Ces citoyens s'engageraient avec tous les autres citoyens européens dans l'esprit d'une connexion descendante/ascendante, ce qui permettrait de développer davantage le dialogue entre les citoyens et les institutions de l'UE » (34).

Ces citoyens choisis au hasard - et leurs recommandations - incarnent en fait la tension entre les deux logiques qui composent le panoptique démocratique. La logique de la permanence insiste sur le fait que le consentement

60. J. Keane, *The future of representative democracy* (Cambridge University Press 2011); P. Rosanvallon et A. Goldhammer, *Counter-democracy: Politics in an age of distrust* (Cambridge University Press 2008).
61. K. Nicolaidis, 'The Democratic Panopticon' (6 juillet 2021) Noema.

des gouvernés ne se limite pas à des élections ou des référendums périodiques - il s'agit d'un contrôle et d'un engagement permanents. La logique de l'intermittence, quant à elle, reflète simplement le sens commun selon lequel ni les organisations de la société civile ni les citoyens individuels n'ont la capacité d'exercer un tel contrôle de façon permanente. Pour réconcilier ces deux logiques, il faut que les détenteurs du pouvoir fassent confiance à une *épistémè* sociale, où les connaissances ne sont pas seulement partagées mais où l'on sait qu'elles sont partagées, créant ainsi un écosystème qui alimente la capacité et le désir de participer et de contribuer à exercer un réel control populaire. En même temps, ces gouvernants doivent apprendre à vivre avec l'incertitude radicale du regard démocratique. En bref, l'idée de panoptique démocratique permet de résoudre les deux aspects de l'énigme de la participation. Notre nouvelle ère démocratique appelle à une participation citoyenne permanente, oui, mais seulement par certaines personnes, certaines fois, sur certaines questions. Permanente dans son effet, intermittente dans sa pratique. Pour modifier notre scénario démocratique, il faut trouver des moyens de faire de la participation un *habitus* civique : une culture de citoyens qui s'engage dans les formes de pouvoir politique qui envahissent nos vies⁶².

Pour Bentham, la beauté de sa vision résidait dans la crainte, et non dans le fait, d'être observé. Dans le panoptique démocratique, les décideurs, comme les détenus de Bentham, sont effectivement contraints d'adapter leur propre comportement en partant du principe que les citoyens pourraient les observer, leur pouvoir étant à la fois visible et invérifiable. Ceux qui gouvernent ne savent jamais s'ils sont surveillés, ce qui les maintient sur le qui-vive, les incitant à agir comme s'ils étaient surveillés en permanence. La publicité prend la place de la surveillance, une façon de garder les gardiens, et le contrôle social devient un contrôle par la société, et non de la société. Oubliez la révolution permanente, vive la participation permanente !

Cet état d'esprit s'est souvent manifesté dans l'appel des assemblées citoyennes à exploiter le pouvoir de l'internet pour exercer ce contrôle, en appelant à la création de plateformes de vérification des faits (19), au vote sur des sondages en ligne (21), tout en demandant aux institutions d'adapter leur communication à l'ère des médias numériques (21). Plus important encore, leur discussion a abordé la question du pouvoir démocratique du contrôle budgétaire, dans la mesure où nous passons de « pas de taxation sans représentation » à « pas de taxation sans participation ». Ainsi, les citoyens ont complété leur appel à l'investissement dans la qualité de vie des Européens par des idées de responsabilité radicale pour les

dépenses budgétaires, notant « la nécessité d'assurer la supervision, la transparence et la communication efficace envers les citoyens dans la mise en œuvre des investissements publics (de la part de l'UE) » et « de permettre aux citoyens de suivre l'ensemble du processus d'investissement »⁶³. À l'heure où le fonds du Plan de Relance Européen canalise des milliards d'euros de l'UE vers les différents États membres, la mise en place d'un système de responsabilité plus systématique, non seulement pour les résultats mais aussi pour les déboursments monétaires réels, serait bénéfique à l'ambition de l'UE de créer un écosystème démocratique renouvelé.

Conclusion

L'UE se distingue dans le paysage des expériences démocratiques, non pas parce qu'elle est plus avancée dans ses méthodes participatives, mais parce qu'elle espère les faire passer du niveau infranational ou national au niveau transnational et les diffuser au sein et à travers l'Union. En tant que principal laboratoire de la gouvernance transnationale, l'Union a vu ses références démocratiques remises en question, en particulier depuis la fin de la guerre froide et, plus récemment, la crise de l'euro⁶⁴. En réponse, elle a plongé ses antennes bureaucratiques dans diverses formes d'engagement, des dialogues informels de citoyens à l'initiative citoyenne européenne. Mais aucune n'a changé sa réputation d'opacité bureaucratique⁶⁵. Le *Brexit* n'a été qu'une expression parmi d'autres du mécontentement populaire qui en découle⁶⁶.

Si les classes politiques et l'appareil bureaucratique de l'UE se montraient à la hauteur du défi, ils pourraient prétendre offrir une réponse au message délivré par le président Biden de l'autre côté de l'Atlantique, à savoir que le modèle démocratique développé en Occident au cours des 200 dernières années semble brisé, qu'il a besoin de toute urgence de soins attentifs, que les citoyens ont été envoûtés par le désenchantement démocratique, le sentiment que le système électoral est truqué, manipulé par l'argent, les élites, les lobbies d'entreprises ou les étrangers, et qu'entre les élections, ils n'ont aucun accès, aucune influence et aucune appropriation de la prise de décision publique.

Pourtant, contrairement au discours d'ouverture du sommet prononcé par le président Biden, l'histoire n'est pas celle d'un concours de beauté entre systèmes démocratiques et autocratiques, comme une géopolitique grossière de la démocratie voudrait nous le faire croire. Dans la mesure où les citoyens se soucient non seulement des

62. A. Alemanno, *Lobbying for Change: Find Your Voice to Create a Better Society* (Iconbooks 2017), 273-274 ('At a time of growing disenchantment with the democratic system, we have no choice but to transform mounting distrust into active democratic virtue').

63. Recommandation 23.

64. V.A. Schmidt, *Europe's crisis of legitimacy: Governing by rules and ruling by numbers in the eurozone* (Oxford University Press 2020).

65. A. Alemanno, « La démocratie participative dans l'Union européenne : état et perspectives ouvertes par la Conférence sur l'Avenir de l'Europe », *Cahiers de droit européen*, à paraître.

66. K. Nicolaidis, *Exodus, Reckoning, Sacrifice: Three Meanings of Brexit* (Unbound 2019).

résultats démocratiques, mais aussi de l'équité procédurale et substantielle, en particulier lorsqu'ils n'obtiennent pas ce qu'ils veulent et risquent de canaliser leurs frustrations en dehors du système si elles ne sont pas prises en compte, nous devons aborder ces questions d'équité démocratique de toute urgence⁶⁷. Comme l'a illustré de manière frappante le panel de citoyens européens qui s'est penché sur la question démocratique et de l'État de droit, le fait que les citoyens soient mécontents des démocraties existantes ne signifie pas qu'ils aient perdu leur appétit pour les processus démocratiques. La mise en garde d'Aristote est ancienne : les démocraties souffrent de tendances destructrices auto-infligées⁶⁸. Cela est vrai aussi bien en Europe qu'ailleurs, et la démocratie au niveau européen amplifie ces pathologies. En même temps, l'Europe a le potentiel de les surmonter précisément parce qu'elle n'est pas attachée aux modèles représentatifs traditionnels. Cela ne signifie pas que l'UE doive être considérée comme un modèle de démocratie au-delà de l'État. En effet, elle a beaucoup à apprendre en inversant le regard démocratique et en s'engageant dans un apprentissage démocratique mutuel avec le reste du monde⁶⁹.

Nous n'avons pas non plus soutenu que les panels de citoyens organisés dans le cadre de la Conférence sur l'avenir de l'Europe constituent un modèle en soi. Beaucoup de choses pourraient être améliorées, à commencer par la surcharge de sujets et le manque de temps pour aborder un éventail aussi large de questions. Mais nous adhérons à un principe de réalité : en substance, il ne fait aucun doute que ce processus n'aurait pas été possible sans le feu vert et la sur-ingénierie des trois institutions de l'UE.

En effet, nous pouvons déplorer la coexistence paradoxale entre le type de « risque démocratique » que ces institutions ont pris en permettant un tel bond en avant démocratique, et le type de contrôle étroit qu'elles ont cherché à exercer sur ledit processus. Nous devons nous méfier de l'instrumentalisation inévitable de par ceux qui choisiront et interpréteront leurs recommandations préférées.

Mais ces écueils, à notre avis, font partie intégrante de l'incertitude radicale que le progrès démocratique peut insuffler au projet européen, une incertitude qui est l'essence même de la démocratie et avec laquelle la « bulle européenne » doit apprendre à vivre. Si l'UE doit retrouver sa popularité écornée auprès des publics européens, nous devons construire un écosystème démocratique européen pour nourrir, élargir et finalement prendre en compte les revendications quotidiennes concurrentes des citoyens européens. Le temps est venu pour les États membres de l'UE et ses institutions de rendre aux citoyens une partie du pouvoir constituant qui a traditionnellement été exercé en leur nom. La leçon à tirer des assemblées de citoyens transnationales naissantes qui continueront à se réunir ce printemps sous l'égide de l'UE est que, dans les bonnes conditions, les citoyens sont prêts à récupérer ce pouvoir et, ce faisant, à fonder une nouvelle Europe Puissance Citoyenne sur la scène mondiale.

67. E. Suhay, B. Grofman, et A.H. Trechsel, « How and Why the Populist Radical Right Persuades Citizens » in E. Suhay, B. Grofman et A. H. Trechsel (eds), *The Oxford Handbook of Electoral Persuasion* (Oxford University Press 2019).

68. Au niveau mondial, la part des individus qui se disent « insatisfaits » de la démocratie a bondi de 47,9 % au milieu des années 1990 à 57,5 %, voir R.S. Foa, A. Klassen, M. Slade, A. Rand et R. Collins, 'The Global Satisfaction with Democracy Report 2020' (2020 Cambridge, Royaume-Uni : Centre for the Future of Democracy).

69. K. Nicolaïdis et R. Youngs, « Reversing the Democratic Gaze » (Carnegie Foundation Democracy Hub November 2021).

Gouverner l'Europe, pour quelle finalité ?



Francesco Martucci • Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Primauté, identité et *ultra vires*: forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit

« Convient-il d'écarter l'application du droit de l'Union européenne au motif que la CJUE aurait méconnu la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union européenne, telle qu'elle résulte notamment des articles 4 et 5 du Traité sur l'Union européenne (contrôle dit « *ultra vires* ») (...) ? », s'est interrogé le Conseil d'État dans l'affaire *French Data Network*. En effet, le gouvernement français a invoqué un moyen tenant au caractère *ultra vires* de l'interprétation retenue par la Cour de justice de dispositions du droit de l'Union en matière de protection des données. La question a été considérée suffisamment importante pour que la plus haute juridiction administrative française se réunisse en sa formation d'Assemblée sans finalement procéder à un contrôle « *ultra vires* ». Opérer un tel contrôle aurait été inédit car l'ordre juridique français ne connaît pour l'instant qu'une limite à l'intégration. Le 15 octobre 2021, le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que, dans l'état actuel du droit, seul un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France peut permettre d'écarter l'application d'une disposition du droit de l'Union¹.

Aussi convient-il de tempérer les ardeurs de ceux qui scandent l'*ultra vires* comme le nouvel argument d'autorité afin de neutraliser celles, et uniquement celles, des dispositions du droit de l'Union qui les dérangent. Faut-il y voir un « *Karlsruhe effect* »² ? Dans un arrêt du 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande a en effet estimé qu'en ne contrôlant pas de façon suffisamment approfondie la proportionnalité d'une décision de la BCE d'acheter des titres publics sur le marché secondaire, la Cour de justice avait statué *ultra vires*³. C'est implicitement ce raison-

nement qu'a repris le Tribunal constitutionnel polonais dans sa décision du 7 octobre 2021 par laquelle il déclare que la valeur de l'État de droit et le principe de protection juridictionnelle effective, tels qu'interprétés par la Cour de justice, violent la Constitution polonaise⁵.

L'occasion a été saisie par certains pour déclencher la rengaine traditionnelle remettant en cause la primauté du droit de l'Union, ainsi que la prééminence de la Convention européenne des droits de l'homme. L'amalgame est vite fait entre les jurisprudences des juges allemands, français et polonais qui, cependant, ont bien peu en commun. Une analyse sommaire pourrait certes faire penser à un moment Calhounien de l'Union selon l'idée exprimée dans un éditorial de *The Economist*, dressant une analogie entre la théorie de Calhoun - selon laquelle les États fédérés américains disposaient d'un droit de « nullification » à l'égard des actes du pouvoir fédéral⁶ - et la soi-disant « résistance » des juridictions nationales attisée par l'arrêt allemand du 5 mai 2020⁷. Comme l'a relevé Jean Paul Jacqué, le rapprochement avec la problématique de Calhoun est tentant, mais s'avère quelque peu réducteur - et anachronique - par rapport à la « complexité »⁸ du système constitutionnellement intégré que forment l'Union européenne et les États membres. Cette complexité induit des subtilités dont on ne s'encombre guère dans certaines diatribes politiques faisant du droit européen - tant de l'Union que de la CEDH au demeurant - un bouc-émissaire pratique.

Les jurisprudences nationales sont loin d'être identiques et il convient de se méfier des « *copycats* » constitutionnels ; on ne saurait assurément confondre la Cour constitutionnelle allemande - « meilleure alliée » de la Cour de justice selon le Président Lenaerts⁹ - et le Tribunal constitutionnel polonais qui rompt le dialogue des juges. Dialogue des juges, le mot magique soulagerait les maux juridictionnels de l'intégration. La paternité en revient à Bruno Genevois : dans les relations entre la Cour de justice des Communautés européennes et les juges nationaux, il n'y avait de place « ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges »¹⁰. La citation est aussi éculée qu'éclairante. Pourtant, le commissaire du gouvernement avait invoqué le dialogue des juges alors même que l'arrêt *Cohn Bendit* constitue l'une des oppositions les plus frontales au droit communautaire ; non seulement, le Conseil d'État n'avait pas posé de question préjudicielle, mais avait retenu une

1. Conseil d'État, « Séance publique du 16 avril 2021 à 16 h, N°s 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718 », communiqué.

2. Cons. cont., décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*.

3. L'expression est empruntée à Alan Hervé qui l'a utilisée dans un tweet.

4. BVerfG, 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/153, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvro85915.

9. K. Lenaerts : « L'UE ne peut fonctionner que si le droit national cède le pas au droit commun européen », *Les Echos*, 28 octobre 2021.

10. CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 176.

interprétation de la lettre du traité CEE en contradiction flagrante avec la jurisprudence de la Cour de justice. C'est dire à la fois que les oppositions entre juridictions nationales et Cour de justice sont aussi anciennes que le processus d'intégration et que, par des tensions créatrices, elles en ont catalysé l'avancement.

L'*ultra vires* tel qu'il a été appliqué par le Tribunal constitutionnel allemand n'est que la dernière manifestation des théories qui, parmi d'autres, dont celle de l'identité, constituent des limites constitutionnelles au droit de l'Union européenne. Dans une lecture maximaliste ou, plus simplement, dépassée de l'intégration car fondée sur une vision hiérarchisée des interactions normatives, on peut concevoir ces limites comme des remises en cause de la primauté du droit de l'Union. Dans une lecture plus constructive des rapports de systèmes, ces limites s'affaiblissent en permettant une forme renouvelée d'intégration induite par une équivalence constitutionnelle.

1. L'affermissement des limites constitutionnelles

Une résistance ancienne au principe de primauté

Les tensions avec les cours constitutionnelles ont fleuri à mesure que la Cour de justice a dégagé sa « doctrine constitutionnelle ». Celle-ci est parfaitement synthétisée par l'avis 2/13 qui se réfère à la « jurisprudence itérative » depuis les arrêts *van Gend & Loos* et *Costa*¹¹ : « les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants »¹².

C'est justement en réaction à la consécration par l'arrêt *Costa* du principe de primauté que les juges constitutionnels allemand et italien ont dégagé les premières réserves de constitutionnalité dans l'ordre juridique intégré. Aussi longtemps (*solange*) que le droit communautaire ne garantirait pas la protection des droits fondamentaux en Allemagne¹³ ou qu'il porterait atteinte en Italie aux principes constitutionnels suprêmes et aux droits inviolables de la personne (*contro-limiti*)¹⁴, les juges internes se sont réservés la faculté de contrôler le respect de la Constitution nationale par les actes de droit dérivé. La Cour de justice a été réceptive à ces jurisprudences nationales en consacrant l'existence de droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire¹⁵, bien avant que l'Union se dote d'une Charte des droits fondamentaux.

Les juges allemand et italien ont en conséquence suspendu, leurs réserves de constitutionnalité¹⁶, non sans que des tensions aient ressurgi par intermittence, alimentant le processus d'intégration constitutionnelle.

Dans les rapports avec la Cour constitutionnelle italienne, le principe de primauté a constitué le fondement de la jurisprudence *Simmenthal* par laquelle la Cour de justice a affirmé le pouvoir du juge national de laisser inappliquée de plein droit la disposition législative contraire au droit communautaire¹⁷. La difficulté tenait à ce qu'en Italie, seule la Cour constitutionnelle peut déclarer une loi inconstitutionnelle sur renvoi du juge ordinaire ; et comme, jusque-là, une loi incompatible avec le droit communautaire était considérée contraire à la Constitution, seule cette Cour était compétente. Depuis, l'ordre constitutionnel italien reconnaît la spécificité du droit de l'Union ; alors que pour une méconnaissance par la loi du droit international, y compris de la CEDH, le juge ordinaire doit demander à la Cour constitutionnelle de constater une violation de l'article 11 de la Constitution, il a le pouvoir de laisser inappliquée toute disposition contraire au droit de l'Union. Toutefois, en 2017, la Cour constitutionnelle a estimé que, confronté à une loi méconnaissant les droits fondamentaux, le juge ordinaire devait d'abord lui renvoyer l'examen de la constitutionnalité de la loi avant de laisser inappliquée - ou de poser une question préjudicielle à la Cour de justice - ladite loi pour violation de la Charte des droits fondamentaux¹⁸. La solution retenue, décriée par une partie de la doctrine, comme méconnaissant le droit de l'Union, a finalement été rapidement abandonnée par la Cour italienne¹⁹. Ces tensions récurrentes ont néanmoins eu pour conséquence d'ancrer le droit de l'Union et ses caractéristiques spécifiques dans l'ordre constitutionnel italien.

Ultra vires ou le dépassement de la compétence attribuée

Après « *solange* », la Cour constitutionnelle allemande a également construit de nouvelles réserves constitutionnelles dont la teneur tient davantage à la question des compétences, tout particulièrement à partir de la décision « Lisbonne »²⁰. L'article 23 de la Loi fondamentale n'autorise le transfert de compétences à l'Union européenne que dans les limites de l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale, c'est-à-dire dans le respect des qualités inhérentes à l'identité constitutionnelle dont le cœur est constitué par la dignité humaine, les principes de démocratie, d'État de droit, et d'État social et fédéral²¹. Outre le respect des droits et principes fondamentaux consacrés par les articles 1er et 20 de la Loi fondamentale, la Cour allemande contrôle si le droit dérivé ne méconnaît pas les fondements démocratiques.

11. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66.

12. *Ibid.*, point 157.

13. BVerfG, 29 mai 1974, 2 BvL 52/71.

14. Cour const., 27 décembre 1973, *Frontini*, n° 183 ; 8 juin 1984, *Granital*, n° 170.

15. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, 11-70, ECLI:EU:C:1970:114.

16. BVerfG, 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83.

17. CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

18. Corte costituzionale, 7 novembre 2017, Sentenza n° 269, ECLI:IT:COST:2017:269.

19. Corte costituzionale, 30 juillet 2020, Sentenza n° 182/2020, ECLI:IT:COST:2020:182.

20. BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.

21. *Ibid.*

cratiques induits par la fonction constitutionnelle assumée par le Parlement, par exemple en matière budgétaire²². En France, c'est également l'identité qui fonde une limite constitutionnelle à l'intégration européenne. Dès 2004, le Conseil constitutionnel a dégagé la réserve selon laquelle « la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Il faut attendre le 15 octobre 2021 pour que le Conseil constitutionnel identifie le premier principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France : l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits²³.

Alors qu'aucune atteinte à l'identité constitutionnelle n'a encore été constatée par la Cour constitutionnelle allemande, celle-ci a parallèlement tiré, à partir de l'arrêt *Honeywell*, du principe démocratique un contrôle dit de l'*ultra vires*²⁴. A ce titre, la Cour allemande se réserve le droit de déclarer inapplicable dans l'ordre juridique national une disposition de droit de l'Union ne respectant pas le principe d'attribution des compétences, dans la mesure où cette disposition n'est pas couverte par la loi de ratification du traité. Elle souligne que la préservation des fondements sur lesquels repose la répartition des compétences au sein de l'Union européenne est d'une importance primordiale pour la garantie du principe de démocratie. Le contrôle de l'*ultra vires* a cependant vocation à demeurer exceptionnel de sorte que la méconnaissance par l'Union de la répartition des compétences doit être manifeste, l'acte de droit dérivé contesté revêtant une importance significative, eu égard au principe d'attribution et de l'obligation, découlant du principe de l'État de droit, de respecter la légalité. En tout état de cause, préalablement à tout constat d'*ultra vires*, une question préjudicielle doit être posée à la Cour de justice.

C'est bien dans un dialogue de juge à juge que le *Bundesverfassungsgericht* s'est inscrit lorsqu'il a rendu son arrêt du 5 mai 2020. Il avait été saisi d'un recours contre la décision de la BCE portant programme d'achats de titres de dette publique sur le marché secondaire (PSPP) adoptée dans le cadre du *quantitative easing*. Les requérants estimaient notamment que la BCE avait outrepassé les compétences qui lui ont été attribuées par le traité dans le domaine de la politique monétaire, en adoptant ledit programme d'achats. Éprouvant un doute quant à la validité dudit programme, le juge allemand avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice. Dans son

arrêt *Weiss*, celle-ci a estimé que le programme relevait bien de la compétence de politique monétaire et que la BCE n'avait pas méconnu le principe de proportionnalité²⁵. C'est sur ce dernier point que la Cour constitutionnelle allemande a fait preuve de son désaccord saillant avec la Cour de justice, estimant que cette dernière a statué *ultra vires* en ne contrôlant pas de manière suffisamment approfondie le respect de la proportionnalité, lequel implique une pondération des intérêts en présence, jugée par le *Bundesverfassungsgericht* trop superficielle. Or, « l'effet combiné d'une part d'un large pouvoir d'appréciation de l'institution dont un acte est contrôlé, et d'autre part d'une limitation de l'étendue du contrôle juridictionnel opéré par la Cour de justice de l'Union européenne, ne tient manifestement pas suffisamment compte de la portée du principe d'attribution et ouvre la voie à une érosion continue des compétences des États membres »²⁶. C'est ainsi que, le 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande a ordonné aux pouvoirs publics allemands, *Bundestag* et *Bundesbank*, de ne pas exécuter le programme PSPP de la BCE si, dans un délai de trois mois, celle-ci n'avait pas établi le respect du principe de proportionnalité.

Contrairement à ce qui a pu être affirmé, l'arrêt par lequel le Tribunal constitutionnel polonais a déclaré incompatible avec la Constitution polonaise les articles 2 et 19 TUE tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne, ne saurait être d'aucune manière rapproché des jurisprudences nationales ayant construit des théories des limitations constitutionnelles. On réfute tout autant fermement l'idée selon laquelle la décision du 7 octobre 2021 ne serait finalement qu'une simple contestation du principe de primauté de droit de l'Union. Bien entendu, ne pas respecter volontairement l'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour de justice au motif que cela remettrait en cause la Constitution nationale est une violation du principe de primauté ; mais, l'essentiel n'est pas là. Certes, le Tribunal constitutionnel polonais s'inspire de la théorie de l'*ultra vires* pour reprocher à la Cour de justice d'avoir constaté que des réformes du système juridictionnel polonais ont violé l'article 19 TUE en méconnaissant le principe de l'indépendance des juridictions²⁷. Il estime en effet que l'interprétation de l'article 19 TUE viole la Constitution polonaise en ce qu'elle étend la compétence de la Cour de justice sur des questions relatives au régime et à l'organisation de la justice, qui ressortissent des compétences souveraines de la Pologne. C'est nier non seulement que la Pologne, comme

22. BVerfG, 7 septembre 2011, MES, 2 BvR 987/10, ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20110907.2bv098710. BVerfG, 14 janvier 2014, OMT, 2 BvR 2728/13, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bv272813.

23. Cons. cont., décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*.

24. BVerfG, 6 juillet 2010, *Honeywell*, 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bv266106.

25. CJUE, Gde ch., 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

26. BVerfG, PSPP, 2 BvR 859/153, précité, point 156.

27. CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission / Pologne*, dit « *Indépendance de la Cour suprême* », C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 ; CJUE, gde ch., 5 novembre 2019, *Commission / Pologne*, dit « *indépendance des juridictions de droit commun* », C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 ; CJUE, gde ch., 15 juillet 2021, *Commission / Pologne*, dit « *régime disciplinaire des juges* », C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

la Hongrie²⁸, fait l'objet de procédures destinées à faire constater la violation de l'État de droit, mais également la logique conciliatrice dont sont pétries les théories de limites constitutionnelles.

2. L'avènement d'une équivalence constitutionnelle

L'aporie de la primauté dans une vision hiérarchique des rapports de système

Lorsque le débat politique s'empare de la thématique de la primauté, des raccourcis politiques sont rapidement pris. Les réactions à l'arrêt du Tribunal constitutionnel polonais d'une partie de candidats potentiels à la présidentielle française sont révélatrices de trois séries d'oppositions à la primauté²⁹.

La première est une primauté à éclipses sous prétexte de retrouver la souveraineté juridique. Cela revient à ne pas appliquer les dispositions du droit de l'Union lorsque celles-ci empêcheraient certaines décisions politiques et ne concerneraient que certains domaines comme celui de l'immigration. Autrement dit, est ainsi promue une Europe à la carte dont les britanniques étaient si friands et qu'ils ne sont pas parvenus à obtenir expliquant le Brexit. Il est quelque peu savoureux que ce soit la piste envisagée par Michel Barnier... Une deuxième voie est celle de la fin généralisée de la primauté. Le droit de l'Union continuerait d'exister, mais serait écarté dès qu'il serait en contradiction avec le droit national, quel qu'il soit. Cette vision est celle avancée par un candidat d'extrême droite estimant qu'il serait « temps de rendre au droit français sa primauté sur le droit européen ». Arnaud Montebourg estime quant à lui que les lois nationales devraient primer non seulement le droit européen, mais également le droit international, suggérant une *remontada* dans le temps juridique. Ce serait nier fondamentalement le caractère du droit de l'Union qui ne peut « en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de [l'Union] elle-même ». La troisième voie serait d'écarter l'application du droit de l'Union uniquement lorsqu'il se trouverait en contradiction avec la constitution nationale, si bien que la France n'aurait « pas besoin de sortir » des traités, selon Marine Le Pen. Xavier Bertrand propose d'introduire dans la Constitution « un mécanisme de sauvegarde des intérêts supérieurs de la France ». Peut-être serait-il bon de rappeler qu'un tel mécanisme a déjà été consacré par le Conseil constitutionnel sans qu'il soit nécessaire de modifier la Constitution.

Si l'on souhaite s'en tenir à une logique triviale, un constat s'impose, jurisprudences nationales et de la Cour de justice sont inconciliables. La primauté telle que dégagée par la Cour de justice est absolue : elle implique de trancher un conflit normatif en faveur de toutes les dispositions du droit de l'Union – quelles qu'elles soient – à l'égard de toutes les dispositions nationales – quelles qu'elles soient. Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour de justice avait considéré que « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »³⁰. Plus de quarante ans plus tard, elle a souligné que les juridictions nationales peuvent appliquer « des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte [des droits fondamentaux], telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »³¹.

Les juridictions nationales ont pour la plupart d'entre elles estimé que la Constitution nationale constitue la norme juridique suprême de l'ordre juridique national. En France, tant la Cour de cassation que le Conseil d'État ont affirmé que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle³², il est vrai dans des arrêts appliquant l'article 55 de la Constitution selon lequel les traités ont une valeur supérieure aux lois. Dans l'arrêt *French Data Network*, le Conseil d'État considère que « tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne (...) l'article 88-1 confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier ». Que le juge national considère que la Constitution constitue la norme suprême de son ordre juridique n'est guère choquant. Cela l'est d'autant moins lorsque cette même Constitution consacre la participation de l'État à l'Union européenne ce qui implique le respect des traités. Ainsi, après avoir cité l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil d'État se réfère à l'article 4, paragraphe 3, TUE qui consacre le principe de coopération loyale en vertu duquel « l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ». Il en est tiré la conclusion que le respect du droit de l'Union constitue une obligation tant en vertu des traités régissant l'Union qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution. Cette circularité est une marque de l'intégration constitutionnelle qui caractérise le système formé par l'Union européenne et les États membres.

28. Le 10 décembre 2021, la cour constitutionnelle hongroise a rendu un arrêt dans lequel elle a soigneusement évité la question de la primauté. Cour constitutionnelle de Hongrie, 10 décembre 2021, X/477/2021.

29. A. Renault, « Cinq candidats à l'Élysée contestent la primauté du droit européen », *Afp*, 8 octobre 2021.

30. CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, 11-70, précité, point 3.

31. CJUE, Gde ch., 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

32. Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, 99-60.274. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, 200286, 200287.

Le dépassement du conflit normatif dans un système constitutionnellement intégré

En application de leur Constitution, les États membres concluent les traités conférant à l'Union ses caractéristiques spécifiques parmi lesquelles « figurent celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union, qui se reflète dans le principe d'attribution des compétences visé aux articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphes 1 et 2, TUE, ainsi que dans le cadre institutionnel défini aux articles 13 TUE à 19 TUE »³³. D'un côté, en autorisant la participation à l'Union européenne de l'État, la constitution nationale confère un fondement au droit de l'Union et à ses caractéristiques spécifiques. Ainsi, le respect du droit de l'Union tel qu'il est interprété par la Cour de justice de l'Union européenne est tout autant une exigence européenne que nationale. De l'autre côté, le droit primaire de l'Union fonde un statut d'État membre de l'Union qui comporte également des droits dont ceux énoncés par l'article 4, paragraphe 2, TUE. Ainsi, le respect de l'identité nationale et des fonctions essentielles de l'État constitue une exigence à encore tant européenne que nationale.

L'intégration constitutionnelle se fonde sur la prémisses fondamentale d'une équivalence substantielle entre constitutions nationales et traités de l'Union européenne. En effet, dès lors que les traités ont été ratifiés conformément aux constitutions nationales, on peut présumer une compatibilité entre traités et constitutions. Dans nombre d'États, dont la France, les traités ont au demeurant fait l'objet d'un contrôle préventif de constitutionnalité. C'est le Conseil d'État qui a donné la marche à suivre par sa jurisprudence *Arcelor* rendue sur les conclusions de Matthias Guyomar³⁴, dont l'arrêt *French Data Network* constitue un développement ultérieur. Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des mesures nationales de mise en œuvre de dispositions de droit dérivé de l'Union, il appartient au juge national, « saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union européenne qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge de l'Union, garanti par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »³⁵. Dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge, afin de s'assurer de la constitutionnalité de la mesure nationale contestée, « de rechercher si la directive que cet acte transpose ou le règlement auquel cet acte adapte le droit interne est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit de l'Union. Il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article [267 TFUE].

En revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit de l'Union garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge (...) d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

Cette logique d'équivalence permet de résoudre nombre de potentiels conflits normatifs, sans avoir à trancher la délicate question de la primauté. Dans la très grande majorité des hypothèses, il n'est guère difficile d'identifier dans le droit de l'Union un principe ou une règle à la substance équivalente à celle d'un principe ou d'une règle constitutionnelle d'un État membre. On peut tout particulièrement penser aux droits fondamentaux dont la panoplie s'avère étendue, notamment depuis l'entrée en vigueur de la Charte. Si l'équivalence est établie, il ne reste qu'à dénouer le nœud procédural ; seule la Cour de justice est compétente pour apprécier la validité d'un acte de droit de l'Union de sorte que toutes les juridictions nationales ont l'obligation de poser une question préjudicielle en application de l'article 267 TFUE³⁶. Il revient à la Cour de justice de constater l'invalidité de la disposition de droit de l'Union - un règlement ou une directive par exemple - au regard du principe ou de la règle consacré par le droit primaire de l'Union dont la substance est équivalente à un principe ou une règle constitutionnel. On rappelle que « la clef de voûte du système juridictionnel (...) est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (...), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités (...) »³⁷.

Suivant les conclusions de son rapporteur public, le Conseil d'État a étendu dans l'arrêt *French Data Network* l'équivalence constitutionnelle au-delà de la seule question des droits fondamentaux. Il affirme que les exigences constitutionnelles correspondant aux « objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme », « qui s'appliquent à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement de la compétence des États membres en vertu des traités constitutifs de l'Union, ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution »³⁸. On peut y voir une relative ambivalence ; d'un côté, cela revient à admettre que l'Union peut poursuivre des objectifs de valeur constitutionnelle ; de l'autre côté, cela conduit à déclencher plus aisément la limite constitutionnelle puisqu'une telle équivalence sera plus difficilement rapportée.

33. CJUE, Avis 2/13, précité, point 165.

34. CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, N° 287110, ECLI:FR:CEASS:2007:287110.20070208.

35. CE, *French Data Network*, précité, point 6.

36. CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

37. CJUE, Avis 2/13, précité, point 176.

38. CE, *French Data Network*, précité, point 10.

La théorie de l'*ultra vires* induit dans une certaine mesure un raisonnement selon une logique d'équivalence. En effet, dans la conception du Tribunal constitutionnel allemand, le contrôle de l'*ultra vires* est déclenché lorsque les institutions européennes adoptent un acte qui outrepassent manifestement les compétences attribuées à l'Union. Il a non seulement vocation à demeurer exceptionnel, selon le Tribunal, mais ne peut être exercé qu'après un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Le dialogue des juges se trouve de la sorte tout autant préservé que la primauté du droit de l'Union puisqu'un acte ne respectant pas l'attribution des compétences est en principe invalide.

La théorie de l'identité constitutionnelle peut également être rattachée à une logique d'équivalence inversée en ce sens qu'il revient à l'Union de pleinement intégrer les exigences constitutionnelles nationales, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE. La décision du 15 octobre 2021 l'illustre car si la solution du Conseil constitutionnel a été interprétée par certains comme signifiant une atteinte à la primauté, on y voit pour notre part l'expression d'une congruence. Le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 12 de la Déclaration de 1789 la conclusion que l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France³⁹. Ce principe inhérent à l'identité constitutionnelle française n'est nullement en contradiction avec le droit de l'Union. D'une part, l'Union respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale⁴⁰. D'autre part, la Cour de justice a implicitement admis que l'État membre puisse interdire de déléguer à des personnes privées des compétences de police. En effet, elle exclut que des services de sécurité privée puissent être rattachés à l'autorité publique ; exercés par des personnes privées, ils ne peuvent pas être assimilés aux missions relevant de la compétence des services de sécurité publique⁴¹.

L'équivalence comporte cependant deux séries de limites. La première est substantielle puisque l'hypothèse n'est pas exclue qu'il n'y ait pas en droit de l'Union d'équivalence à une règle ou un principe de droit constitutionnel national et qu'une disposition du droit de l'Union méconnaît l'identité constitutionnelle nationale. La seconde est institutionnelle puisque, comme dans l'affaire du programme PSPP de la BCE, le juge national peut considérer que la Cour de justice n'a pas suffisamment contrôlé l'acte de droit de l'Union à l'occasion du renvoi préjudiciel. Dans ces deux cas, la primauté du droit de l'Union cède face à

la règle ou au principe de droit constitutionnel national ou à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle nationale. On peut s'en offusquer et dire que la limite, cette fois de l'ordre juridique intégré de l'Union, est atteinte. Il est également possible d'envisager une voie d'approfondissement de l'intégration constitutionnelle.

Il convient préalablement de souligner que le principe de primauté demeure de nature jurisprudentielle. Alors qu'elle était expressément consacrée par l'article 1-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, la primauté fait uniquement l'objet de la déclaration n°17 dans le traité UE qui renvoie à la jurisprudence de la Cour de justice. Or, celle-ci intègre déjà pleinement dans sa jurisprudence les exigences inhérentes à l'identité nationale pour déterminer dans quelle mesure un État membre peut déroger au droit de l'Union. Par exemple, la Cour de justice a considéré que la protection de la langue officielle nationale, inhérente à l'identité nationale (au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE) constitue un objectif légitime permettant de justifier des restrictions aux droits du citoyen de l'Union européenne⁴². La voie devrait être celle d'une conciliation juridictionnelle des exigences constitutionnelles nationales et européennes.

C'est dans cette voie que le Conseil d'État s'est engagé dans l'affaire *French Data Network* puisque, selon sa communication officielle, il « concilie le respect du droit de l'Union européenne et l'efficacité de la lutte contre le terrorisme et la criminalité »⁴³, sans faire primer dans le cas d'espèce le droit français ni recourir à la théorie de l'*ultra vires*. Rappelons qu'il devait trancher le délicat problème soulevé par la réponse que lui a donnée la Cour de justice à une question préjudicielle qu'il avait posée. En l'occurrence, il s'est agi de savoir si les dispositions françaises prévoyant la conservation généralisée des données de connexion sont compatibles avec le droit de l'Union. La Cour de justice a interprété la directive 2002/58, dite « vie privée et communications électroniques » et le règlement général sur la protection des données (RGPD), à la lumière de la Charte de droits fondamentaux, comme s'opposant à une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion⁴⁴, solution qui a été perçue comme risquant de faire échec aux missions d'ordre public et de sécurité publique assumées par les autorités et juridictions françaises, expliquant que le Conseil d'État en ait atténué la portée.

L'affaire du PSPP montre en revanche la limite de l'exercice de conciliation juridictionnelle tout en ouvrant la voie à un dialogue politique. Si l'on insiste sur la décision du 5 mai 2021, l'arrêt du 29 avril 2021 est totalement

39. Cons. cont., décision n° 2021-940 QPC, précitée, point 15.

40. Article 4, paragraphe 2, TUE.

41. CJCE, 13 décembre 2007, *Commission / République italienne*, C-465/05, ECLI:EU:C:2007:781.

42. CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291.

43. Conseil d'État, *Données de connexion : le Conseil d'État concilie le respect du droit de l'Union européenne et l'efficacité de la lutte contre le terrorisme et la criminalité*, Communiqué de presse, 21 avril 2021.

44. CJUE, Gde ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-623/17, C-511/18, C-512/18, C-520/18, ECLI:EU:C:2020:790.

passé sous silence alors que le Tribunal constitutionnel allemand y rejette deux recours alléguant la non-satisfaction par la BCE de l'exigence de motivation du PSPP⁴⁵. En effet, non seulement la BCE a fourni des explications permettant d'apprécier la proportionnalité de son programme, mais celles-ci ont fait l'objet de discussions au sein du *Bundestag*, tant avec le gouvernement fédéral qu'avec la *Bundesbank*. Le *Bundestag* est parvenu à la conclusion que la BCE a satisfait aux exigences posées par la décision du 5 mai 2021. On peut déplorer un retour des États membres, une marque d'intergouvernementalisme ou, au contraire, y déceler les traces d'un ultérieur approfondissement de l'intégration puisque la BCE, institution de l'Union indépendante, rend des comptes devant un parlement national tout aussi légitime démocratiquement que le Parlement européen. C'est somme toute logique que dans une zone monétaire aussi intégrée que la zone euro, le principe démocratique joue dans une perspective aussi bien descendante qu'ascendante. Cela montre également que l'Union de droit est liée à la démocratie.

Loin de l'ébranler, les tensions suscitées par les limites constitutionnelles brandies par les Cours constitutionnelles nationales nourrissent le système constitutionnellement intégré formé par l'Union européenne et les États membres. Ce système tient aussi longtemps que la prémisses fondamentale sur laquelle il repose n'est pas remise en cause par les juridictions nationales. Selon l'avis 2/13 de la Cour de justice, cette prémisses implique que « chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisses implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »⁴⁶.

La confiance mutuelle rompue par la Pologne

La décision du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 rompt la confiance mutuelle entre les États membres parce qu'il remet en cause la reconnaissance des valeurs de l'Union et des États membres énoncées par l'article 2 TUE. Elle déclare l'incompatibilité avec la Constitution polonaise de la valeur de l'État de droit consacrée par l'article 2 TUE et du principe de protection juridictionnelle effective garanti par l'article 19 TUE, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne. Cette incompatibilité est constatée dans la mesure où l'intégration européenne serait entrée dans « une phase nouvelle » dans laquelle « a) les institutions de l'Union européenne agissent en dehors du champ des compétences qui leur sont conférées par la République de Pologne dans les traités ; b) la Constitution n'est pas la loi suprême de la République de Pologne (...) c) la République de Pologne ne peut

pas fonctionner comme un État souverain et démocratique »⁴⁷. Pour l'instant, seul le dispositif de la décision a été rendu public ; en attendant la publication des motifs, il est patent que Trybunał Konstytucyjny se livre à une récupération, si ce n'est un détournement, de la théorie allemande de l'*ultra vires*, le gouvernement polonais n'ayant pas caché son enthousiasme à la suite de l'arrêt du 5 mai 2020⁴⁸. Une première lecture serait de dire que le Tribunal constitutionnel polonais peut tout aussi légitimement déployer sa propre théorie de limite à l'intégration ; une autre est d'instrumentaliser cette décision pour fustiger le principe de primauté et l'ingérence de la Cour de justice dans les affaires internes des États. C'est une pratique totalement galvaudée de l'*ultra vires* qu'ont retenue les juges polonais. Il faut insister : le Tribunal constitutionnel allemand n'active le contrôle de l'*ultra vires* que de manière exceptionnelle lorsqu'un acte de droit dérivé de l'Union conduit à un dépassement structurel de la compétence attribuée à l'Union ; la conséquence en est tout au plus l'inapplication de l'acte de droit dérivé dans l'ordre juridique national, des moyens existant de surcroît pour éviter une telle situation. Dans tous les cas, une question préjudicielle doit être posée préalablement à la Cour de justice. Or, le Tribunal constitutionnel polonais se cantonne à affirmer sans ambages que les valeurs partagées par les États membres fondatrices de l'Union européenne sont incompatibles avec la Constitution nationale.

Un juriste tire du seul dispositif la conclusion que « l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, TUE donnée par la CJUE est jugée contraire à la Constitution polonaise, car elle conduit à étendre la compétence des organes de l'Union sur des questions relatives 'au régime et à l'organisation' de la justice en Pologne, qui font partie des compétences souveraines des États membres »⁴⁹. Il ajoute que « ce raisonnement contient une prémisses implicite qui semble pourtant difficile à éviter : en étendant l'application de l'article 19 TUE aux litiges concernant l'organisation de la justice, qui ne mettent pas directement en question 'les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union', la CJUE aurait méconnu l'économie générale des traités qui laissent aux États membres une compétence de principe et limitent celle de l'Union aux domaines d'attribution. Au fond, la Cour de Varsovie questionne bel et bien, non seulement la constitutionnalité, mais aussi la conventionnalité de l'interprétation retenue par la CJUE »⁵⁰. Seulement, pour parvenir à cette conclusion, l'auteur n'a d'autre choix que de se référer au contenu du recours introduit par le gouvernement polonais devant son tribunal puisque la décision du 7 octobre 2021 se limite à exposer un dispositif d'inconstitutionnalité, sans fournir à ce stade les motifs qui devraient publiés ultérieurement.

47. Trybunał Konstytucyjny, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, 7 octobre 2021, K 3/21.

48. « Polen lobt Karlsruher Urteil zu Europäischer Zentralbank », *FAZ*, 10 mai 2020.

49. W. Zagorski, « Quand la cour constitutionnelle polonaise réfute la jurisprudence de la CJUE. Observations sous l'arrêt du 7 octobre 2021 », *Blog Jus Politicum*, 21 octobre 2021.

50. *Ibid.*

45. BVerfG, 29 avril 2021, PSPP, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15.

46. CJUE, avis 2/13, précité, point 168.

Ce faisant, c'est mettre justement en exergue le cœur du problème pointé par la Cour de justice de l'Union européenne puisque l'interprétation *ultra vires* dont celle-ci se rendrait coupable s'avère celle correspondant aux dispositifs et aux motifs de trois arrêts par lesquels il a été constaté que la Pologne a violé l'exigence d'indépendance des juridictions nationales tirée de l'article 19 TUE en procédant à une série de réformes du système juridictionnel polonais. En substance, ces réformes ont consisté à modifier les règles de départ à la retraite des juges⁵¹ et le régime disciplinaire dans les juridictions⁵². Concrétisation de la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE⁵³, l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE consacre l'exigence d'indépendance des juridictions nationales qui « suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions »⁵⁴. Ce n'est guère s'ingérer dans l'organisation juridictionnelle de l'État que de constater que des juridictions ne satisfont pas à cette exigence d'indépendance. Juges de droit commun du droit de l'Union, les juridictions nationales entretiennent un dialogue avec la Cour de justice au moyen du renvoi préjudiciel. Elles exercent ainsi une fonction de droit de l'Union, en vertu tant de l'article 19 TUE que de l'article 267 TFUE ce qui implique qu'elles soient nécessairement indépendantes. De fonctionnelle - permettre au juge national d'exercer sa fonction de juge de droit commun du droit de l'Union - l'indépendance est devenue une exigence structurelle - garantir que l'État membre constitue un État de droit.

Conclusion

Le principe de primauté constitue l'une des caractéristiques essentielles du droit de l'Union qui, selon la Cour de justice, « ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, TUE, dans un 'processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe' »⁵⁵. La primauté n'épuise plus la façon dont on peut envisager les relations entre l'Union européenne et les États membres. Celles-ci se nourrissent de convergences mais aussi de divergences - plus rares - qui catalysent tout autant le système constitutionnellement formé par l'Union et les États membres. Plus que des conflits, les jurisprudences nationales, de l'identité à l'*ultra vires*, font vivre le système par les tensions qu'elles suscitent ; en tout état de cause, les résistances demeurent fort rares et ne produisent quasiment jamais d'incidences concrètes. La décision du Tribunal polonais ne s'inscrit dans cette logique constructive, mais correspond à un projet résolument destructeur conduisant non seulement à affaiblir la participation de la Pologne à l'Union européenne, mais également à éliminer l'État de droit. C'est la raison pour laquelle la Commission a engagé une procédure en manquement à l'encontre de la Commission, alors qu'elle a décidé de mettre fin à la procédure concernant l'Allemagne. Ainsi que l'a déclaré Stephan Harbarth, le Président du Tribunal constitutionnel allemand, « l'indépendance de la justice en Pologne n'existe au mieux que sur le papier »⁵⁶.

51. CJUE, *Commission c/ Pologne*, dit « Indépendance de la Cour suprême », C-619/18 ; *Commission c/ Pologne*, dit « indépendance des juridictions de droit commun », C-192/18, précité.

52. CJUE, *Commission c/ Pologne*, dit « régime disciplinaire des juges », C-791/19, précité.

53. CJUE, GC, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 32.

54. *Ibid.* ; CJUE 7 février 2019, *Vindel*, C-49/18, ECLI:EU:C:2019:106 ; v. aussi CJUE, GC, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, dit « Défaillances du système judiciaire », C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

55. CJUE, avis 2/13, précité, point 167.

56. « Präsident des Bundesverfassungsgerichts kritisiert Polen », BR24 NA-CHRICHTEN, 13.11.2021.



Guy Canivet • Premier président honoraire de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel

Constitution française et droit de l'Union européenne : approche par la complexité des rapports de puissance juridique

« *La Pathologie de l'idée est dans l'idéalisme, où l'idée occulte la réalité qu'elle a pour mission de traduire et se prend pour seule réelle. La maladie de la théorie est dans le doctrinisme et le dogmatisme, qui renferment la théorie sur elle-même et la pétrifient. La pathologie de la raison est la rationalisation qui enforme le réel dans un système d'idées cohérent mais partiel et unilatéral, et qui ne sait ni qu'une partie du réel est irrationalisable, ni que la rationalité a pour mission de dialoguer avec l'irrationalisable* »¹

Introduction²

Amplement commentée, la crise entre l'Union européenne (« l'Union ») et la Pologne³, à propos d'une conception radicale de la souveraineté juridique des Etats membres conduisant à la mise en cause de l'effet de primauté du droit européen sur les constitutions nationales, invite à préciser la position de la France sur la même question. Chacun des Etats membres a en effet une doctrine particulière sur les rapports de systèmes entre les ordres juridiques internes et celui de l'Union, ce qui, dans certaines situations, peut engendrer des crises inhérentes à la structure institutionnelle de cette dernière⁴, au gré des postures de puissance juridique adoptées par certains cours nationales et de la fluctuation des influences politiques en leur sein.

Il est notoire que la doctrine de la CJUE est la prééminence du droit de l'Union sur le droit national, y compris

constitutionnel, des Etats membres. Elle a été fixée dès l'origine par les arrêts *van Gend & Loos* du 5 février 1963⁵ et surtout *Costa contre E.N.E.L.* de l'année suivante⁶ dont la motivation centrale est si rationnelle dans son analyse institutionnelle, assurée dans sa pédagogie et cohérente dans sa solution qu'elle mérite d'être intégralement citée :

« Attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ;

qu'en effet, en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et crée ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ;

Attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ;

Que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7 ;

Que les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires ;

Que, lorsque le droit d'agir unilatéralement est reconnu aux Etats, c'est en vertu d'une clause spéciale précise (articles 15, 93-3, 223 à 225 par exemple) ;

Que, d'autre part, les demandes de dérogation des Etats sont soumises à des procédures d'autorisation (articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3e alinéa, et 226 par exemple) qui seraient sans objet s'ils avaient la possibilité de se soustraire à leurs obligations au moyen d'une simple loi ;

Attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout état membre » ;

1. Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Le Seuil, 2005.

2. Ce texte est tiré d'une contribution de l'auteur à paraître dans les Mélanges offerts à Vassilios Skouris.

3. Dont l'origine est une grave atteinte à l'indépendance des juridictions.

4. O. Pfersmann, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18 (dossier : Constitution et Europe) - juillet 2005 ; Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro, aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, pt 15 : « ... Cette revendication concurrente de souveraineté juridique est la manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne ».

5. CJCE, 5 février 1963, *van Gend & Loos*, aff. 26-62 ; B. Bonnet, « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », *Conseil constitutionnel* | « Titre VII », 2019/1 N° 2 | pp 11-21.

6. CJCE, 15, juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6-64.

Que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un Etat pouvait unilatéralement en anihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires ;

Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit ne du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même ;

Que le transfert opère par les états, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ; »

Précisée et renforcée par des arrêts qui ont suivi⁷, cette jurisprudence, depuis lors constamment rappelée, s'est maintenue, avec certaines nuances⁸, suivant l'évolution des traités⁹, en soumettant à des conditions strictes et étroitement contrôlées¹⁰ l'invocation par les Etats membres, d'une part, d'un niveau de protection des droits fondamentaux par la Constitution nationale supérieur à celui de l'Union tels qu'ils résultent en particulier de la Charte des droits fondamentaux (CDF)¹¹, d'autre part, de la protection de l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles¹². Pour faire respecter ces prescriptions par les Etats membres, l'Union dispose de la procédure de manquement et de ses accessoires de sanctions¹³, jugés applicables même lorsque la méconnaissance provient d'une juridiction nationale¹⁴. A ce dogme de prééminence plusieurs hautes juridictions des Etats membres ont opposé une résistance plus ou moins raisonnée et nuancée¹⁵ mais aucune, jusqu'alors, ne s'est placée en rupture dé-

libérée avec les fondements de l'Union, comme le fait de manière théâtrale le jugement rendu le 7 octobre 2021 par le Tribunal constitutionnel polonais¹⁶.

Quoique moins disruptive, la doctrine du Conseil constitutionnel français (le Conseil) se situe néanmoins dans un rapport dialectique imparfait entre Constitution et droit de l'Union (I), tandis que, dans l'espace de compétence qui lui est reconnu, le Conseil d'Etat (CE) s'est engagé dans un dialogue sophistiqué avec la CJUE (II).

1. De la dialectique imparfaite

D'abord hésitante quant à son rôle dans les rapports systématiques entre l'ordre juridique national et celui de l'Union (A), la position du Conseil conduit à des solutions équivoques qui posent, en outre la question de leur praticabilité (B).

1.A Hésitations

Dans la tradition républicaine française, le contrôle juridictionnel de la conformité de la loi à la Constitution n'est apparu qu'avec celle du 4 octobre 1958 qui a créé le Conseil¹⁷. Mais ce n'est qu'à partir de 1971¹⁸ que celui-ci s'est donné le pouvoir de l'exercer au regard des déclarations des droits visées par le Préambule de la Constitution¹⁹. Depuis lors, dans l'espace juridique national, le bloc de constitutionnalité ainsi constitué fut en concours avec les engagements internationaux souscrits par la France, en particulier avec le droit issu des traités européens, selon un ordonnancement prévu par l'article 55 de la Constitution, lequel confère aux traités, dans les conditions qu'ils définissent, une autorité supérieure à celle des lois, ainsi que par les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution de 1946²⁰. Se cantonnant strictement aux attributions qu'il tient de la Constitution²¹ le Conseil a dû néanmoins se prononcer sur les inévitables interférences entre la loi fondamentale de la République et les traités européens.

1 - Du cloisonnement

Pour régler les conflits entre normes nationales et

7. CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff.14-68 ; 17 décembre 1970, *Interlational Handels-gesellschaft*, aff. 11-70.
8. CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jointes C-404/15 et C-659/15.
9. D. Blanc, « Assurer le caractère commun du droit de l'Union : de l'uniformité d'application à l'homogénéisation ? Une main tendue au bout du bras de fer », in *Réseau des normes, réseau des juridictions* (dir. H. Gaudin), LGDJ, 2021.
10. J.-P. Jacqué, « La CJUE de l'Union européenne et la théorie des 'contre limites' », 2005.
11. Article 53 CDF ; CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399 ; 23 février 2013, *Fransson*, aff. C-617/10 ; 24 juin 2019, *Poplawski*, aff. C-573/17.
12. Article 4, §2 du Traité sur l'Union Européenne (« TUE ») ; CJUE, 8 septembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17.
13. Article 258 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »).
14. CJUE, 12 novembre 2009, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C-154/08.
15. Voir pour ce qui concerne l'Italie, l'Allemagne et l'Espagne : X. Magon, « Le juge constitutionnel et le droit européen », *Annuaire de Droit européen*, 2004, Vol. II, 2006, pp. 119-147. Pour ce qui concerne spécifiquement l'Allemagne, C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, avril 2019 et, en dernier lieu, *Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne*, arrêt du 5 mai 2020.

16. Tribunal constitutionnel, Jugement pour la République de Pologne, Varsovie, le 7 octobre 2021, Évaluation du respect de la Constitution de la République de Pologne de certaines dispositions du traité sur l'Union européenne, Réf. acte K 21/3.
17. Articles 56 à 63 de la Constitution.
18. Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.
19. « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».
20. Al. 14 « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple/ Al. 15 Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».
21. Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

supranationales, le Conseil a d'abord jugé, par une décision de 1975, qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'il est saisi de la constitutionnalité de la loi, d'en examiner la conformité aux stipulations d'un traité ou d'un accord international. Ce faisant, il a implicitement réparti les compétences en la matière, d'une part, en se réservant le contrôle de la loi au regard à la Constitution, d'autre part, en renvoyant l'examen de sa compatibilité avec les dispositions conventionnelles d'effet direct aux juridictions ordinaires, judiciaires et administratives²² qui tôt²³ ou tard²⁴ s'en sont emparé pour pleinement exercer la fonction dite de « juge de droit commun » de l'Union²⁵. Il en résulte que le rapport du droit européen avec la Constitution est à examiner autant dans la jurisprudence du Conseil que dans celle du CE et, plus accessoirement, de la Cour de cassation (C.cass), en fonction de leurs domaines contentieux respectifs.

2 - A l'interférence

Cette position de principe du Conseil sur l'étroitesse du pouvoir que lui confère l'article 61 de la Constitution laisse de côté trois questions : celle de l'examen de la contrariété d'un traité international avant ratification ou approbation avec la Constitution en application de son l'article 54, celle de la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive européenne, celle enfin de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, depuis l'introduction, par la réforme constitutionnelle de 2008²⁶, d'un article 61-1 dans la Constitution instaurant ce que la loi organique prise pour son application²⁷ intitule « Question prioritaire de constitutionnalité ».

Dans l'ordre juridique de l'Union, le Conseil est, selon la jurisprudence de la CJUE, en principe tenu aux obligations de coopération imparties à toute juridiction d'un Etat membre. Bien que par sa décision précitée de 1975, il s'en soit délié de sa propre autorité²⁸, il n'a pu éviter d'être confronté à l'articulation du droit de l'Union avec la Constitution.

En premier lieu, ce cloisonnement des ordres juridiques n'est praticable que dans le contrôle de constitutionnalité de la loi. Il ne peut évidemment être opposé dans le cadre de l'appréciation préalable de la contrariété

à la Constitution des traités en voie de ratification, en application de son article 54²⁹. En ce cas, pour en autoriser la ratification sans modification de la Constitution, le Conseil s'assure que le traité ne contient pas « une clause contraire » à celle-ci ou qu'il « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »³⁰, puis à partir de 2004, les critères du contrôle se sont élargis à la remise en cause des « droits et libertés constitutionnellement garantis »³¹.

Ainsi, saisi de la question de la primauté du droit de l'Union sur la Constitution lors de l'examen du Traité établissant une constitution pour l'Europe³² puis du Traité de Lisbonne³³, le Conseil a dû se prononcer sur la position de la Constitution par rapport aux traités européens. Il l'a fait dans des conditions nouvelles puisque la loi constitutionnelle du 26 juin 1992³⁴, a introduit une modification importante en créant un article 88-1 constitutionnalisant la participation de la France à l'Union³⁵. Tout en confirmant, par la décision précitée du 20 décembre 2007, que « ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres »³⁶, le Conseil a pris des distances avec la conception générale et absolue de la prévalence du droit de l'UE sur toutes normes des Etats membres résultant de la jurisprudence précitée de la CJUE, en posant en principe intangible que, « la Constitution est placée au sommet de l'ordre juridique interne »³⁷. D'où il suit qu'en droit national,

22. Cons. const., 3 septembre 1986, n° 86-216 DC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*.

23. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Jacques Vabre*: Bull. civ., n° 4.

24. CE, Ass. 20 octobre 1989, n° 108243, *Nicolo*.

25. CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc. ; G. Canivet, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992 n°20-21, pp. 133-141.

26. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 29.

27. Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

28. Obligations que lui a rappelées l'arrêt CJUE *Aziz Melki et Sélim Abdeli* du 22 juin 2010, affaires jointes C-188/10 et C-189/10, pt 56.

29. « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

30. Cons. const., 9 avril 1992, n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I, II, III)*, cons. 14 ; Cons. const., 31 décembre 1997, n° 97-394 DC, *Traité d'Amsterdam*, cons. 7.

31. Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 7.

32. Article 1-6 du traité, Décision 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, préc. cons. 13.

33. Cons. const., 20 décembre 2007, décision n° 2007-560 DC, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*.

34. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ».

35. Art. 88-1 (résultant de la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution), « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

36. Cons. const., 20 décembre 2007, n° 2007-560 DC, préc. cons. 7.

37. *Ibid*, cons. 10 ; formule reprise par Cons. const., 9 août 2012, n°2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, cons 9.

la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas aux dispositions de valeur constitutionnelle. Aucune juridiction française ne pourrait donc laisser inappliquée une disposition de valeur constitutionnelle en la jugeant incompatible avec un traité.

En référence à ce principe, dans sa décision de 2004³⁸, le Conseil a examiné la portée donnée à la liberté religieuse par l'article 10,1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (« CDF »)³⁹ et par l'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (« CEDH ») au regard de la jurisprudence de la Cour EDH laissant aux Etats une large marge d'appréciation pour concilier la liberté du culte avec le principe de laïcité⁴⁰. Il a procédé au même raisonnement⁴¹ pour l'appréciation de la contrariété à la Constitution, de l'article 47 de la CDF, qui reprend les garanties processuelles de l'article 6 de la CEDH, imposant la publicité des débats judiciaires, avec les dispositions nationales qui restreignent cette exigence.

En deuxième lieu, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil ne peut éviter d'apprécier la conformité à la Constitution de celles qui transposent des directives de l'Union⁴².

Ce qui pose à résoudre deux questions, d'une part, la conformité de la loi à la directive, c'est-à-dire l'exactitude de la transposition, d'autre part, la conformité de cette loi à la Constitution, ce qui, lorsque la loi transpose une disposition inconditionnelle et précise d'une directive, conduit à examiner la contrariété de cette même directive avec la Constitution. Ce contrôle est inévitable depuis l'introduction en 1992 dans la Constitution de dispositions relatives à l'Union, et notamment l'article 88-1. C'est donc sur ce fondement constitutionnel, et non de principes tirés de l'ordre juridique de l'Union, que le Conseil, à partir de 2004, a fixé le principe et les limites de son contrôle aux termes d'une jurisprudence évolutive aujourd'hui fixée dans les principes suivants⁴³. En premier lieu, Il résulte de l'article 88-1 de la Constitution que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire [ou l'adaptation en droit interne d'un règlement] résulte d'une exigence constitutionnelle ». En deuxième lieu, il se réserve toutefois le pouvoir d'y faire obstacle lorsque

cette transposition [ou cette adaptation] « va à l'encontre d'un principe inhérent à l'idée constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». En troisième lieu, « En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne ». En quatrième lieu, dans cette dernière hypothèse « il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par le [droit de] l'Union européenne ». En cinquième lieu, ce renvoi préjudiciel à la CJUE ne pourrait être décidé que par le juge ordinaire, judiciaire ou administratif ; le Conseil ne s'estime, en effet, pas tenu de mettre en œuvre le mécanisme préjudiciel prévu par l'article 267 du TFUE⁴⁴ pour des raisons contingentes tirées des délais qui lui sont impartis pour statuer⁴⁵. Dans cette limite, il peut néanmoins déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »⁴⁶.

Le point nodal de cette construction est que le Conseil s'attribue le pouvoir de juger qu'une directive est contraire à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Il s'est toutefois abstenu de donner une définition de ce qu'il comprend par cette formule, laissant planer un doute sur l'ampleur de son contrôle. Ce n'est que par une décision récente⁴⁷ que sans en donner les critères, il a distingué ce qui relève d'un tel principe⁴⁸ de ce qui lui est étranger⁴⁹.

En renvoyant aux juridictions judiciaires et administratives le contrôle de compatibilité de la loi nationale avec droit de l'Union, le Conseil a abandonné à celles-ci la faculté d'en écarter l'application, même lorsqu'elle a

38. Décision n° 2004-505, préc. cons. 18.

39. Article 10, 1 de la CDF : « Liberté de pensée, de conscience et de religion. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

40. Cons 18.

41. Cons. 19.

42. G. Canivet, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives communautaires, Principes fondamentaux et transposition des directives communautaires », colloque à Budapest, 1-3 octobre 2009.

43. Cons. const., 15 octobre 2021, n° 2021-940 QPC, *Société Air France* [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée], cons. 9.

44. Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19.

45. Dans les cas prévus par l'article 61 de la constitution « le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours ». En matière de question prioritaire de constitutionnalité, si l'article 61-1 de la Constitution impose au Conseil de se prononcer « dans un certain délai », c'est la loi organique du 10 décembre 2009 prise pour son application qui prévoit qu'il statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine (article 23-10 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

46. Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, préc. cons. 20.

47. Cons. const., 15 octobre 2021, n° 2021-940 QPC, *Société Air France*, *op.cit.*

48. « L'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits », pt 15.

49. « Le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne », cons 14.

été déclarée conforme à la Constitution⁵⁰, ce qu'elles ont fait dans de nombreux cas. Pour éviter le développement d'un processus incontrôlé de transformation du droit interne par l'effet des droits fondamentaux de source européenne, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008⁵¹ a instauré un système de contrôle de conformité de la loi aux droits et libertés que la Constitution garantit, lorsque la question est soulevée à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ; ce contrôle étant exercé par le Conseil sur renvoi du CE ou de la C. cass. Allant au-delà, la loi organique fixant les modalités procédurales de ce recours⁵² à entendu contraindre le CE et la C. cass à saisir le Conseil avant de se prononcer sur les moyens contestant la conformité de la disposition aux engagements internationaux de la France et en particulier au droit de l'Union⁵³. La C.cass ayant saisi la CJUE à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités au regard de ce texte⁵⁴, le Conseil en a aussitôt donné une lecture compatible avec les obligations du juge national tirées de l'article 267 du TFUE, écartant ainsi le caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité⁵⁵. Ce qui n'a pas empêché la CJUE de rappeler la primauté de l'article 267 du TFUE sur toutes dispositions d'une loi nationale qui, selon l'expression de l'avocat général M. J. Mazák, « imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution de la République française d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union »⁵⁶. Au passage, l'avocat général insiste sur le caractère existentiel pour l'Union du principe de primauté⁵⁷ et les obligations qu'il impose à tout juge national, « y compris une cour constitutionnelle »⁵⁸.

Le Conseil a aussitôt introduit une limite à ce nouveau recours en jugeant que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne peut donc être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité⁵⁹.

Toutefois, dans le cas particulier du contrôle de la conformité à la Constitution de la loi fixant les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application de la Décision-cadre du 13 juin 2002⁶⁰, le Conseil a écarté ces limitations⁶¹. Cette application avait exigé une modification de la Constitution⁶² par l'insertion d'un article 88-2, qui dans sa version actuelle, dispose « la loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'union européenne ». Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité à la Constitution de l'article 695-46 du Code de procédure pénale relatives au mandat d'arrêt européen qui exclut l'appel contre la décision d'extension des effets du mandat à d'autres infractions que celles qui étaient initialement visées⁶³, le Conseil s'est, pour la première fois, autorisé, sur le fondement spécifique de l'article 88-2 de la Constitution, à poser une question préjudicielle à la CJUE afin de vérifier si l'exclusion de toute voie de recours était imposée par la directive. Par cette décision, le Conseil s'est donc, dans cette hypothèse au moins, estimé tenu aux obligations de tout juge d'un Etat membre pour l'application du droit de l'UE. Dans sa réponse préjudicielle, la CJUE l'a d'ailleurs regardé comme tel⁶⁴.

Outre qu'elles sont généralement exclues dans le contrôle de constitutionnalité de la loi, les obligations du juge constitutionnel à l'égard de l'Union sont donc, par exception, variables et de fondements constitutionnels différents selon les catégories d'actes de droit dérivé de l'Union qu'il s'agit d'introduire dans l'ordre juridique interne : modulables mais incomplètes en ce qui concerne les lois de transposition des règlements et directives (art. 81-1) mais entières en ce qui concerne celles qui fixent les règles d'application du mandat d'arrêt européen (art. 81-2), auquel cas les délais imposés au Conseil pour statuer seraient inopposables. Dans la jurisprudence du Conseil, la primauté de l'article 267 du TFUE est à éclipses⁶⁵.

50. Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 13. « Considérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ».

51. Article 29 de la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

52. Loi n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'art. 65 de la Constitution.

53. Article 23-5, alinéa 2 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

54. C. cass, 16 avril 2010, Aziz Melki (n° 10-40001) et Sélim Abdeli (n° 10-40002).

55. Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc., cons. 13 à 15.

56. Conclusions de l'avocat général M. J. Mazák, 7 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, pt 77.

57. Pt 73 : « le principe de primauté (...) est la pierre angulaire du droit de l'Union. (...) Ce principe a encore été rappelé récemment dans les déclarations annexées à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 ».

58. D. Simon, A. Rigaux, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°29, octobre 2010 : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2830/pdf>>.

59. Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc. cons. 19.

60. Décision-cadre du conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (2002/584/JHA).

61. Cons. const., 4 avril 2013, n° 2013-314P QPC, *M. Jeremy F.* [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la CJUE].

62. Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen.

63. Article 685-46, alinéa 4 du code de procédure pénale (article 17 de la Loi n°2004-204 du 9 mars 2004).

64. CJUE, 30 mai 2013, C-168/13 PPU, *Jeremy F.*

65. X. Magnon, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013.

1.B Equivoques

Ce rappel de la jurisprudence du juge constitutionnel français sur le prise en compte de la primauté du droit de l'Union par la Constitution pose deux questions de cohérence systémique : la première est celle de l'aptitude de la position du Conseil à promouvoir, dans l'ordre interne, une uniformité d'interprétation des droits fondamentaux de source constitutionnelle avec ceux qui sont garantis par la CEDF, la seconde est la soutenabilité de ces positions dans l'ordre juridique de l'Union.

1 - Sur l'harmonisation des droits fondamentaux

Si elle est conforme aux pouvoirs qui lui sont conférés par le constituant⁶⁶, la position du Conseil à l'égard de l'ordre juridique de l'Union est peu propice à une application l'harmonisée dans l'ordre interne des droits et libertés de source constitutionnelle et conventionnelle. En séparant les fonctions d'interprétation, entre lui-même, pour les droits et libertés garantis par la Constitution et les juridictions judiciaires ou administratives, pour celles que protègent la CEDH et la CEDF, sous le contrôle de l'une ou l'autre des juridictions européennes, le Conseil favorise les visions divergentes de droits fondamentaux au contenu cependant identique, ce qui n'est pas compatible avec la sécurité juridique indispensable à l'Etat de droit même si, en définitive, la jurisprudence des deux cours européennes finit par s'imposer. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité qui était destiné à coordonner les deux catégories de recours a échoué à atteindre ce but. De sorte qu'il n'est pas rare que dans le domaine essentiel de la protection des libertés, une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil soit ensuite jugée incompatible avec le droit de l'Union et écartée dans son application par une juridiction judiciaire ou administrative⁶⁷, ce qui, même si l'incohérence est clairement assumée⁶⁸, affecte en fin de compte tout à la fois l'autorité du juge constitutionnel et le sentiment du citoyen de rattachement au pacte républicain historique.

66. A. Levade, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juillet 2005 ; « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série - colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009 ; « La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/2 (n° 102).

67. Pour des exemples de ces cas voir G. Canivet, « L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français », Conférence organisée par l'Académie de Droit Européen sur la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Trèves, 18-19 juin 2015.

68. Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, préc., cons 5 « Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » ; 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, préc., cons. 13 « [...] l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ».

2 - Sur l'intégration des ordres juridiques

Ineffective dans l'ordre interne, la position du Conseil est sur plusieurs points en contradiction avec l'ordre juridique de l'Union. Ce qui pourrait conduire, en certaines circonstances, à l'engagement d'un recours en manquement contre la France⁶⁹. Le nœud de ce hiatus est finalement le refus du Conseil de reconnaître la primauté du droit de l'Union sur la Constitution. Il en déduit que le fondement de sa compétence reste strictement constitutionnel, que, dès lors, sauf disposition particulière de la Constitution, il n'est pas soumis aux obligations de coopération auxquelles est tenu tout juge national dans l'ordre juridique de l'Union, telles qu'elles ont été rappelées dans l'arrêt Melki⁷⁰, qu'il n'est pas compétent pour contrôler la conformité d'une loi au droit de l'Union, qu'enfin, il a le devoir d'écarter une loi de transposition d'une directive de l'Union qui serait contraire à l'identité constitutionnelle de la France.

Jusqu' alors, cette posture dogmatique a toutefois été dépourvue d'effet de nature à provoquer une crise institutionnelle avec l'Union puisque, conformément à l'autonomie de procédure juridictionnelle reconnue aux Etats membres⁷¹, c'est finalement sur le juge judiciaire ou administratif que repose la mise en œuvre de la primauté du droit de l'Union et le devoir de coopération qu'elle impose, enfin que c'est ce juge qui, au cas d'espèce, juge de la compatibilité d'une disposition de valeur constitutionnelle avec le droit de l'Union. En outre, tout en s'en donnant le pouvoir, le Conseil s'est jusqu' alors abstenu de déclarer une loi transposant une disposition inconditionnelle et précise d'une directive ou d'un règlement contraire à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

En pratique, afin d'éviter les contradictions dans l'interprétation des droits fondamentaux de source constitutionnelle et européenne, dans les travaux préparatoires à ses décisions, le Conseil utilise les techniques de l'interprétation conforme. Si cette démarche n'apparaît pas dans sa motivation, elle a toutefois, dans plusieurs cas, a donné des résultats concrets⁷², en particulier sur l'intégration de principe « *ne bis in idem* » dans les garanties tirées de l'article 8 de la déclaration de 1789⁷³.

Cette volonté de rapprochement se complète d'initiatives doctrinales répétées invitant juristes académiques et praticiens spécialisés à analyser sa jurisprudence sur

69. Articles 258 à 261 du TFUE.

70. CJUE, 22 juin 2010, préc., points 40 à 45.

71. CJCE, 16 décembre 1976, aff. 33-76, pt 6.

72. G. Canivet, « L'incontournable question de l'application du droit européen par le juge constitutionnel français », préc. ; voir par exemple, Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Cristallisation des pensions*.

73. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié].

la question, à la théoriser et à la comparer à celle des juridictions constitutionnelles des autres Etats membres⁷⁴. En outre les décisions du Conseil comme celles de la CJUE se rapportant à ce sujet sont largement commentées et le thème général des rapports entre constitution et droit européen donne lieu à d'innombrables publications. A cela s'ajoute une politique soutenue de diplomatie judiciaire au sein des organisations réunissant les hautes juridictions des Etats membres ou en participant à des séances de travail régulières avec la CJUE⁷⁵. Tout en prenant une part active à ces politiques d'intégration⁷⁶, le CE a, de son côté, récemment emprunté la voie d'une coopération juridictionnelle avec la CJUE.

2. A la sophistication dialogique

Toute aussi fluctuante a été la jurisprudence du CE sur l'application du principe de primauté des traités sur à la Constitution. Longtemps réticent à reconnaître l'incidence du droit de l'Union dans l'ordre interne (A), la juridiction administrative s'est, à l'inverse, depuis quelques années, engagé dans une étroite coopération avec la CJUE en mobilisant toutes les ressources du recours préjudiciel (B)⁷⁷.

2.B La réticence

Respectueux d'une légitimité démocratique impliquant la souveraineté du Parlement donc de la loi dans l'ordre interne, le CE, tout en admettant sans difficulté, en application de l'article 55 de la Constitution, la primauté des engagements internationaux sur les lois antérieures⁷⁸, a longtemps refusé de la reconnaître sur les lois postérieures⁷⁹ en se retranchant dans une position singulière par rapport à la C.cass.⁸⁰, comme à celle des juridictions des Etats membres⁸¹ et en rupture avec la jurisprudence

européenne⁸². Ce n'est qu'en 1989⁸³ qu'il s'est reconnu le pouvoir d'appliquer l'effet de primauté des traités internationaux, notamment européens, sur les toutes lois internes, y compris postérieures, assumant ainsi la compétence que lui avait abandonnée le Conseil par sa décision de 1975⁸⁴. Depuis lors, il a développé une jurisprudence tirant de multiples conséquences de son rôle de juge de droit commun de l'Union⁸⁵.

Néanmoins, se conformant à la doctrine du juge constitutionnel, le CE a exclu la Constitution de ce contrôle de conventionalité en posant en principe que « si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...] », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁸⁶. Pour justifier cette affirmation, le commentaire autorisé de cette décision précise que la Constitution « est le texte suprême duquel toutes les autorités de l'État, et notamment ses organes juridictionnels, tirent leur pouvoir »⁸⁷, tandis que dans plusieurs discours publics, un Vice-Président du CE a estimé qu'elle est une conséquence nécessaire de l'article 54 de la Constitution⁸⁸. Cette jurisprudence a été confirmée dans des arrêts du 5 mars 1999⁸⁹, puis s'agissant spécifiquement du droit de l'Union, dans un arrêt du 3 décembre 2001⁹⁰.

Sensiblement différente est la position de la C.cass. Saisie de la question de la primauté du droit de l'Union sur la même disposition de valeur constitutionnelle⁹¹, elle a repris la motivation du CE en ce qui concerne la généralité des accords internationaux, mais a évité de se prononcer sur les traités européens, non concernés en l'espèce⁹², pour tenir compte « de leur nature spécifique originale »⁹³. Puis, par sa décision de 2010⁹⁴, elle n'a pas hésité à saisir la CJUE de la compatibilité avec l'article 267 du TFUE d'une disposition de la loi organique prise pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

74. Voir en dernier lieu : « De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », *Titre VII*, 2019/1 (N° 2).

75. Cons. const., activités internationales : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/activites-internationales>>.

76. CE, rapport 2020, Troisième partie, Etudes, Débats, partenariats, coopération européenne et internationale, p. 380.

77. J.-M. Sauvé, « Le CE et le droit européen et international », discours prononcé à l'Université de Tokyo, le mercredi 26 octobre 2016 : <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-le-droit-europeen-et-international>> ; « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Intervention de Jean-Marc Sauvé au Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves le 19 octobre 2017 : <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes>>.

78. CE, 1er mars 1968, *Syndicat des fabricants de semoule*, Rec. 149.

79. CE, 1er mars 1968, préc. ; 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, n° 17541 ; CE Ass., 13 mai 1983, *SA René Moline*, n° 37030.

80. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, préc.

81. La Cour de cassation de Belgique, la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour constitutionnelle d'Italie avaient toutes reconnu la primauté du droit internationale sur la loi nationale. B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Dalloz, 2014, p. 157.

82. CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, préc.

83. CE, Ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, précité.

84. Cons. const., 15 janvier 1975, préc.

85. Pour le détail de cette jurisprudence, voir Jean-Marc Sauvé, discours préc.

86. CE, Ass., 30 octobre 1998, n°200286, *Sarran et Levacher*.

87. <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-30-octobre-1998-sarran-et-levacher>>.

88. Jean-Marc Sauvé, discours préc.

89. CE, Ass., 5 mars 1999, n°194658, *Rouquette et autres*.

90. CE, 3 décembre 2001, n°226514, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*.

91. Article 188 de la loi organique du 19 mars 1999.

92. Cass. ass. plén., 2 juin 2000, 99-60.274.

93. CJUE, *Costa c/ ENEL*, préc. point 3.

94. Cass. ass. plén., 16 avril 2010, préc.

2.C Suivie de l'engagement

La position ainsi adoptée par le CE l'a conduit à suivre et approfondir la jurisprudence du Conseil sur le contrôle des lois de transpositions des directives de l'Union. Il l'a d'abord fait dans une décision du 8 février 2007⁹⁵. Après avoir cité la motivation de principe du juge constitutionnel, le CE ajoute, s'agissant de sa propre compétence que « le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles », puis il complète la méthode de contrôle établie par le Conseil en détaillant plusieurs phases. Tout d'abord, « ...il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». Ensuite, « ...dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ». S'ouvre alors une alternative. Première branche : « il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué », ou « dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne (Désormais 267 du TFUE) ». Seconde branche : « en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ». Conformément aux règles de méthode ainsi posées, il a sursis à statuer et saisi la CJUE d'une question préjudicielle sur la validité de la directive en cause au regard du principe général de droit communautaire d'égalité dont l'équivalent constitutionnel réside dans l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Cette première étape du dialogue préjudiciel a été suivie d'autres qui ont affiné la méthode. Ainsi, par une décision du 10 avril 2008⁹⁶, le CE a étendu le procédé de contrôle au cas où la directive méconnaîtrait, non pas une disposition constitutionnelle, mais une garantie de la CEDH (en l'espèce les articles 6 et 8). En pareille hypothèse, il a indiqué « que lorsque est invoqué devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des

droits de l'homme et des libertés fondamentales et protégé en tant que principe général du droit communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive ». Ensuite, si tel est le cas, « le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive elle-même ». En l'espèce, pour éviter de saisir le juge européen d'un tel recours, le CE a constaté, qu'à propos de la même disposition, celui-ci s'était déjà prononcé, sur le renvoi préjudiciel d'une autre juridiction nationale (la Cour d'arbitrage - devenue Cour constitutionnelle - de Belgique) et a tiré sa propre décision de l'arrêt préjudiciel de la CJUE⁹⁷. Ainsi, sur la question de la validité ou de l'interprétation d'une directive, le dialogue coopératif avec la CJUE peut s'étendre à plusieurs juridictions des Etats membres.

Enfin par un arrêt de 2016⁹⁸, tirant les conséquences de l'arrêt Melki⁹⁹, la CE, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, s'est donné le pouvoir de soulever d'office la difficulté d'interprétation d'une directive, lorsque l'interprétation ou l'appréciation de la validité de celle-ci détermine la constitutionnalité de la loi en cause et d'en saisir la CJUE. Par une construction inédite, s'abstenant de saisir le Conseil, il renvoyé le requérant à apprécier, après la décision de la CJUE, s'il y avait lieu de le saisir à nouveau du réexamen de la conformité de la disposition contestée à la Constitution. Ainsi, en pareille hypothèse, le contrôle de conventionalité prend le pas sur celui de constitutionnalité.

Conclusion

L'analyse des décisions hautes juridictions françaises comparées à celles de la CJUE révèle que les rapports de systèmes entre ordre juridique de l'Union et Constitution nationale, outre qu'ils engendrent des solutions contradictoires, répondent à des règles complexes, manipulant des critères malléables tels que, de manière générale, l'identité nationale, inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres¹⁰⁰, et spécifiquement, les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France¹⁰¹, dont le contenu et l'application peuvent favoriser les convergences ou à l'inverse attiser les oppositions¹⁰².

La mise en œuvre de ces règles est, en outre, orientée par des principes éthiques gouvernant l'attitude de l'un et l'autre des ordres de juridictions : de la part de l'Union

95. CE, 8 février 2007, n°2871110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*.

96. CE, 10 avril 2008, n°296845.

97. CJUE, 26 juin 2007, aff.C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*

98. CE, 31 mai 2016, n°393881.

99. CJUE, 22 juin 2010, préc.

100. Article 4, §2 du TUE.

101. Notion issue de la jurisprudence du Conseil.

102. F. Fines, « La double identité, nationale et constitutionnelle, des Etats membres de l'Union », *Revue générale du droit*, 2021, n°57833.

et de son juge, le respect des identités nationales, de part et d'autre, la coopération loyale, le respect et l'assistance mutuelle pour l'accomplissement des missions découlant des traités¹⁰³ ; tous principes subjectifs qui laissent aux diverses juridictions une latitude propice aux stratégies de puissance ou de soumission, de domination ou de résistance, d'intégration ou de séparation.

Dans les conclusions précitées¹⁰⁴, l'Avocat général Miguel Poires Mauro, insiste sur la complexité de ce mécanisme d'évitement des conflits de normes fondamentales : « ...l'examen de la compatibilité des actes communautaires avec les valeurs et principes constitutionnels des États membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même et est limité, pour l'essentiel, aux valeurs fondamentales qui font partie de leurs traditions constitutionnelles communes. Le droit communautaire ayant ainsi intégré les valeurs constitutionnelles des États membres, les constitutions nationales doivent adapter leurs prétentions à la suprématie, afin de respecter l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire dans son champ d'application. Cela ne signifie pas que les juridictions nationales ne jouent aucun rôle dans l'interprétation à donner des principes généraux et droits fondamentaux communautaires.

Il est au contraire inhérent à la nature même des valeurs constitutionnelles de l'Union en tant que valeurs constitutionnelles communes aux États membres qu'elles doivent être précisées et développées par la Cour en dialogue constant avec les juges nationaux, notamment ceux qui sont chargés de l'interprétation authentique des constitutions nationales ».

Encore faut-il, pour que cette subtile dynamique irénique puisse atteindre son but, que, de part et d'autre, elle soit activée par des juges réagissant avec souplesse en considération des fondements l'Union énumérées par l'article 2 du TUE et qu'ils partageant les valeurs de l'Etat de droit...

Mais la question est désormais sortie du cercle des juges ; elle mobilise les rapports de force politique au sein de l'Union et, dans certains Etats membres, agite le discours des tribuns. Sont alors en mouvement les ingrédients idéologiques de l'irrationalité simplifiante.

« La pensée simplifiante est incapable de concevoir la conjonction de l'un et du multiple (*unitas multiplex*). Ou bien elle unifie abstraitement en annulant la diversité. Ou, au contraire, elle juxtapose la diversité sans concevoir l'unité »¹⁰⁵.

103. Article 4, §3 du TUE.

104. Conclusions de l'avocat général Miguel Poires Maduro, 16 décembre 2008, aff. C-127/07, pt 17.

105. Edgar Morin, *op. cit.*



Sergio Fabbrini • Doyen du département de sciences politiques et Professeur de sciences politiques et de relations internationales, LUISS Guido Carli, Pierre Keller Professor à la Harvard Kennedy School of Government (2019-2020).

L'avenir de l'Europe : une alternative fédérale à la différenciation

36

Cet article vise à montrer que l'intégration différenciée (ID) n'est pas exempte d'effets secondaires négatifs sur le caractère démocratique de l'Union européenne (UE), et à analyser un modèle alternatif qui promet, en théorie, de promouvoir l'intégration et de maintenir ce même caractère démocratique. Nous défendons l'idée selon laquelle l'ID est la réponse à la résistance que l'intégration des politiques qui participent à la souveraineté des États membres (c'est-à-dire les politiques relevant du pouvoir central de l'État, ou du « noyau dur » des compétences étatiques - désignées ici PCE) génère dans certains États membres. S'accommoder à cette résistance nécessite l'adoption d'une logique intergouvernementale. Alors, quelles sont les conséquences institutionnelles de l'ID ? Existe-t-il un modèle théorique alternatif pour intégrer les politiques relevant du PCE ?

Nous envisagerons d'abord les raisons pour lesquelles l'ID induite par des arguments liés à la souveraineté a engendré le développement intergouvernemental de l'UE, alors que cela n'a pas été le cas pour l'ID induite par un manque de capacité (qui a principalement eu un impact les politiques réglementaires du marché unique). Nous soulignerons ensuite l'incapacité du régime intergouvernemental à garantir la responsabilité de ses décideurs (ainsi que leur efficacité). Enfin, je définirai un modèle alternatif à l'ID pour intégrer des politiques qui sont traditionnellement proches des domaines de souveraineté nationale, à savoir le modèle de l'union fédérale (en tant que modèle distinct de l'État fédéral) et ses caractéristiques problématiques. Je discuterai ici du modèle théorique, et non de la stratégie pour le mettre en œuvre (le « comment aller d'ici à là »).

La différenciation induite par des arguments liés à la souveraineté

L'intégration différenciée (ID) est à la fois une théorie et une pratique. En tant que pratique, elle est devenue

la philosophie publique officielle de l'UE¹. Les dirigeants nationaux et les acteurs supranationaux en sont venus à partager l'idée selon laquelle l'ID constitue la seule stratégie politique permettant d'adapter le processus d'intégration à un paysage de plus en plus pluriel de conditions et de préférences nationales. L'argument avancé est qu'avec les élargissements des années 1990 et 2000, le manque d'homogénéité entre les États membres de l'UE a augmenté de façon spectaculaire, au point de nécessiter une adaptation du processus d'intégration à cette pluralité d'intérêts et de préférences nationaux. Grâce à l'ID, différentes combinaisons d'États membres de l'UE participent à différents régimes politiques, bien que ces régimes soient ouverts à des compositions changeantes et que tous les États membres soient censés y adhérer ultérieurement. Par exemple, l'Union économique et monétaire (UEM) est constituée de 19 des 27 États membres de l'UE ; 22 des 27 États membres (plus quatre États non membres de l'UE) participent à l'accord Schengen, qui a aboli les frontières nationales ; la coopération structurée permanente en matière de politique de sécurité et de défense (CSP) enregistre la participation de 25 des 27 États membres de l'UE ; le Traité de Prüm relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale réunit 7 des 27 États membres de l'UE. Ce sont tous des exemples de régimes de politique différenciée légalisés. Toutefois, il existe également des formes d'ID qui n'ont pas acquis de forme juridique, comme l'accord de Malte de 2019, qui consiste en une « déclaration d'intention conjointe sur une procédure d'urgence contrôlée - engagements volontaires des États membres en faveur d'un mécanisme de solidarité temporaire prévisible », conclu entre 4 des 27 États membres de l'UE. Il ne fait aucun doute que l'ID a fonctionné de manière assez efficace pour rassembler un nombre croissant d'États membres dans le cadre juridique de l'UE. Elle a été la formule politique permettant de combiner l'approfondissement de l'intégration institutionnelle et l'élargissement de l'adhésion à l'UE. L'expérience du Brexit a confirmé la commodité, pour les mêmes États membres eurosceptiques, d'utiliser l'ID pour protéger leurs préférences politiques, étant donné que la sortie de l'UE impliquerait des coûts beaucoup plus élevés (en termes sociaux et économiques).

Le point de vue des praticiens est également partagé par les universitaires. Distinguant la différenciation (en tant que phénomène générique de tous les systèmes politiques modernes) de l'ID (en tant que caractéristique spécifique du processus d'intégration européenne)², les chercheurs ont conceptualisé cette dernière comme une caractéristique permanente du processus d'intégration,

1. Conseil européen, *La déclaration de Rome*, 25 mars 2017 : <<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/> ; voir aussi, Conseil européen, Livre blanc sur l'avenir de l'Europe, 1^{er} mars 2017, https://ec.europa.eu/info/future-europe/white-paper-future-europe_fr.
2. J.E. Fossum, 'Democracy and Differentiation in Europe' (2015) 22 *Journal of European Public Policy* 799.

en particulier après le traité de Maastricht de 1992³. Les deux principales théories de l'intégration européenne ont souligné son caractère physiologique. Pour les théoriciens du néo-fonctionnalisme⁴, la différenciation consiste en des délais différents dans l'adaptation des États membres aux lois de l'UE, bien que tous les États membres soient considérés comme partageant la direction du processus d'intégration (c'est-à-dire la formation d'une organisation supranationale). Pour les théoriciens libéraux de l'intergouvernemental⁵, la différenciation reflète les préférences irrécyclables des États membres, agissant en tant qu'acteurs rationnels, face aux dilemmes de la coopération. Si les néo-fonctionnalistes sont motivés par une vision téléologique de l'intégration européenne dont le résultat est inévitablement la formation d'une organisation supranationale englobante et cohésive, les intergouvernementalistes libéraux sont motivés par une vision réaliste de la coopération européenne, où la différenciation est l'outil permettant de résoudre les négociations interétatiques. Alors que pour le premier groupe de chercheurs, l'UE est un État en devenir (bien que de type fédéral, pour reprendre les termes de Lijphart⁶), les seconds la considèrent comme une organisation internationale basée sur des États tels qu'ils sont. Pour les premiers, l'ID est la stratégie permettant de tenir compte des différentes préférences et perspectives des États membres en participant, bien qu'à des moments différents, à la construction d'une entité supranationale de type étatique (l'Europe à plusieurs vitesses)⁷. Pour les seconds, l'ID est la solution *ad hoc* pour maintenir les différents intérêts nationaux autour de la table, l'UE étant interprétée comme une organisation internationale composée d'États européens autonomes (l'Europe à la carte)⁸.

La littérature plus récente sur l'ID a permis d'identifier ses différentes formes⁹. Schimmelfennig et Winzen ont établi une distinction entre la différenciation instrumentale et la différenciation constitutionnelle ou entre la différenciation interne (aux traités ou à l'ordre juridique de l'UE) et externe (par le biais de traités internationaux

signés par les États membres de l'UE)¹⁰. Winzen avait précédemment conceptualisé les raisons et les formes prises par l'ID, en distinguant entre une ID motivée par le manque de capacité et de ressources d'un État membre à s'adapter aux règles et pratiques qui constituent l'acquis communautaire et une ID née de la résistance de l'État membre à participer à un régime politique spécifique qui pourrait mettre en péril son contrôle sur les ressources nationales¹¹. L'ID induite par un manque de capacité peut être détectée dans plusieurs domaines politiques et à différentes périodes, mais il s'agit généralement d'un problème qui a vocation à être résolu. Elle est apparue comme un effet du processus d'élargissement, les nouveaux États membres étant incapables de répondre à certaines des exigences politiques de l'adhésion à l'UE, en raison des obstacles administratifs et institutionnels nationaux à l'adaptation aux réglementations de l'UE. En général, le recours aux directives plutôt qu'aux règlements a historiquement contribué à garantir la flexibilité de la mise en œuvre des règles du marché unique par les États membres¹². Il en va tout autrement de l'ID déclenchée par la défense des revendications de souveraineté d'un État membre. Ce type d'ID n'est apparu que dans la période post-Maastricht, lorsque les domaines politiques relevant traditionnellement du PCE ont été transférés à Bruxelles. L'ID induite par des arguments liés à la souveraineté a été davantage revendiquée lors des multiples crises des années 2010 et de la pandémie de 2020, considérant que ces crises touchaient des domaines relevant des prérogatives de souveraineté nationale.

La contribution de la littérature plus récente sur la conceptualisation de l'ID a été remarquable¹³. En particulier, la contribution de Winzen a ouvert une voie théorique prometteuse pour conceptualiser la particularité de l'ID induite par des arguments liés à la souveraineté¹⁴. Cependant, les implications de cette dernière en matière de gouvernance n'ont pas été suffisamment discutées. En fait, le recours à l'ID induite par des arguments liés à la souveraineté a reposé sur l'utilisation d'un régime de gouvernance intergouvernemental spécifique, basé sur la coordination volontaire des gouvernements nationaux plutôt que sur des relations interinstitutionnelles légalement réglementées. Ainsi, les régimes politiques diffé-

3. A.C.G. Stubb, 'A Categorization of Differentiated Integration' (1996) 34 *Journal of Common Market Studies* 283.

4. A. Stone Sweet, N. Fligstein et W. Sandholtz, 'The Institutionalization of European Space' in A. Stone Sweet, N. Fligstein et W. Sandholtz (eds), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, 2001.

5. A. Moravcsik, 'What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?' (2006) 47 *Politische Vierteljahresschrift* 219.

6. A. Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999.

7. J.-C. Pirijs, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge University Press 2012.

8. G. Majone, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis: Has Integration Gone Too Far?*, Cambridge University Press, 2014.

9. Voir par exemple, D. Leuffen, B. Rittberger et F. Schimmelfennig, *Differentiated Integration: Explaining Variation in the European Union*, Palgrave Macmillan 2013.

10. F. Schimmelfennig et T. Winzen, *Ever Looser Union?: Differentiated European Integration*, Oxford University Press, 2020.

11. T. Winzen, 'From Capacity to Sovereignty: Legislative Politics and Differentiated Integration in the European Union: From Capacity to Sovereignty' (2016) 55 *European Journal of Political Research* 100.

12. M. Egan, 'The Internal Market: Increasingly Differentiated?', in R. Coman, A. Crespy et V. A. Schmidt (dir.), *Governance and Politics in the Post-Crisis European Union*, Cambridge University Press 2020.

13. V. A. Schmidt, 'The Future of Differentiated Integration: A "Soft-Core," Multi-Clustered Europe of Overlapping Policy Communities' (2019) 17 *Comparative European Politics* (Houndmills, Basingstoke, England) 294.

14. T. Winzen, 'From Capacity to Sovereignty: Legislative Politics and Differentiated Integration in the European Union: From Capacity to Sovereignty', *op. cit.*

renciés sont corrélés à la différenciation des régimes de gouvernance. Dans la section suivante, j'étudierai cette différenciation de la gouvernance, liée à l'ID induite par des arguments liés à la souveraineté, afin de définir ses caractéristiques institutionnelles et ses conséquences démocratiques.

La gouvernance de l'ID induite par des arguments liés à la souveraineté

Une grande partie de la littérature sur l'ID part du principe que les régimes politiques différenciés sont gérés par une structure décisionnelle unique exprimant une logique d'intégration supranationale¹⁵. Certes, il est admis que les relations interinstitutionnelles peuvent changer pour faire face aux différentes responsabilités politiques de l'UE, mais on suppose que ces relations interinstitutionnelles sont limitées par la même logique d'intégration¹⁶.

Cependant, ce qui caractérise l'UE post-Maastricht, c'est l'institutionnalisation de régimes décisionnels distincts. D'un point de vue heuristique, on peut distinguer deux régimes de prise de décision ou de gouvernance, l'un traitant des questions de faible importance politique intérieure concernant les politiques de réglementation du marché unique et l'autre traitant des politiques d'importance politique intérieure élevée qui sont entrées dans l'agenda de l'UE après la fin de la guerre froide.

Le traité de Maastricht de 1992 a marqué un tournant dans cette différenciation des structures de gouvernance. Par ce traité, il a été formellement reconnu que l'UE pouvait poursuivre le processus d'intégration des politiques essentielles sur le plan national (les politiques relevant du PCE proches de la souveraineté nationale)¹⁷ à condition que les gouvernements des États membres se voient garantir un rôle décisionnel exclusif ou prédominant (par le biais du Conseil et du Conseil européen) sur ces politiques.

Le traité de Lisbonne de 2009 a constitutionnalisé la distinction entre les différents régimes décisionnels relatifs à des politiques distinctes. Il a renforcé le régime décisionnel supranational pour les politiques du marché unique, qui est devenu la procédure législative ordinaire (basée sur la triangulation Commission-Conseil-Parlement européen (PE)), et il a institutionnalisé un régime décisionnel intergouvernemental pour les politiques relevant traditionnellement de la souveraineté nationale¹⁸, avec le Conseil européen comme exécutif collégial. Selon Fossum, le système communautaire (supranational) et le sys-

tème de l'Union (intergouvernemental) ont ainsi fini par coexister au sein du même ordre politique et juridique¹⁹.

La distinction entre les deux régimes de gouvernance est nécessaire pour conceptualiser la corrélation entre l'institutionnalisation de la gouvernance intergouvernementale et l'eupéanisation (intégration mais pas nécessairement supra-nationalisation)²⁰ des politiques relevant du PCE, une corrélation qui fait défaut dans la littérature sur l'ID. Ces politiques, en effet, étayaient la réalité et les symboles de la souveraineté nationale, raison d'être historique de l'existence de l'État. Théoriquement, ces politiques auraient également pu être prises en charge par la gouvernance supranationale introduite dans les traités de Rome de 1957. Cependant, cette dernière a une logique d'intégration qui ne s'accorde pas avec la nécessité de contrôler, par le gouvernement de tout État membre, leur propre eupéanisation. La gouvernance supranationale a en effet permis la formation du marché unique le plus intégré au monde (bien plus intégré que les États-Unis)²¹ grâce à une approche réglementaire qui a standardisé et homogénéisé ses politiques. En surchargeant la formation du marché unique d'objectifs quasi-constitutionnels (l'« union sans cesse plus étroite »), l'approche supranationale a centralisé administrativement son fonctionnement par le transfert au triangle bruxellois des institutions incarnant la méthode communautaire de la plupart des politiques liées au marché. Comme a dû le reconnaître le Royaume-Uni (RU), les quatre libertés constitutives du marché unique (libre circulation des biens, des capitaux, des personnes, et liberté d'établissement et de prestation de services) ne sont pas négociables, comme si elles représentaient des principes constitutionnels et non des critères macro-économiques.

Cela pourrait difficilement être le cas pour les politiques relevant du PCE. Leur standardisation et leur homogénéisation auraient appauvri la souveraineté nationale sans compensation. Les prétentions des États membres à préserver leur contrôle sur les ressources et les symboles de la souveraineté nationale étaient et sont structurelles, et non contingentes, car elles expriment des préférences, des points de vue ou des identités nationales consolidés. Pour cette raison, les dirigeants gouvernementaux nationaux ont adopté un modèle de gouvernance de l'eupéanisation des politiques relevant du PCE différent du modèle supranational²². Sans la formation du régime

15. B. de Witte, A. Ott et E. Vos (eds), *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Edward Elgar Publishing, 2017.

16. H. Wallace, 'The Institutional Setting: Five Variations on a Theme', in Helen Wallace et William Wallace (eds), *Policy-Making in the European Union* (4th ed.), Oxford University Press, 2000, pp 3-27.

17. P. Genschel et M. Jachtenfuchs (eds), *Beyond the Regulatory Polity?: The European Integration of Core State Powers*, Oxford University Press, 2014.

18. U. Puetter, *The European Council and the Council: New Intergovernmentalism and Institutional Change*, Oxford University Press, 2014.

19. J. E. Fossum, 'EU Constitutional Models in 3D: Differentiation, Dominance and Democracy' (2021) *EU3D Research Paper* 15.

20. S. Fabbrini et U. Puetter, 'Integration without Supranationalisation: Studying the Lead Roles of the European Council and the Council in Post-Lisbon EU Politics' (2016) 38 *Journal of European Integration* 481.

21. M. Matthijs, C. Parsons et C. Toenshoff, 'Ever Tighter Union? Brexit, Grexit, and Frustrated Differentiation in the Single Market and Eurozone' (2019) 17 *Comparative European Politics* 209.

22. S. Fabbrini, *Which European Union?: Europe after the Euro Crisis*, Cambridge University Press, 2015.

intergouvernemental, il aurait été peu probable d'avoir une ID des politiques relevant du PCE. Les cas les plus significatifs d'ID dans ces régimes politiques font preuve d'une logique intergouvernementale qui est étrangère à la logique qui préside au processus décisionnel dans les politiques réglementaires du marché unique. Ces dernières sont intégrées par la procédure législative ordinaire, avec son caractère obligatoire, tandis que les politiques relevant du PCE sont intégrées par une coordination volontaire entre les gouvernements nationaux.

La politique économique (et non monétaire) de l'UEM, la politique d'asile de Schengen, la coopération structurée permanente en matière de politique de sécurité et de défense (CSP), le Traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière en matière de police, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité organisée et l'immigration illégale, ont toutes été rendues possibles par la nature volontaire du processus d'élaboration des politiques et toutes ont fini par être organisées par une forme ou une autre de gouvernance intergouvernementale, c'est-à-dire par la logique de la coordination volontaire des politiques. Peu de politiques ont commencé comme des régimes politiques différenciés grâce à leur logique intergouvernementale, bien qu'elles aient ensuite évolué dans une direction supranationale (comme dans les cas de la coopération renforcée sur le divorce et des brevets européens).

La base volontaire de l'élaboration des politiques relevant du PCE est garantie par la logique consensuelle de la délibération qui a lieu au sein du Conseil européen (ou des formations du Conseil traitant des politiques relevant du PCE, comme l'Eurogroupe des ministres de l'économie et des finances de l'UEM ou le Conseil des affaires étrangères). Dans les politiques réglementaires du marché unique, un État membre peut disposer d'un délai supplémentaire pour adapter les lois de l'UE à ses structures nationales, mais il ne peut pas remettre en question les règles constitutives (les quatre libertés) qui assurent la cohésion du marché unique. D'autre part, le DI souverainiste consiste en l'institutionnalisation d'une distinction entre une majorité d'États membres acceptant de gérer des politiques spécifiques relevant du PCE de manière intergouvernementale à Bruxelles et une minorité d'États membres ne souhaitant pas suivre le mouvement mais autorisés à se retirer du processus sans l'interrompre. Seule une méthode de prise de décision fondée sur une coordination volontaire pourrait rendre cela possible, sans perturber le canevas d'intégration. Si la différenciation des politiques dans les matières relevant du PCE et la gouvernance intergouvernementale sont intimement liées, la compréhension de la première ne peut être séparée de la seconde.

Avec les multiples crises des années 2010, ainsi qu'avec la pandémie de 2020, qui ont affecté les domaines relevant du PCE (par exemple, les politiques fiscales, migratoires, de sécurité et de santé), le Conseil européen s'est imposé comme l'institution centrale de décision incontes-

tée de l'UE. En effet, c'est le Conseil européen qui a décidé de la manière de gérer la crise financière et de répondre à la possible faillite financière de la Grèce au début des années 2010, de conclure un accord avec le gouvernement turc pour contenir le flux de réfugiés syriens en 2015, de stériliser la proposition de la Commission de redistribuer les réfugiés dans les États membres selon des critères objectifs en 2016. Le Conseil européen est devenu non seulement le centre exécutif de l'UE, mais il en est venu à définir la direction à suivre par les législateurs nationaux dans la mise en œuvre de ses décisions politiques, voire à dicter la manière d'interpréter judiciairement les mesures législatives prises par la triangulation de la Commission, du Conseil et du PE. Dans la tentative de neutraliser le veto menacé par les Premiers ministres hongrois et polonais à la conditionnalité du respect des principes de l'État de droit attachée au Règlement n°2020/2092 relatif à l'utilisation des fonds de l'UE, dans les conclusions de la réunion des 10 et 11 décembre 2020, « le Conseil européen souligne que le règlement doit être appliqué dans le plein respect de l'article 4, paragraphe 2, du TUE, notamment de l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures politiques et constitutionnelles fondamentales [soulignant ainsi que] les orientations seraient établies dans leur version définitive après l'arrêt de la Cour de justice afin que tous les éléments pertinents découlant de cet arrêt puissent y être intégrés ». En donnant des instructions à la Commission et au PE, mais aussi à la CJUE, sur la manière d'interpréter le règlement, le Conseil européen a de nouveau outrepassé son rôle, selon un schéma déjà identifié par Fossum²³.

Cependant, le Conseil européen a également montré ses limites structurelles d'un point de vue démocratique. Il a montré l'inefficacité d'un processus décisionnel qui dépend de l'unanimité, mais aussi l'irresponsabilité des véritables décideurs. En effet, le PE n'a pas pu exercer un rôle de contrôle du Conseil européen, et ce rôle n'a pas non plus été exercé par les Parlements nationaux. Surtout, le Conseil européen, en prétendant être la seule institution de l'UE légitime à s'intéresser à des questions relevant des souverainetés nationales, a fini par les politiser, rendant ainsi leur gestion encore plus difficile²⁴.

Cela soulève la question suivante : existe-t-il un modèle alternatif à envisager pour intégrer les revendications trouvant leur origine dans le concept de souveraineté ?

La souveraineté dans les États fédéraux démocratiques

Après les années 1950 (notamment après le rejet de la Communauté européenne de défense par le Parlement

23. J. E. Fossum, 'Politics versus Law: The European Council and the "Balancing European Union Style"' (2020) *Arena Working Paper*.

24. A. Glencross, 'The European Council and the Legitimacy Paradox of New Intergovernmentalism: Constitutional Agency Meets Politicisation' (2016) 38 *Journal of European Integration* 497.

français en 1954), le fédéralisme (en tant que théorie) a progressivement disparu du débat sur l'intégration européenne (même si les principes fédéraux ont continué à influencer la « construction européenne »)²⁵, le néo-fonctionnalisme et l'intergouvernementalisme libéral devenant les théories dominantes pour interpréter (et influencer) ce processus. L'affirmation de ces dernières théories et le déclin du fédéralisme ont eu un impact sur la conceptualisation de l'intégration européenne. Contrairement à la prédisposition du fédéralisme à privilégier l'analyse des *institutions* de l'intégration, le néo-fonctionnalisme et l'intergouvernementalisme libéral ont plutôt une prédisposition à se concentrer sur le *processus* d'intégration.

Cette « absolutisation » des processus par rapport aux institutions a conduit les deux théories dominantes à sous-conceptualiser les conséquences des diverses solutions ou compromis convenus (par exemple, l'ID), ainsi que leurs implications pour le caractère démocratique de l'UE²⁶. Il est certain que le fédéralisme a continué à inspirer les politiciens²⁷, représentant une sorte de culture sous-jacente des grands partis du PE. La référence, pour cette culture politique fédérale, reste l'expérience de l'État fédéral européen le plus influent, l'Allemagne de l'après-guerre, notamment en raison du rôle très influent joué par les représentants de l'Union chrétienne-démocrate allemande au sein du principal parti du PE, le Parti populaire européen. En effet, on pourrait affirmer que le modèle de l'État fédéral allemand²⁸ a inspiré la logique de centralisation administrative et de fusion entre les niveaux de gouvernement poursuivie dans la réalisation du marché unique²⁹, voire la « sur-constitutionnalisation » de ce dernier³⁰.

Cependant, le modèle de l'État fédéral ne peut répondre à la question incarnée par l'ID, à savoir l'intégration des revendications de souveraineté au sein de l'Union. L'identification d'une alternative fédérale à l'ID nécessite une étude comparative de l'expérience des fédérations démocratiques³¹. Depuis les travaux pionniers de Sbragia³² et Stepan³³, les expériences des fédérations ont été classées en fonction de leur parcours historique de formation et de consolidation. Sbragia a fait la distinction entre les fédérations par agrégation et les fédérations par désagrégation, tandis que Stepan a conceptualisé la distinction fondamentale entre les fédérations de rassemblement (*coming-together*) et les fédérations de maintien (*holding-together*). Pour les deux chercheurs, la première exprime l'agrégation d'États territoriaux précédemment indépendants et la seconde la désagrégation territoriale d'un État précédemment unitaire. Les structures institutionnelles des deux modèles fédéraux, et leur logique sous-jacente, reflètent cette logique fondatrice. Les fédérations de rassemblement sont beaucoup moins centralisées que les fédérations de maintien, car les entités qui ont causé l'agrégation visaient à maintenir autant de pouvoir (et de compétences) que possible entre leurs mains. Elles ont même contraint le centre de l'intérieur, en séparant ses institutions décisionnelles. Au contraire, les fédérations de maintien maintiennent la désagrégation territoriale sous la prééminence d'un centre fédéral et organisent ce dernier selon la logique de la fusion des pouvoirs. En termes d'idéal type, nous pourrions appeler les premières des « unions fédérales » et les secondes des « États fédéraux ». Sur l'ensemble du spectre fédéral (démocratique), les États-Unis et la Suisse sont plus proches du pôle des unions fédérales, tandis que l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique de l'après-guerre sont plus proches du pôle des États fédéraux, l'Australie et le Canada se situant entre les deux³⁴. Bien que toutes les fédérations soient fondées sur le double principe de l'autonomie et du partage des pouvoirs³⁵, dans les unions fédérales, l'autonomie et le partage des pouvoirs sont institutionnellement séparés (chaque niveau a ses propres compétences et institutions pour les exercer), tandis que

25. M. Burgess, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, 2000 ; D. H. McKay, *Designing Europe: Comparative Lessons from the Federal Experience*, Oxford University Press, 2001.

26. R. D. Kelemen, 'Federalism and European Integration' in A. Wiener, T. A. Börzel et T. Risse (eds), *European Integration Theory*, Oxford University Press, 2018.

27. G. Verhofstadt, *Europe's Last Chance: Why the European States Must Form a More Perfect Union* (Basic Books 2016); Romano Prodi, *Europe as I See It* (Polity Press 2000). Voir aussi J. Fischer, *From Confederacy to Federation: Thoughts on the finality of European integration, discours prononcé à l'université Humboldt de Berlin*, 12 mai 2000 : <https://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do?docId=192161&cardId=192161>.

28. La fédération allemande de l'après-guerre est le résultat de la décision des autorités alliées de décentraliser les pouvoirs de l'État hautement centralisé du Troisième Reich plutôt que de la décision autonome des *Länder* indépendants de se regrouper pour former une fédération. En effet, les frontières territoriales des anciens *Länder* n'ont été reconnues que dans quelques cas, mais de nombreux nouveaux *Länder* ont été formés en regroupant ou en désagrégeant les anciens *Länder* afin de garantir un équilibre raisonnable entre eux (dans tous les cas, pour éviter qu'un Land ait plus de 30 % de la population totale de la fédération).

29. J.W. Müller, 'In the Shadows of Statism: Peculiarities of the German Debates on European Integration' in K. Nicolaidis et J. Lacroix (eds), *European Stories: Intellectual Debates on Europe in National Contexts*, Oxford University Press, 2010.

30. D. Grimm, 'The Democratic Costs of Constitutionalization— The European Case', *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017.

31. J. Kincaid (ed), *A Research Agenda for Federalism Studies*, Edward Elgar Publishing, 2019.

32. A. M. Sbragia, 'Thinking about the European Future: The Uses of Comparison', in A. M. Sbragia (ed), *Euro-Politics: Institutions and Policymaking in the 'new' European Community*, Brookings Institution, 1992.

33. A. C. Stepan, 'Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model' (1999) 10 *Journal of democracy* 19.

34. A. Benz et J. Broschek (eds), *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism* (Oxford University Press 2013); J. Poirier, C. Saunders et J. Kincaid (eds), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford University Press, 2015 ; J. E. Fossum et M. Jachtenfuchs, 'Federal Challenges and Challenges to Federalism. Insights from the EU and Federal States' (2017) 24 *Journal Of European Public Policy*, p. 467; J. Kincaid (ed), *A Research Agenda for Federalism Studies*, Edward Elgar Publishing, 2019.

35. D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, University of Alabama Press, 1987.

dans les États fédéraux, la distinction entre autonomie et partage des pouvoirs est moins évidente car les compétences sont principalement partagées entre les niveaux de gouvernement et leur gestion implique une coopération étroite entre ces derniers. En d'autres termes, la séparation multiple des pouvoirs maintient la cohésion des unions fédérales, la coopération et la fusion des pouvoirs maintiennent la cohésion des États fédéraux.

Cette distinction institutionnelle entre les deux modèles incarne les différentes interprétations de la souveraineté fédérale³⁶. Dans les fédérations de maintien, la souveraineté fédérale appartient aux institutions centrales de la fédération. Dans l'Allemagne d'après-guerre, la souveraineté est représentée par le *Bund*, c'est-à-dire par les institutions du gouvernement parlementaire (*Bundestag* et *Bundeskanzler*), intégrées par l'institution représentant les exécutifs des *Länder* (*Bundesrat*). Le *Bundestag* est la chambre politique de la fédération, en ce sens qu'il est élu périodiquement par les électeurs allemands dans le but de former une majorité parlementaire soutenant les chanceliers et leurs gouvernements. Le *Bundesrat* (constitué de représentants des gouvernements des *Länder*) n'a pas son mot à dire dans la formation de la majorité fédérale/parlementaire. Aucun des *Länder*, en tant qu'unité unique, ne peut constitutionnellement prétendre être souverain, bien qu'il ait « le droit constitutionnel de conclure des traités » sur la base de sa « qualité d'État (...) dans les domaines de compétence exclusive du *Länder* »³⁷. La qualité d'État fédéré a des implications institutionnelles et non de souveraineté. Si l'on considère à la fois les compétences exclusives et partagées, le centre fédéral gère une grande partie des politiques fédérales, bien que les *Länder* contribuent au processus d'élaboration des politiques dans les domaines qui les concernent par le biais du *Bundesrat*, de leurs représentants dans les commissions reliant les deux niveaux de gouvernement, et de leur pouvoir de mettre en œuvre les politiques décidées au niveau central³⁸. En Allemagne, les responsabilités politiques croissantes du centre ont été obtenues grâce à une logique de coopération entre la règle partagée et l'autonomie, bien que le gouvernement fédéral ait conservé le dernier mot³⁹. Ce modèle de fédéralisme coopératif a une dynamique interne de standardisation et d'homogénéisation des politiques à travers les *Länder*, bien qu'il permette une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des politiques fédérales au niveau de chaque *Länder* (comme ce fut le cas avec les cinq *Länder* de l'Est,

plus Berlin-Est, qui ont rejoint la fédération en 1990)⁴⁰. La différenciation était ici motivée par le manque de capacité, la solution étant le transfert de ressources à un *Länder* dans le besoin pour accélérer son homogénéisation avec les autres *Länder*. Aucun *Länder* n'a jamais revendiqué un régime différencié spécifique au nom de sa propre souveraineté. Ce système fusionné et centralisateur a garanti la responsabilisation des décideurs fédéraux. Les gouvernements fédéraux, soutenus par leur majorité au *Bundestag*, sont responsables des décisions gouvernementales et répondent de leurs effets devant les électeurs lors d'élections parlementaires périodiques.

L'approche de l'union fédérale face aux revendications de souveraineté

Dans les fédérations de rassemblement, comme les États-Unis et la Suisse, en revanche, la place de la souveraineté est restée une question litigieuse. Comme ce sont les États/cantons qui ont décidé de s'agréger, ils ont essayé de conserver le plus de compétences possible⁴¹, tout en reconnaissant la nécessité de partager les politiques susceptibles de garantir leur sécurité⁴². Pour cette raison, la souveraineté a été divisée entre le centre fédéral et les États/cantons fédérés, bien que cette répartition soit passée par un acte constitutionnel qui maintenait formellement la souveraineté non divisée. Par le biais de la constitution, les fondateurs de la fédération ont transféré la souveraineté au nouveau centre uniquement dans la mesure où cela était nécessaire pour protéger la fédération ou pour permettre son développement économique, en laissant aux États/cantons toutes les autres responsabilités politiques. Aux États-Unis, le fédéralisme consistait en une gestion partagée (au centre fédéral) des politiques de la CSP pour garantir la sécurité de la fédération contre les menaces externes et internes et en une gestion autonome (dans les États fédérés) des politiques de marché en accord avec les traditions culturelles et les structures économiques de chaque État. Certes, le centre fédéral pourrait revendiquer (comme le permet, aux États-Unis, la clause sur le commerce de la Constitution de 1787) le contrôle des politiques de régulation du marché, lorsque cela est nécessaire pour garantir l'expansion économique et la sécurité de la fédération. Dans les fédérations américaine et suisse, il n'y a pas un seul niveau de gouvernement (État/canton ou centre fédéral) qui pourrait prétendre représenter la souveraineté fédérale/nationale dans son intégralité, puisque cette dernière est représentée par les États/cantons et le centre ensemble.

Dans le même temps, le pouvoir fédéral a été limité de l'intérieur, par différentes stratégies de séparation des pouvoirs visant à garantir l'indépendance réciproque des

36. D. Grimm, *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, Columbia University Press, 2015.

37. R. Lhotta et J. von Blumenthal (2015) 'Intergovernmental Relations in the Federal Republic of Germany: Complex Co-operation and Party Politics', in J. Poirier, C. Saunders et J. Kincaid (eds), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford University Press, 2015, 226.

38. A. Benz et J. Sonnicksen, 'Advancing Backwards: Why Institutional Reform of German Federalism Reinforced Joint Decision-Making' (2017) 48 *Publius* 134.

39. F. W. Scharpf, 'The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration' (1988) 66 *Public Administration* 239.

40. F. W. Scharpf, 'Community, Diversity and Autonomy: The Challenges of Reforming German Federalism' (2008) 17 *German Politics* 509.

41. J. M. Parent, *Uniting States: Voluntary Union in World Politics*, Oxford University Press, 2011.

42. W. H. Riker, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little, Brown, 1964.

institutions exécutives et législatives. La séparation des pouvoirs est une recette pour empêcher la centralisation. Aux États-Unis et en Suisse, il n'y a pas l'équivalent d'un *Bundeskanzler* représentant le gouvernement fédéral. En effet, il n'y a pas de gouvernement en tant que tel, car le gouvernement est constitué d'« institutions séparées partageant le pouvoir »⁴³. Le gouvernement est un processus plutôt qu'une institution. Aux États-Unis, le président est élu indirectement tous les quatre ans (renouvelable une fois) par le collège électoral, qui se dissout après l'élection, et les deux chambres du Congrès sont élues séparément par les électeurs des États (pour un mandat de six ans, dans le cas du Sénat) et par les électeurs des districts à l'intérieur des États (pour un mandat de deux ans, dans le cas de la Chambre des représentants). La séparation horizontale des pouvoirs signifie que le Congrès ne peut pas voter contre le Président (il peut le mettre en accusation pour des raisons constitutionnelles et non politiques) et que le Président n'a pas le pouvoir de dissoudre le Congrès, bien qu'un système complexe de *checks and balances* incite (ou devrait inciter) ces institutions à coopérer pour prendre des décisions. En Suisse, l'exécutif est une institution collégiale (un directoire, ou conseil fédéral, de sept membres) élue par les deux chambres de la législature fédérale (l'Assemblée fédérale étant composée du Conseil national, représentant les électeurs suisses, et du Conseil des États, représentant les cantons), mais (une fois élu) ne dépend plus de la confiance de ces dernières⁴⁴.

Il ressort de ces exemples que les unions fédérales ne pouvaient pas centraliser l'autorité, car la souveraineté est une question qui divise.

En raison de l'asymétrie des tailles démographiques des États/cantons et de leurs différentes identités nationales/culturelles, les unions fédérales ont mis en place un centre divisé en interne afin de réduire la possibilité qu'un État/canton (ou un groupe d'entre eux) prenne le contrôle et impose ainsi sa volonté aux autres États/cantons. La séparation horizontale des pouvoirs, combinée aux politiques limitées et énumérées assignées au centre fédéral, a réduit l'incitation à chercher des occasions de se soustraire à la règle partagée du centre. En outre, les États/cantons ont gardé (ou ont essayé de garder) les questions d'identité dans le domaine de leur souveraineté (aux États-Unis, les questions liées à l'« identité raciale » des États, en Suisse, l'identité religieuse des cantons). Une différenciation s'est donc développée entre les différentes règles d'autonomie des cantons/États, puisque chaque État/canton peut mener des politiques spécifiques dans les domaines de ses compétences, selon les préférences des électeurs ou des gouverneurs nationaux, dans le respect de la constitution de l'État/canton. Si une politique ne fait pas partie

de l'ensemble (limité) de règles partagées, un État/canton peut prétendre la gérer, bien que cela doive être justifié constitutionnellement (en effet, comme cela s'est produit aux États-Unis avec la politique des droits civils, cette justification pourrait devenir très contestée).

Aux États-Unis, la distinction entre les politiques de partage du pouvoir et d'autonomie a été remise en question par la croissance de l'exposition internationale du pays et sa complexité interne. Le développement spectaculaire des responsabilités publiques (depuis les années 1930 et surtout après la Seconde Guerre mondiale) a conduit à l'affirmation de ce que l'on a appelé « l'État politique »⁴⁵, caractérisé par un rôle croissant du centre sur les États fédérés (au point de configurer une sorte de fédéralisme coopératif⁴⁶), bien que la souveraineté des États ait continué à être protégée par la Constitution et les pratiques connexes. En effet, les États fédérés peuvent même se comporter comme des acteurs indépendants au niveau international, contredisant les décisions prises par les autorités fédérales (comme ce fut le cas en matière de politique environnementale, lorsque la Californie a décidé de participer à l'Accord de Paris de 2015 après que l'Administration Trump ait décidé de s'en retirer en 2017). Ainsi, la coopération requise par la mise en œuvre des politiques fédérales ne pouvait pas changer la logique internalisée de compétition et de conflit entre les niveaux de gouvernement séparés concernant « qui doit faire quoi »⁴⁷.

Les unions fédérales ont en outre limité constitutionnellement les capacités politiques du centre par une séparation horizontale des pouvoirs qui institutionnalise les pouvoirs des États/cantons (aux États-Unis, par un Sénat confédéral composé de deux sénateurs par État, quelle que soit sa taille démographique ; en Suisse, par le pouvoir de référendum que les citoyens des cantons peuvent utiliser pour voter sur des lois fédérales contestées). Les États fédéraux, au contraire, ont constitutionnellement renforcé le pouvoir du centre en élargissant le pouvoir partagé de leur gouvernement parlementaire, bien qu'atténué par la représentation fédérale des unités territoriales à la chambre haute. Dans les deux types de fédéralisme, il n'existe qu'un seul système de gouvernance constitutionnel pour gérer les politiques fédérales à règles partagées, bien que dans les unions fédérales, les électeurs élisent (directement ou indirectement) les représentants des institutions distinctes, alors que dans les États fédéraux, ils peuvent élire une majorité parlementaire.

Ainsi, les deux types de fédéralisme répondent de manière différente aux exigences de responsabilité d'un État fédéral démocratique. Leur cadre décisionnel unique, pour traiter des politiques de compétence fédérale, est

43. R. E. Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York : Free Press ; Oxford : Maxwell Macmillan International, 1991, 29.

44. A. Vatter, *Swiss Federalism: The Transformation of a Federal Model*, Routledge, 2018.

45. K. Orren, *The Policy State: An American Predicament*, Harvard University Press, 2017.

46. R. Schuetze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, 2009.

47. D.F. Kettl, *The Divided States of America: Why Federalism Doesn't Work*, Princeton University Press, 2020.

une contrainte pour le *democratie* dans les unions fédérales et favorable au *democratie* dans les États fédéraux.

L'UE en tant qu'union fédérale ?

Une union d'États fortement asymétriques sur le plan démographique, avec des identités nationales distinctes profondément enracinées, telle que l'UE, ne peut être fédéralisée selon le modèle de l'État fédéral, et seule une union fédérale semble donc possible. Mais l'expérience montre que les unions fédérales n'émergent pas d'une évolution organique, ni de la somme des solutions aux crises périodiques auxquelles l'union a dû faire face : les unions fédérales nécessitent un choix constitutionnel préalable de la part des élites politiques, qui sépare les domaines de compétence partagée (*shared rule*) des domaines de compétence autonome (*self-rule*), soutenue par le consentement des citoyens qu'elles représentent⁴⁸.

Dans une union fédérale, bien que les États membres aient leurs propres constitutions, les valeurs et les procédures de ces dernières doivent être cohérentes avec celles défendues par le pacte constitutionnel fédéral. Des interprétations nationales différentes des principes fondamentaux des libertés individuelles et de l'État de droit ne pourraient qu'empoisonner une union fédérale (comme l'a montré l'expérience dramatique de la guerre civile américaine, 1861-65). Le pacte constitutionnel ne pourrait soutenir la pluralité des souverainetés de l'union fédérale, plutôt que son caractère de souveraineté unique, que s'il existe une cohérence des valeurs entre ces souverainetés. Parce que la souveraineté est la question centrale, les unions fédérales sont des expériences très fragiles, systématiquement exposées à des conflits qui pourraient les perturber, et seule l'existence d'élites politiques prêtes à faire des compromis a sauvé les unions fédérales existantes de cette issue. Ici, la distinction nette entre les domaines de compétence partagée (*shared rule*) et domaines de compétence autonome (*self-rule*) est fondamentale : une union fédérale est une entité politique composée dans laquelle les unités nationales peuvent se différencier par leurs politiques autonomes, mais doivent participer de manière égale aux politiques de règles partagées du pouvoir fédéral⁴⁹.

Pour traiter les questions de souveraineté, les unions fédérales devraient élargir le nombre de politiques sous contrôle autonome (séparation verticale des pouvoirs) et séparer en interne les institutions régissant les politiques énumérées sous contrôle partagé (séparation horizontale des pouvoirs). Dans le cas de l'UE, ce modèle impliquerait le transfert des politiques énumérées relevant du PCE au niveau fédéral, mais aussi la dévolution des politiques supranationales/réglementaires inutiles au contrôle des autorités et des électeurs nationaux.

En même temps, au centre, les unions fédérales ne peuvent pas centraliser le pouvoir gouvernemental de la même manière que les États fédéraux. Ces derniers peuvent mettre en place un gouvernement parlementaire car ils n'ont pas de questions de souveraineté à régler. Dès que ces questions apparaissent (comme en Belgique ou au Canada, ou dans l'Espagne quasi-fédérale), le gouvernement parlementaire et sa volonté de fusionner les niveaux de gouvernement sont remis en question. Dans les unions fédérales, le centre devrait être organisé selon une forme de séparation des pouvoirs. Dans l'UE, il est injustifié de centraliser le pouvoir au Conseil européen ainsi qu'au PE. Une trêve constitutionnelle serait nécessaire entre le Conseil européen et le PE pour mettre en place un pouvoir exécutif unitaire indépendant des deux. En effet, le régime de gouvernance unique ne peut pas être organisé selon la logique de la fusion des pouvoirs (ou du gouvernement parlementaire), car cela augmenterait la crainte de désavouer les revendications de souveraineté des États membres, et ne peut pas non plus maintenir le caractère intergouvernemental actuel, qui a transformé ces revendications de souveraineté en incitations à accroître l'irresponsabilité des décideurs. Une séparation des pouvoirs permettrait de mettre en place un pouvoir exécutif indépendant à la fois des gouvernements nationaux (représentés par le Conseil européen) et de la chambre législative populaire (le PE), et lié à ces deux instances par des formes de *checks and balances*.

Par le passé, le modèle de la séparation multiple des pouvoirs a permis d'établir une union politique constituée d'États démographiquement asymétriques aux identités nationales distinctes. Toutefois, dans le cas de l'UE, ce modèle devrait être conçu de manière à permettre la formation de majorités populaires au sein des institutions européennes distinctes, afin de promouvoir la responsabilité des décideurs dans les domaines des politiques à compétence partagée (*shared rule*). En tout état de cause, la viabilité de l'union fédérale exigerait que les élites politiques des États partagent des valeurs fondamentales et soient disposées à faire des compromis sur les divisions d'intérêts.

Cette dernière condition n'est actuellement pas garantie dans l'UE, où certains gouvernements nationaux d'Europe de l'Est (comme ceux de la Pologne et de la Hongrie) contestent explicitement les valeurs fondamentales inscrites dans les traités, mettant ainsi en avant une identité constitutionnelle illibérale en désaccord avec la culture constitutionnelle libérale de l'UE. Une union fédérale ne pourrait pas survivre à un conflit entre des identités constitutionnelles alternatives. C'est pourquoi, si la division sur les valeurs constitutionnelles persiste, l'union fédérale devrait émerger du découplage de l'UE afin de séparer les États membres visant à construire « une union sans cesse plus étroite » de ceux qui ne souhaitent que participer à une union douanière⁵⁰. De nou-

48. R. L. Watts, *Comparing Federal Systems*, McGill-Queen's University Press, 2008.

49. S. Fabbrini, *Compound Democracies: Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford University Press 2010.

50. S. Fabbrini, *Europe's Future: Decoupling and Reforming*, Cambridge University Press, 2019, *op. cit.*

velles formes de coopération économique entre les deux groupes d'États pourraient alors être imaginées, même si le respect de l'État de droit doit également être garanti dans un simple marché commun.

Conclusion

Nous avons montré que, dans l'UE, l'ID a émergé en raison de l'intergouvernementalisation des politiques relevant du PCE. L'ID a été rendue possible par la différenciation des formes de gouvernance, en particulier par l'institutionnalisation d'un régime de gouvernance intergouvernemental basé sur la coordination volontaire. Alors que les politiques du marché unique reposent sur une parfaite acceptation de ses exigences légales par tous ceux qui en font partie, ce n'est pas le cas pour la participation aux politiques relevant du PCE. Le marché unique est régi par la loi (directives ou règlements), alors que les politiques relevant du PCE sont plutôt régies par une coordination volontaire. Laisser l'un ou l'autre État membre se retirer de l'une ou l'autre politique relevant du PCE a été le moyen stratégique d'eupéaniser des politiques cruciales soulevant des questions sensibles de souveraineté. Cependant, ce dispositif a également eu des conséquences peu attrayantes. Il a renforcé la logique intergouvernementale au détriment de la logique supranationale, au point d'institutionnaliser, au sein de l'UE, une union intergouvernementale, incarnée par la centralité décisionnelle acquise par le Conseil européen, dont la responsabilité politique est quasi inexistante.

Nous avons donc discuté d'une alternative fédérale à l'ID, capable de promouvoir l'intégration et de maintenir son caractère démocratique. Puisque l'ID est due à la nécessité d'accommoder les revendications de souveraineté, l'alternative fédérale ne peut pas s'approprier les caractéristiques d'un modèle d'État fédéral (où il n'y a pas de dilemme de souveraineté). Au contraire, en adoptant un modèle d'union fédérale, il est possible d'intégrer les revendications de souveraineté des États membres, tout en essayant d'assurer la responsabilisation des autorités fé-

dérales. Dans les unions fédérales, en effet, les politiques des domaines de compétence partagée (*shared rule*) (généralement les politiques relevant du PCE) sont gérées par un régime de gouvernance unique qui empêche toute domination, tandis que les politiques des domaines de compétence autonome (*self-rule*) sont laissées au contrôle de chaque État membre et peuvent être très différenciées. En outre, même en ce qui concerne les politiques relevant du PCE, les États membres peuvent conserver des ressources importantes sous leur propre contrôle. L'union fédérale est conçue pour décourager les pressions centrifuges des États membres craignant des menaces sur leurs prérogatives de souveraineté, grâce à une gouvernance fédérale organisée selon une logique de limitation du *demos*. Une logique qui a toutefois montré des limites cruciales, à savoir la difficulté non seulement d'identifier une majorité interinstitutionnelle responsable devant les électeurs, mais aussi d'empêcher les décisions unilatérales d'un État membre ou d'un groupe d'États membres de remettre en cause la cohérence constitutionnelle de l'union fédérale.

Les unions fédérales institutionnalisent une tension entre le centre et les États, car tous contribuent à la souveraineté de l'union. En effet, une union fédérale peut être définie comme une union souveraine d'États souverains, dans la mesure où les États membres sont souverains s'agissant des politiques spécifiquement énumérées (*self-rule*) et le centre est souverain s'agissant des autres politiques (*shared rule*). La frontière entre l'autonomie et le partage du pouvoir se déplace continuellement, ce qui nécessite une renégociation constante entre les deux niveaux de gouvernement et une attitude générale de compromis entre les élites opérant aux différents niveaux et leur partage des valeurs constitutionnelles de base. En conclusion, l'article a développé un argument théorique sur la plausibilité d'un modèle alternatif à l'ID pour intégrer les revendications de souveraineté des États membres de l'UE, montrant en même temps ses caractéristiques problématiques et sa fragilité systémique.



Signe Rehling Larsen • Enseignante-chercheuse en droit, Magdalen College, Université d'Oxford

Promesses et Périls de l'Europe

Depuis le traité de Rome de 1957, l'Union européenne s'est engagée à créer une « union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». Souvent présenté par la presse eurosceptique comme un engagement univoque en faveur d'une plus grande intégration, cet objectif constitutionnel fondamental de l'Union européenne est en réalité *équivoque*. D'une part, l'engagement implique l'expression claire d'un souhait d'*union* de la part des parties contractantes, de rassemblement des peuples européens dans une nouvelle entité politique européenne. Mais, d'autre part, il semble qu'il y ait des limites au degré d'unité que l'Union européenne est censée créer : l'union se fait entre les *peuples d'Europe*. En insistant sur la pluralité des peuples, l'objectif constitutionnel de l'Union européenne insiste sur le fait que, loin de dissoudre les États constitutifs de l'union, il s'agit de les préserver. Cette même idée est reflétée également dans la devise de l'Union européenne : *in varietate concordia* (ou « unie dans la diversité »). En d'autres termes, l'Union européenne n'est pas destinée à créer une nouvelle *unité* singulière qui rendrait superflues les communautés politiques précédentes. Comme l'expose Joseph Weiler : « Aussi étroite que soit l'Union, elle doit rester une union entre des peuples distincts, des identités politiques distinctes, des communautés politiques distinctes »¹.

L'objectif constitutionnel de l'Union européenne est parfois présenté comme l'une des raisons pour lesquelles l'Union européenne se distingue des autres fédérations. Pourtant, cette prétendue différence est exagérée. En effet, l'engagement en faveur de la création d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens est

l'expression de ce que le constitutionnaliste anglais de l'époque victorienne Albert Venn Dicey appelait le « sentiment particulier » dont naissent toutes les constitutions fédérales authentiques : le désir de vivre ensemble, sans pour autant être un ; et, en même temps, le désir de rester autonomes, sans être complètement séparés les uns des autres². Il faut bien que les habitants des États qui souhaitent se réunir dans une union fédérale le fassent sur la base d'un désir de *s'unir*, expliquait Dicey. Autrement, il n'y aurait manifestement aucun fondement pour constituer une union entre eux. Mais en même temps, ajoutait-il, ils ne sauraient désirer l'*unité*. Si tel était le cas, ce désir serait bien mieux réalisé sous une constitution unitaire plutôt que fédérale. Le sentiment particulier qui donne naissance aux unions fédérales est donc un désir d'*union* mais pas d'*unité* complète. « Le sentiment de partager des intérêts communs, ou le sentiment d'unité nationale », écrivait Dicey, « est peut-être trop fort pour permettre cette combinaison d'union et de séparation qui est le fondement du fédéralisme »³. Les unions fédérales d'États, comme l'Union européenne, poursuivent donc toujours un double objectif : la création d'une union sans cesse plus étroite (ou « plus parfaite ») et la préservation de l'autonomie et de la diversité des États membres⁴.

La doctrine de droit européen a toujours compris cela comme étant la *promesse* normative de l'Union européenne. Dans les années 1990 et 2000, l'Union européenne était présentée comme un modèle constitutionnel qui pouvait - et devait - être imité dans le reste du monde. La promesse constitutionnelle de l'Union européenne était de tempérer le nationalisme sans pour autant recréer ses vices à un « niveau supérieur », en évitant la création d'un nouveau « super État »⁵. De cette manière, les dangers réels ou imaginaires de la souveraineté pouvaient être tenus en échec : la souveraineté des États membres était limitée par le droit de l'Union européenne sans transfert complet de souveraineté au niveau européen. L'Union européenne⁶ annonçait un monde au-delà de l'État sou-

1. Joseph HH Weiler, 'Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg' in Kalyse Nicolaïdis et Robert Howse (dir.), *Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (Oxford University Press 2001) 67 (traduction libre).

2. Albert V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund 1982) 75. Pour approfondir la discussion sur la théorie constitutionnelle de la fédération, voir Olivier Beaud, *Théorie de la fédération* (Presses universitaires de France 2007) ; Christoph Schönberger, *Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht* (Mohr Siebeck 2005) ; Signe Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union* (Oxford University Press 2021).

3. Dicey (n 2) 76 (traduction libre).

4. Le but du fédéralisme, écrit Dicey (ibid. 76), est d'« incarner, dans la mesure du possible, ces deux sentiments » (traduction libre).

5. Joseph HH Weiler, « Europe: The Case Against the Case for Statehood » (1998) 4 *European Law Journal* 43 ; Jürgen Habermas, *Political Essays* (Polity en association avec Blackwell Publishers 2001). Voir également Jürgen Habermas, *The Crisis of the European Union - A Response* (Polity Press 2012).

6. Pour reprendre les termes mémorables de Neil MacCormick (« Beyond the Sovereign State » (1993) 56 *The Modern Law Review* 1, 16.), la souveraineté était « comme la virginité, qui peut, dans certaines circonstances du moins, être perdue à la satisfaction de tout le monde, sans que quelqu'un d'autre ne l'acquière » (traduction libre).

verain, une Europe d'États « post-souverains », pour reprendre l'expression de Neil MacCormick⁷.

Cela s'est manifesté par une forme distincte, et normativement supérieure, de discipline constitutionnelle : la « tolérance constitutionnelle », selon les termes de Weiler⁸. Selon ce dernier, alors que l'on disait aux peuples d'États fédéraux plus centralisés, comme le Canada, qu'ils étaient *contraints* d'obéir à l'autorité fédérale, les peuples de France, d'Italie et d'Allemagne étaient *invités* à obéir à l'autorité européenne : « Lorsque l'acceptation et la subordination sont volontaires et répétées, elles constituent un acte de véritable liberté et d'émancipation du fétichisme constitutionnel : une haute expression de la tolérance constitutionnelle »⁹. L'Union européenne, semblait-il, avait finalement donné tort à Thomas Hobbes : *covenants without swords could be more than just words* (les pactes sans épées peuvent être plus que de simples mots).

Dans les années 1990, bien évidemment, les plus hautes juridictions de plusieurs États membres ont sérieusement commencé à remettre en question le caractère absolu de la primauté du droit de l'Union européenne ainsi que l'autorité de la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne, ou CJUE) pour interpréter la validité et la portée du droit de l'Union européenne¹⁰. L'Union européenne n'était pas caractérisée par un monisme juridique mais plutôt par une pluralité d'ordres constitutionnels interdépendants et se chevauchant sans hiérarchie claire entre eux¹¹. C'est ce qu'illustrent les théories du « pluralisme constitutionnel », qui ont occupé une position dominante dans la recherche sur le droit européen au cours des décennies suivantes, à la fois comme diagnostic empirique et comme promesse normative. Les « dialogues » constitutionnels¹² entre la Cour constitutionnelle allemande et la CJUE dans les arrêts *Solange*¹³ (rendus

avant l'ère Maastricht) ont été largement perçus comme contribuant à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux au niveau de l'UE, et ont été présentés comme des exemples inspirants de ce qui s'apparente à une démocratie délibérative judiciaire¹⁴. La conversation entre les avocats et les juges dans les tribunaux européens conduirait à un monde éthiquement supérieur où les droits fondamentaux et l'État de droit bénéficieraient d'une plus grande projection au niveau national comme transnational.

Pourtant, ces dernières années, il est devenu clair que l'objectif constitutionnel européen d'une union sans unité, et l'architecture pluraliste constitutionnelle qui l'incarne, représentaient également un *péril* pour l'Union européenne. L'acceptation volontaire et la subordination des États membres au droit européen ont été mises à rude épreuve. La contestation de l'autorité de l'UE par les cours suprêmes et constitutionnelles des États membres s'est éloignée de l'incarnation judiciaire idéalisée de la démocratie délibérative pour se transformer en conflit ouvert, voire en crise. Dans un certain nombre d'affaires très médiatisées sur la réponse de la Banque centrale européenne à la crise de la zone euro, la Cour constitutionnelle allemande a ouvertement contesté la légalité des actions de la Banque centrale européenne sur la base des traités de l'UE et de la Constitution allemande, ainsi que l'autorité de la CJUE¹⁵.

Cette contestation a choqué *l'establishment* juridique, mais elle a été éclipsée par une récente décision du Tri-

7. MacCormick, « Beyond the Sovereign State » (n 6); Neil MacCormick, *Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (Oxford University Press 1999).

8. Weiler (n 1) 68 et suiv.

9. *ibid* 68 (*traduction libre*).

10. L'arrêt de principe est l'arrêt Maastricht de la Cour constitutionnelle allemande, *Brunner contre le traité sur l'Union européenne* (affaire 2 BvR 2134/92 et 2959/92 JZ 1993, 1100) [1994] 1 CMLR 57. La Cour constitutionnelle danoise a toutefois rendu un jugement similaire. Pour une discussion de ce point, voir Hjalte Rasmussen, « Denmark's "Maastricht-Ratification" Case: The Constitutional Dimension » (1997) 32 *Irish Jurist* (1966-) 77; Hjalte Rasmussen, « Denmark's Maastricht Ratification Case: Some Serious Questions about Constitutionality » (1998) 21 *Journal of European Integration*.

11. Neil MacCormick, « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now » (1995) 1 *European Law Journal* 259.

12. Matej Avbelj et Jan Komárek, (Hart Publishing Limited 2012). Pour un aperçu, voir Matej Avbelj et Jan Komárek, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart Publishing Limited 2012).

13. Affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Recueil 1970, p. 1125; *Re Wünsche Handelsgesellschaft* (22 octobre 1986) BVerfGE 73, 339.

14. Pour une discussion conceptuelle des cours constitutionnelles dans le cadre de la démocratie délibérative, voir Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2013).

15. C-62/14 *Gauweiler e.a.* [2015] ECLI:EU:C:2015:400; C-493/17 *Weiss e.a.* [2018] ECLI:EU:C:2018:1000; BVerfG, arrêt du Second Sénat du 21 juin 2016- 2 BvR 2728/13; BVerfG, arrêt du Second Sénat du 5 mai 2020- 2 BvR 859/15. Il existe plusieurs autres exemples récents de contestations de la primauté du droit de l'UE qui ont suscité des inquiétudes à Bruxelles. Par exemple, dans les arguments soumis au Conseil d'État dans l'affaire *French Data Network*, le gouvernement français a demandé que le Conseil d'État ignore l'arrêt de la CJUE *La Quadrature du Net* (voir, c-511/18 *La Quadrature du Net et autres* [2020] ECLI:EU:C:2020:791) sur le fondement d'un prétendu excès de pouvoir; si le Conseil d'État a rejeté l'argument, il a néanmoins affirmé clairement la primauté de la Constitution française sur le droit de l'Union européenne et s'est réservé le droit d'écarter tout règlement ou directive qui priverait de garanties effectives l'un des droits constitutionnellement protégés (voir, CE *French Data Network et al.* 21 avril 2021, nos 393099, 394922, 397844, 397851, 424717 et 424718). Un autre exemple est celui de la décision du 8 juin 2021 de la Cour constitutionnelle roumaine, qui reconnaît que les tribunaux nationaux sont compétents pour ignorer toute disposition de la législation interne qui serait contraire au droit de l'UE, en vertu de l'article 148 de la Constitution roumaine, mais qui déclare dans le même temps que la Constitution roumaine conserve sa primauté, en concluant que « un tribunal national n'a pas le pouvoir d'analyser la conformité d'une disposition de droit interne, déclarée constitutionnelle en vertu de l'article 148 de la Constitution, avec les dispositions du droit européen » (*traduction libre*) (voir, décision no. 309 de la Cour constitutionnelle roumaine du 8 juin 2021).

bunal constitutionnel polonais, qui a déclaré inconstitutionnels non seulement un acte de l'UE, mais aussi des dispositions fondamentales des traités eux-mêmes, ainsi que la primauté du droit de l'Union européenne¹⁶. Le Tribunal constitutionnel polonais vise spécifiquement l'article 1 du traité sur l'Union européenne (TUE), par lequel les États membres créent l'Union européenne, ainsi que l'article 4, paragraphe 3, du TUE sur la coopération sincère, qui contraint les États membres à remplir les obligations découlant des traités. En visant l'article 1 TUE, le Tribunal constitutionnel polonais met en cause les objectifs constitutionnels les plus fondamentaux de l'Union européenne, y compris l'engagement à poursuivre le processus de création d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens¹⁷.

Ces contestations ouvertement hostiles à l'autorité de l'UE se sont heurtées à une ferme opposition des institutions européennes. Ni la CJUE ni la Banque centrale européenne n'ont fait de concessions à la Cour constitutionnelle allemande¹⁸. En réponse à l'évolution de la situation en Pologne, la CJUE a imposé une indemnité journalière d'un million d'euros jusqu'à ce que le pays se conforme à ses obligations en vertu du droit de l'Union européenne¹⁹. La Commission européenne a lancé une procédure d'infraction contre la Pologne afin de protéger les juges polonais de tout contrôle politique ; elle a réaffirmé la primauté du droit de l'UE sur le droit national, y compris les dispositions constitutionnelles, et souligné le caractère obligatoire de tous les arrêts de la CJUE pour les autorités des États membres, y compris les tribunaux nationaux²⁰.

16. Tribunal constitutionnel polonais, décision du 7 octobre 2021, n° K 3/21.

17. Il convient de noter que la Pologne n'est pas le premier État membre à contester l'objectif constitutionnel d'une « union sans cesse plus étroite ». Dans l'accord de réforme de l'UE conclu pour maintenir le Royaume-Uni dans l'UE, mais rendu caduc par le *Brexit*, David Cameron a réussi à obtenir une clause de non-participation à l'« union sans cesse plus étroite », voir le Conseil européen, Conclusions de la réunion du Conseil européen, Bruxelles, 18-19 février 2016, EUCO 1/16, CO EUR 1, CONCL 1 <http://docs.dpaq.de/10395-0216-euco-conclusions.pdf> Maintenant que le *Brexit* est devenu réalité, nous ne saurons jamais ce que cela aurait signifié dans la pratique et si cela aurait, d'une manière ou d'une autre, fait une différence quant à la position constitutionnelle du Royaume-Uni dans l'UE.

18. La Banque centrale européenne a insisté sur le fait qu'elle est « exclusivement soumise à la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne et responsable devant le Parlement européen », voir le discours de la BCE, « Dans l'esprit de la coopération européenne », remarques introductives d'Yves Mersch, membre du directoire de la BCE et vice-président du conseil de surveillance de la BCE, lors du webinaire mondial de Salzbourg (webinaire mondial de Salzbourg, 2 juillet 2020) <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200702-87ce377373.en.html>

19. Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 192/21 Luxembourg, Ordonnance du 27 octobre 2021 du vice-président de la Cour dans l'affaire C-204/21 R Commission contre Pologne, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-10/cp210192en.pdf>.

20. Commission européenne, 'European Commission Reaffirms the Primacy of EU Law', 7 octobre 2021 : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142 consulté le 25 octobre 2021.

Le Parlement européen a également condamné cette contestation de la primauté du droit de l'UE ; il a déclaré que le Tribunal constitutionnel polonais était illégitime et inapte à interpréter la Constitution polonaise, et appelé le Conseil et la Commission à protéger d'urgence le peuple polonais et les citoyens de l'Union européenne²¹.

Au sein du monde universitaire, le consensus se détourne clairement du pluralisme constitutionnel, qui est de plus en plus présenté comme dangereux, pour se tourner vers l'affirmation d'un ordre juridique hiérarchique et moniste, avec la CJUE à son pinacle²². En soi, cependant, la dénonciation académique du pluralisme constitutionnel et le soutien au monisme juridique ont peu de chances de conduire à une résolution des difficultés constitutionnelles actuelles ou de leurs causes sous-jacentes. Le pluralisme constitutionnel²³, après tout, n'est pas seulement un « rêve normatif » mais aussi une analyse empirique de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne²⁴. Ce que l'on peut reprocher à juste titre aux pluralistes constitutionnels, c'est de ne pas s'être suffisamment penchés sur les fondements de la « tolérance constitutionnelle », qui étaient sans doute déjà en train de s'effiloche lorsque le concept a été inventé²⁵. Ce problème n'est aucunement propre à l'Union européenne. Il s'agit plutôt de l'un des problèmes constitutionnels les plus fondamentaux du fédéralisme. C'est particulièrement le cas dans les unions fédérales d'États relativement jeunes, où l'autorité fédérale tend à être contestée²⁶. La tolérance constitutionnelle n'est pas un cadeau inconditionnel du fédéralisme.

Toutes les fédérations, y compris l'Union européenne, naissent avec une tension ou une contradiction interne, qui découle de leurs deux finalités contradictoires²⁷. D'une

21. Parlement européen, 'Press Release: Poland: Constitutional Tribunal Is Illegitimate, Unfit to Interpret Constitution' (21 octobre 2021) ; <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211015IPR15016/poland-constitutional-tribunal-is-illegitimate-unfit-to-interpret-constitution> consulté le 25 octobre 2021.

22. Voir, par exemple, R Daniel Kelemen et Laurent Pech, 'The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism : Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland' (2019) 21 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 59 ; Federico Fabbrini, 'After the OMT Case : The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States The CJEU's OMT Decision' (2015) 16 *German Law Journal* 1003.

23. Comme l'élite politique de la première République américaine le reconnaissait, « aucun dispositif constitutionnel ou légaliste ne pourrait sauver la république, à moins que les forces réelles sous-jacentes ne soient maintenues en équilibre », voir John Fischer, 'Prerequisites of Balance' dans Arthur W MacMahon (dir), *Federalism : Mature and Emergent* (Doubleday & Company 1955) 63.

24. L'analyse de Neil MacCormick, par exemple, était avant tout empirique. Il a examiné et rejeté le monisme juridique dans l'Union européenne en se référant au « réalisme sociologique », voir MacCormick, 'The Maastricht-Urteil' (n. 11) 264.

25. Michael Wilkinson, 'Beyond the Post-Sovereign State? The Past, Present, and Future of Constitutional Pluralism' (2019) 21 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 6, 17.

26. Leslie Goldstein, *The European Union in Comparative Context* (Johns Hopkins University Press 2001).

27. Martin Diamond, 'The Ends of Federalism' (1973) 3 *Publius* 129.

part, les États membres rejettent l'option consistant à se regrouper sous une nouvelle constitution unitaire qui dissoudrait ses parties constitutives. En se rassemblant dans une union fédérale, les États membres visent au contraire à perpétuer leur propre existence politique et leur autonomie. C'est pourquoi une fédération est toujours de nature *conservatrice*, tournée vers le *passé* et soucieuse de préserver la *diversité* de ses États membres. D'autre part, une union fédérale naît de ce que les États membres rejettent le *statu quo* et décident de constituer entre eux une nouvelle union sans cesse plus étroite (ou « toujours plus parfaite »). Les fédérations, y compris l'Union européenne, sont donc toujours de nature *créatives* ; elles sont orientées vers l'*avenir* et s'engagent à protéger l'*unité* des États membres. Ainsi, une fédération est façonnée par deux forces - une centrifuge et une centripète - qui menacent toujours de la faire éclater²⁸.

L'engagement d'être « unis dans la diversité » est donc à la fois la *promesse et le péril de l'Union européenne*. Quelque peu paradoxalement, c'est la capacité des fédérations en général, et de l'Union européenne en particulier, à refléter la diversité qui constitue sa plus grande faiblesse constitutionnelle²⁹. L'engagement en faveur d'une autonomie et d'une diversité constitutionnelles authentiques permet l'émergence et la politisation de conflits au sein de l'ordre constitutionnel, que ce dernier n'est pas équipé pour résoudre de manière simple sans mettre en danger l'un de ses objectifs fondamentaux : soit l'engagement en faveur de l'unité, soit l'engagement en faveur de la diversité. Cette faiblesse devient manifeste si un (ou plusieurs) des États membres modifie *de jure* ou *de facto* sa constitution d'une manière adverse voire ouvertement hostile à la constitution de l'Union dans son ensemble. Une telle modification constitutionnelle peut-elle être tolérée ? La réponse à cette question est ambiguë. D'un côté, les États membres de l'Union européenne restent constitutionnellement autonomes, et pour cette raison, ont le droit de décider de leur propre avenir constitutionnel. De l'autre, l'Union ne peut permettre aux États membres d'exercer cette autonomie constitutionnelle d'une manière qui présenterait un danger pour l'unité et l'autonomie de l'ordre constitutionnel de l'Union dans son ensemble.

L'affaire polonaise actuelle en offre une bonne illustration. La structure constitutionnelle de l'Union européenne permet au gouvernement polonais, d'une part, de faire valoir que l'organisation de la justice est une affaire constitutionnelle interne, qui relève de la compétence exclusive des États membres³⁰. Il souligne que cela est reflété même

dans l'article 4, paragraphe 2, TUE, qui oblige l'Union à respecter les « l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ». D'autre part, selon la CJUE, les réformes constitutionnelles nationales qui portent atteinte à l'État de droit et à l'indépendance du pouvoir judiciaire constituent une menace directe pour la primauté, l'autonomie, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union. Pour cette raison, la juridiction polonaise de renvoi est tenue, en vertu du droit de l'UE, de laisser inappliqués les amendements nationaux qui représentent une telle menace, « qu'ils soient d'origine législative ou constitutionnelle ». De cette manière³¹, les réformes constitutionnelles dans les États membres sont entrées dans le champ d'application du droit de l'Union européenne. C'est en réponse aux arrêts de la CJUE que le Tribunal constitutionnel polonais a jugé que les dispositions fondamentales des traités de l'UE, ainsi que la doctrine de la primauté du droit de l'Union européenne, étaient incompatibles avec la Constitution polonaise.

Les conflits constitutionnels ouverts comme celui auquel nous assistons actuellement sont délétères pour les unions fédérales en général, et pour l'Union européenne en particulier, car ils sapent l'équilibre constitutionnel sur lequel reposent toutes les véritables constitutions fédérales. Pour anticiper et gérer de telles crises, les constitutions fédérales ont tendance à s'efforcer de circonscrire et de régir l'identité, la diversité et l'autonomie constitutionnelles de leurs États membres. Pour qu'une fédération reste stable, les États membres doivent être relativement homogènes sur le plan constitutionnel. Si l'« intérêt commun » ou le « sentiment national commun » peuvent être trop forts pour que le fédéralisme fonctionne, comme l'a fait remarquer Dicey, il reste qu'en matière de principes constitutionnels fondamentaux, les États membres doivent tout de même être substantiellement similaires. En ce qui concerne l'Union européenne, Jan Werner-Müller a clairement exprimé ce point de vue en affirmant que l'Union européenne « a toujours été synonyme de *pluralisme au sein de paramètres politiques communs* »³². En d'autres termes, la diversité qui peut être tolérée au sein de l'Union européenne - et des fédérations en général - est fortement limitée.

Les fédérations ont donc tendance à s'unir autour d'un projet constitutionnel commun. Dans le cas des États-Unis, les États étaient unis autour du projet de républicanisme révolutionnaire ; dans le cas des fédérations allemandes du XIX^e siècle, les *Länder* étaient unis autour d'un projet contre-révolutionnaire, qui visait à réaffirmer

28. Olivier Beaud (n 2) 279 et suiv. ; Signe Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union* (n 2) 105 et suiv.

29. Alain-G Gagnon, 'The Political Uses of Federalism' in Michael Burgess et Alain-G Gagnon (dir.), *Competing Traditions and Future Directions* (Harvard Wheatshaf 1993).

30. C-487/19 *W. Ż. () et des affaires publiques de la Cour suprême - nomination* [2021] ECLI:EU:C:2021:798 ; C-824/18 *A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)* [2021] ECLI:EU:C:2021:153 ; C-585/18 *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)* [2019] ECLI:EU:C:2019:982.

31. C-824/18 *A.B. et autres* (n. 30), paragraphe 150.

32. Jan-Werner Müller, « Protecting the Rule of Law (and Democracy!) in the EU: The Idea of a Copenhagen Commission » in Carlos Closa et Dimitry Kochenov (dir.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (Cambridge University Press 2016) 221, souligné dans l'original (*traduction libre*).

le pouvoir monarchique en Europe à la suite de la Révolution française et des guerres napoléoniennes. Le projet constitutionnel commun autour duquel les États membres de l'UE sont censés s'unir est le « constitutionnalisme de l'ordre des valeurs » et la « démocratie encadrée »³³. Ce projet constitutionnel « post-fasciste », qui a façonné la reconstruction de l'Europe après la Seconde Guerre mondiale, est né de l'expérience de l'entre-deux-guerres et de la Seconde Guerre mondiale et a représenté une nouvelle « étape » dans le développement historique du constitutionnalisme. Son objectif était de défendre et de protéger l'ordre constitutionnel libéral contre les menaces du retour de « l'extrémisme politique » de droite (fascisme) comme de gauche (communisme)³⁴. A un niveau plus fondamental, ce qui sous-tend ce projet constitutionnel est la peur du peuple et du pouvoir politique³⁵. Son objectif n'est pas tant de stabiliser l'exercice du pouvoir politique, que de le contraindre en permanence, voire de le réprimer. Il a donc renforcé le pouvoir des institutions indépendantes, en particulier celui des cours constitutionnelles, mais aussi celui des autorités de la concurrence et des banques centrales³⁶.

Dans ce projet constitutionnel, la constitution est envisagée comme une gradation, un ordre de valeurs, avec la dignité humaine à son sommet³⁷. Dans les traités de l'UE, cela est exprimé à l'article 2 du TUE :

L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

L'article 2 du TUE part du principe que les États membres de l'Union européenne sont relativement homogènes sur le plan constitutionnel. L'hypothèse sous-jacente est que tous les États membres partagent la même conception de la constitution en tant qu'ordre de valeurs, et que leurs valeurs constitutionnelles sont identiques ou au moins compatibles avec les valeurs constitutionnelles de

l'Union européenne. Comme l'a fait valoir la CJUE dans l'affaire *Associação Sindical Dos Juizes Portugueses*, il s'agit là du fondement même de la confiance et de la reconnaissance mutuelles entre les États membres, et en particulier entre les juridictions nationales³⁸. Si les identités constitutionnelles des États membres sont incompatibles avec l'article 2 TUE, il y a un conflit constitutionnel ouvert dans l'Union européenne, ce qui représente une menace fondamentale pour la persistance de la tolérance constitutionnelle.

L'Union européenne, comme c'est le cas pour d'autres fédérations, ne peut permettre aux États membres de conduire leurs affaires constitutionnelles d'une manière qui menace ou porte atteinte à l'ordre constitutionnel et à l'unité de l'Union. Il est donc nécessaire pour toute fédération, y compris l'Union européenne, de restreindre *de jure* l'autonomie constitutionnelle de ses États membres ou, du moins, de veiller à ce qu'elle ne soit pas exercée *de facto* de manière illimitée. En même temps, cependant, cette limitation ne peut être comprise comme une intrusion dans l'autonomie constitutionnelle des États membres. Cela porterait atteinte à l'engagement de l'Union envers la diversité et l'autonomie de ses États membres. L'autonomie constitutionnelle des États membres place donc l'Union européenne devant une énigme : comment l'Union peut-elle parvenir à un équilibre entre engagement pour l'unité et engagement pour la diversité quand l'autonomie et l'identité constitutionnelles de ses États membres sont en jeu ? Comment l'Union peut-elle limiter l'autonomie constitutionnelle de ses États membres sans que cela soit perçu comme une intrusion illégitime dans les affaires constitutionnelles internes des États membres ?

Une bonne façon de résoudre cette quadrature du cercle est de s'assurer que l'Union est comprise comme un moyen de *réaliser les projets constitutionnels* des États membres. De cette façon, la limitation nécessaire de l'autonomie constitutionnelle des États membres peut être comprise comme un moyen de réaliser leurs propres projets constitutionnels, et donc pas comme une intrusion injustifiée dans leurs propres affaires constitutionnelles. Le brillant argument avancé par les fédéralistes en faveur de la ratification de la Constitution des États-Unis de 1787 était que seule une « union plus parfaite » permettrait aux États de réaliser le républicanisme et l'esprit de la Révolution américaine³⁹. Selon eux, la souveraineté et un « système européen » d'États souverains mineraient le projet républicain. Pour cette raison, l'Union sauverait les États d'eux-mêmes en leur interdisant d'exercer un pouvoir souverain⁴⁰. L'Union, selon les fédéralistes, était un moyen de réaliser la forme républicaine de gouvernement *au sein des États* et, par conséquent, la limitation néces-

33. Jan-Werner Müller, *Political Ideas in Twentieth-Century Europe* (Yale University Press 2011); Martin Loughlin, « The Silences of Constitutions » (2018) 16 *International Journal of Constitutional Law* 922.

34. Signe Reihling Larsen, « The European Union as a "militant democracy" ? ». (ICourts Working Papers series 2021) <<https://papers.ssrn.com/abstract=3761791>> consulté le 22 janvier 2021.

35. Christoph Möllers, « 'We Are (Afraid of) the People': Constituent Power in German Constitutionalism » in Martin Loughlin et Neil Walker (dir.), *Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press 2008) ; Michael A Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe* (Oxford University Press 2021).

36. Hjalte Lokdam, 'Banking Sovereignty: The Political Theory of Central Bank Independence and the European Central Bank' (PhD, London School of Economics and Political Science 2020).

37. Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution* (Oxford University Press 2014).

38. C-64/16 *Associação Sindical Dos Juizes Portugueses* [2018]

ECLI:EU:C:2018:117, paragraphe 30.

39. Cathy D Matson et Peter S Onuf, *Political and Economic Thought in Revolutionary America* (University Press of Kansas 1990) 138.

40. Ibid

saire de l'autonomie constitutionnelle était un moyen de réaliser pleinement la constitution. Les États pouvaient accomplir leur destin républicain par le biais de l'Union⁴¹.

Dans l'Union européenne, le projet constitutionnel post-fasciste de « démocratie encadrée » a joué un rôle similaire. L'intégration européenne a été comprise comme un moyen de réaliser le projet constitutionnel de l'après-guerre au niveau national par la création d'un nouvel ordre européen interétatique « post-souverain » qui pourrait surmonter les dangers et les instabilités de l'État-nation. L'intégration européenne annonçait un « renouveau spirituel » pour une nouvelle génération d'Européens qui transcenderait les horreurs de l'État-nation. Cela apparaît particulièrement clairement dans les discours du premier chancelier de l'Allemagne de l'Ouest, Konrad Adenauer⁴² :

L'ère des États nationaux a pris fin. Chacun doit sentir qu'un changement s'est produit, qu'une époque a disparu et qu'une nouvelle ère s'ouvre, dans laquelle les hommes regarderont au-delà des frontières de leur propre pays et travailleront en coopération fraternelle avec les autres nations pour les véritables objectifs de l'humanité. Quiconque n'en prend pas conscience est une cause perdue. Cette tâche et la construction d'une Europe dédiée à ce but constituent une grande mission pour la jeunesse allemande. Et lorsque cette Europe, cette nouvelle Europe, sera construite, nos jeunes trouveront à nouveau la possibilité de mener une vie active et pacifique. En Europe, nous devons nous défaire de l'habitude de penser en termes d'États nationaux (...). Une ère de paix et de coopération n'apparaîtra que lorsque les idées nationalistes seront bannies de la politique. Ici, en Europe, nous avons fait un premier pas dans cette direction en élaborant des plans pour l'unité européenne.

En créant un nouvel ordre interétatique européen qui dépasse le monde de l'État-nation, le projet d'intégration européenne pourrait « verrouiller » les valeurs démocratiques libérales et les droits fondamentaux⁴³, ainsi qu'une économie de marché compétitive, et ainsi protéger les États membres des « dangers » d'un choix démocratique sans contraintes. L'ancrage au niveau de l'UE, de préférence en plus de l'ancrage dans les constitutions des États membres, pourrait permettre l'actualisation de la démocratie encadrée et du constitutionnalisme de l'ordre des valeurs tant au niveau national qu'au niveau européen. La limitation de l'autonomie constitutionnelle des États membres par le droit européen n'était pas perçue comme un problème tant qu'elle contribuait au projet constitutionnel global du constitutionnalisme de l'ordre des valeurs. Dans les affaires *Solange*, la Cour constitutionnelle allemande a donc estimé qu'il était constitutionnellement

admissible que le droit de l'Union européenne l'emporte sur le droit national, *pour autant que* les droits fondamentaux et la dignité humaine soient protégés par le droit de l'Union européenne d'une manière équivalente à la protection offerte par la Loi fondamentale allemande⁴⁴.

Si le projet constitutionnel de démocratie encadrée a exercé une forte influence dans bon nombre des principaux États membres, notamment l'Allemagne et l'Italie, ainsi que dans les États membres méditerranéens qui ont rejoint l'Union européenne dans les années 1980 après l'effondrement de l'autoritarisme - la Grèce, le Portugal et l'Espagne -, son influence dans les autres États membres est moins évidente. Comme je l'ai démontré ailleurs, les États membres de l'Union européenne se caractérisent par des « variétés de constitutionnalisme »⁴⁵. Cela s'explique par les diverses expériences historiques des États membres au cours du XX^{ème} siècle, ainsi que par les leçons constitutionnelles radicalement différentes tirées de l'effondrement de l'entre-deux-guerres, de la Seconde Guerre mondiale et de la Guerre froide. En d'autres termes, le constitutionnalisme européen n'est pas uniforme et les États membres ne sont pas constitutionnellement homogènes. Pour dire les choses simplement : bien que tous les États membres se décrivent comme des démocraties constitutionnelles, la démocratie n'y a pas une signification constitutionnelle uniforme.

Les États membres de l'Union européenne sont façonnés par *au moins* trois « variétés de constitutionnalisme » - le « constitutionnalisme post-fasciste », le « constitutionnalisme évolutif » et le « constitutionnalisme post-communiste » - chacune ayant une conception constitutionnelle différente de la démocratie⁴⁶. Alors qu'il est largement reconnu que le Royaume-Uni - et j'ajouterais les États membres scandinaves - est caractérisé par un « constitutionnalisme évolutif » dans lequel la démocratie est toujours comprise en termes *procéduraux*, reflétant l'équilibre de pouvoirs (c'est-à-dire la volonté de *Crown-in-Parliament*), la doctrine constitutionnelle a été moins attentive à ce qui distingue de nombreux États membres post-communistes des États membres « post-fascistes » comme l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. Les États membres post-fascistes ont tendance à considérer la montée de l'autoritarisme ou du fascisme comme étant un phénomène *endogène* : le fascisme est le produit

41. Ibid 141.

42. Konrad Adenauer, *World Indivisible - With Liberty and Justice for All* (George Allen & Unwin Ltd 1956) (*traduction libre*).

43. Andrew Moravcsik, « The Origins of Human Rights Regimes : Democratic Delegation in Postwar Europe » (2000) 54 *International Organization* 217.

44. C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) ; *Re Wünsche Handelsgesellschaft* (22 octobre 1986) BVerfGE 73, 33.

45. Signe Larsen, « Varieties of Constitutionalism in the European Union » (2021) 84 *The Modern Law Review* 477. Voir également Bruce Ackerman, « Three Paths to Constitutionalism - and the Crisis of the European Union » (2015) 45 *British Journal of Political Science* 705.

46. Signe Larsen, « Varieties of Constitutionalism in the European Union » (n 45). Il convient de noter que ces trois idéaux-types ne peuvent expliquer les développements constitutionnels de tous les États membres de l'UE. La France, par exemple, ne peut être comprise sur la base d'aucun de ces idéaux-types.

de l'effondrement interne de l'ordre constitutionnel. Les États membres post-communistes ont tendance à considérer, au contraire, leur expérience de l'autoritarisme ou du totalitarisme comme étant un phénomène *exogène* : le totalitarisme leur a été imposé par un empire étranger. Pour le dire en termes simples : les communistes ont toujours été « eux » et jamais « nous ». Contrairement aux États membres post-fascistes, les régimes post-communistes ne sont pas, pour cette raison, fondés sur une peur sous-jacente de leurs propres peuples.

Le projet constitutionnel que les États membres post-communistes aspiraient à actualiser en adhérant à l'Union européenne diffère donc de celui des États membres post-fascistes. Alors que les États membres post-fascistes ont activement cherché à surmonter les dangers de la souveraineté et du nationalisme par l'adhésion à l'UE au moyen d'une « démocratie militante transnationale »⁴⁷, les États membres post-communistes ont adhéré à l'Union européenne dans l'espoir de garantir leur statut d'États-nations souverains et de réaliser un projet constitutionnel centré sur la volonté souveraine de la nation. En d'autres termes, ils aspiraient à réaliser le monde que le constitutionnalisme post-fasciste aspirait à surmonter : une Europe d'États-nations souverains. Pour les États post-communistes, la souveraineté et le nationalisme n'étaient pas perçus comme des menaces existentielles pour la démocratie, mais au contraire comme des vecteurs de celle-ci. Pour les États post-communistes⁴⁸, le « retour à l'Europe » signifiait la libération nationale et le retour de la démocratie nationale souveraine. En raison de leur expérience d'États satellites de l'Union soviétique⁴⁹, souvent soutenus par des constitutions de façade, les États post-communistes étaient désireux d'éviter une nouvelle forme d'impérialisme par des moyens légaux.

La nation, et la démocratie nationale, devaient être protégées de toute influence extérieure. En règle générale, ils ne se sont donc pas considérés comme « ouverts » au droit international ou européen⁵⁰.

Dès le départ, le projet constitutionnel que de nombreux États membres post-communistes cherchaient à réaliser par leur adhésion à l'Union européenne était donc caractérisé par une contradiction fondamentale. L'adhésion à l'Union européenne était un moyen de réaliser la démocratie souveraine au niveau national. Pourtant, dans le même temps, l'adhésion à l'Union européenne entraînait une limitation de la souveraineté nationale dans la mesure où elle exigeait des nouveaux États membres qu'ils soient gouvernés comme des démocraties encadrées. Le droit de l'Union européenne a contraint les États membres post-communistes à être gouvernés conformément au constitutionnalisme post-souverain en limitant l'exercice du pouvoir politique.

Dans les États membres post-communistes, l'adhésion à l'Union européenne a donc toujours été considérée avec suspicion, comme un nouvel empire potentiel, une nouvelle menace pour la démocratie⁵¹. On peut y voir une raison importante de notre situation constitutionnelle actuelle.

Dans l'Union européenne, la démocratie est synonyme de démocratie encadrée. Pourtant, ce n'est pas le cas pour tous les États membres de l'Union européenne. Pour le dire de manière lapidaire, tous les ordres constitutionnels ne tiennent pas la démocratie pour une valeur constitutionnelle qui peut être mise en balance avec d'autres valeurs par une Cour constitutionnelle. Pour cette seule raison, il y a des limites à l'équilibre constitutionnel qui peut être atteint par l'emploi du constitutionnalisme de l'ordre des valeurs par les juristes et les juges européens. À un niveau plus fondamental, cependant, il est peu probable que les crises constitutionnelles profondes puissent être résolues par les tribunaux. Comme le soulignait Clinton Rossiter : « Si une difficulté peut être résolue par les juges, il ne s'agit probablement pas d'une crise »⁵².

47. Ulrich Wagnardl, « Transnational Militant Democracy » (2018) 7 *Global Constitutionalism* 143.

48. Wojciech Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe* (Oxford University Press 2012) 67 et suiv.

49. Timothy Snyder, « Memory of Sovereignty and Sovereignty over Memory : Poland, Lithuania and Ukraine, 1939-1999 » in Jan-Werner Müller (dir.), *Memory and Power in Post-War Europe* (Cambridge University Press 2002).

50. De nombreux pays d'Europe centrale et orientale, sinon la plupart, se sont dotés de constitutions mettant fortement l'accent sur la souveraineté « interne » et « externe » de la nation après la chute de l'Union soviétique, voir Anneli Albi, « Postmodern Versus Retrospective Sovereignty: Two Different Discourses in the EU and Candidate Countries? » in Neil Walker (dir.), *Sovereignty in Transition* (Hart Publishing 2003) ; Cesary Mik, « State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in a Polish Context » in Neil Walker (dir.), *Sovereignty in Transition* (Hart Publishing 2003).

51. Jan Zielonka, *The Nature of the Enlarged European Union* (Oxford University Press 2006).

52. Clinton Rossiter, *Crisis Government in the Modern Democracies* (Princeton University Press 1948) 9 (traduction libre).



Marlene Wind • Professeure à l'Université de Copenhague, Faculté de Sciences Politiques, et Professeure au iCourts, Faculté de Droit

La réaction contre le constitutionnalisme européen : pourquoi nous ne devrions pas suivre la contre-vague identitaire

52

En octobre 2021, la juge polonaise Agnieszka Niklas-Bibik a été suspendue de ses fonctions pour un mois, deux jours seulement après que la CJUE ait condamné la Pologne à une astreinte journalière d'un million d'euros. La sanction financière a été prononcée pour forcer la Pologne à suspendre le fonctionnement non-conforme de la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise, qui statue sur la poursuite des juges nationaux qui appliquent directement le droit européen¹. Niklas-Bibik est le huitième juge polonais contraint de se retirer après avoir rejeté la captation politique des tribunaux en Pologne en insistant sur son droit de donner plein effet aux arrêts de la CEDH et de la CJUE. Elle avait d'ailleurs pris la liberté de soumettre une question préjudicielle à la CJUE². Depuis l'affaire Niklas-Bibik, deux autres juges auraient été suspendus en vertu de la « loi muselière » et ils ne seront probablement pas les derniers. On comprend de cette histoire non pas seulement que l'État de droit et l'indépendance des tribunaux ne sont plus garantis en Pologne, mais aussi qu'il s'agit peut-être de l'incarnation d'un phénomène plus général de « déconstitutionnalisation », où les tribunaux nationaux, les juges et les hommes politiques s'éloignent de plus en plus de l'entente constitutionnelle européenne de l'après-guerre.

Selon le projet V-dem³, un institut qui surveille et suit les indices de démocratie dans le monde, nous faisons face depuis 2015 à un plus grand nombre de reculs que d'avancées dans la démocratisation. Cette évolution est reflétée au sein même de l'Union européenne elle-même, où la démocratie subit une pression croissante depuis les 10 à 12 dernières années.

1. Ordonnance du Vice-Président de la Cour dans l'affaire c-204/21 R Commission contre Pologne, 27 octobre 2021.

2. Voir plus : <https://ruleoflaw.pl/judge-niklas-bibik-suspended-for-applying-eu-law-and-for-asking-preliminary-questions-to-the-cjeu/>

3. Voir plus : <https://www.v-dem.net/en/news/trend-mobilization-autocracy/>

Dans ce qui suit, cet article s'intéressera aux phénomènes de déconstitutionnalisation en s'appuyant sur l'idée de vagues constitutionnelles avancée par Lustig et Weiler. Alors que ces derniers considèrent la révolte contre le constitutionnalisme et le contrôle juridictionnel comme une réaction compréhensible, je plaide pour le contraire, en particulier en ce qui concerne l'Europe. La réaction contre le constitutionnalisme européen est un signal d'alarme, et ne peut point susciter la réjouissance, ni être accommodée. La fragilité démocratique européenne est souvent ignorée et la complaisance - en particulier lorsqu'il s'agit de défendre notre ordre constitutionnel européen - est actuellement l'un de nos plus grands défis.

La théorie des vagues constitutionnelles

Dans leur article '*Judicial review in the contemporary world - retrospective and prospective*' (ou en français '*Le contrôle juridictionnel dans le monde contemporain - rétrospective et perspectives*')⁴, Lustig et Weiler présentent l'évolution du constitutionnalisme depuis la Seconde Guerre mondiale en trois vagues. La première vague a été l'adoption du contrôle juridictionnel, des droits de l'homme et le renforcement des tribunaux *au niveau national* en Europe et au-delà. Le constitutionnalisme, ou ce que Lustig et Weiler appellent « l'ontologie démocratique »⁵, avait un objectif important dans l'après-guerre : exercer un contrôle sur les parlements nationaux après les atrocités odieuses de la guerre, où des majorités sans bornes avaient plus ou moins les mains libres. Le constitutionnalisme et le contrôle juridictionnel en sont venus à représenter la notion même de ce que nous entendons aujourd'hui par État de droit⁶.

La deuxième vague décrite par Lustig et Weiler est étroitement liée et représente une utilisation croissante « des normes internationales en tant que droit supérieur dans les ordres constitutionnels nationaux »⁷. Il s'agit là de l'Europe de l'après-guerre, celle non seulement des traités fondateurs de l'UE et de la primauté du droit communautaire, mais également celle de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la CEDH. Soudain, les États (gouvernements, tribunaux nationaux et citoyens) ont commencé à concevoir ces régimes juridiques supranationaux comme étant des sources dotées d'autorité juridique et supplantant leurs propres règles et prérogatives. Cette histoire est bien connue, mais elle souffre de graves lacunes, car le constitutionnalisme était beaucoup moins répandu dans l'Europe du Nord que ce que laissent entendre les constitutionnalistes américains⁸.

4. D. Lustig et J.H.H. Weiler, 'Judicial Review in the Contemporary World - Retrospective and prospective', (2018) *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16 No. 2, 315-372.

5. Expression utilisée par Lustig et Weiler, voir D. Lustig et J.H.H. Weiler, 'Judicial Review in the Contemporary World - Retrospective and prospective', 316.

6. *Ibid*, 316.

7. *Ibid*, 319.

8. R. Hirshl, 'The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review' (2011) *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9 No 2, 449-469.

Toujours est-il que le constitutionnalisme européen fait aujourd'hui face à de sérieux défis. Un exemple parfait en est fourni par les réformes du fonctionnement de la justice mises en œuvre par le gouvernement polonais de droite contrôlé par le PiS⁹, où la suspension et la sanction des juges qui donnent pleine application au droit européen et interagissent avec la CJUE sont affaire courante. Lustig et Weiler considèrent que ce que nous voyons en Pologne et dans de nombreux autres endroits ces dernières années sont des incarnations de la « troisième vague » de contrôle juridictionnel ou de constitutionnalisme, mais on pourrait l'appeler plus précisément « la troisième vague de déconstitutionnalisation ». Cette troisième vague est décrite comme étant une réaction aux deux premières et pourrait même être vue comme une révolte contre le constitutionnalisme global qui, au cours des trente dernières années, a été salué par les juristes et les observateurs de tous bords¹⁰. Dans cette troisième vague, les tribunaux et gouvernements nationaux n'ont pas à rejeter toute forme de droit supranational d'un trait, mais nous sommes confrontés (en Europe également) à des tribunaux et gouvernements qui remettent de plus en plus en question les bornes posées par les cours internationales, en refusant de citer leur jurisprudence ou en leur soumettant de moins en moins de cas et questions préjudicielles¹¹. Nous voyons aussi soudainement des tribunaux nationaux qui exercent un « contrôle juridictionnel des décisions de gouvernance transnationale et internationale », ce qui, selon Lustig et Weiler, représente « un nouveau filon identitaire dans le discours constitutionnel »¹². Qu'est-ce que cela implique plus précisément ? Si les deux premières vagues ont défini les contours de la théorie constitutionnelle pendant des décennies, et notamment en Europe, nous assistons aujourd'hui à une poussée anti-constitutionnaliste où les tribunaux nationaux cherchent de plus en plus à regagner leur pouvoir par rapport aux normes internationales, en s'appuyant sur leurs propres constitutions et jurisprudences. On pourrait même parler d'une « politique identitaire constitutionnelle », car il s'agit souvent d'utiliser les traditions et la culture constitutionnelles en tant qu'arme politique contre le supranationalisme¹³.

L'exemple le plus évident en est la récente remise en cause de la primauté du droit européen par le Tribunal constitutionnel polonais faisant suite à la décision de la CJUE déclarant non-conformes les réformes de l'ordre judiciaire polonais et le fonctionnement de la chambre

disciplinaire de la Cour suprême polonaise¹⁴. A la suite de Lustig et Weiler, nous le constatons également dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande¹⁵, des bien connues affaires *Solange*, s'agissant des traités de Maastricht et de Lisbonne, jusqu'au récent arrêt en matière de PSPP (achat d'obligations d'État). D'autres exemples en sont fournis par des arrêts moins connus en Hongrie, en République Tchèque et au Danemark¹⁶.

Le rejet par le Tribunal polonais de la primauté d'importantes parties du droit européen en 2021 n'était cependant pas une révolte judiciaire « traditionnelle ». Il a été « ordonné » ou requis par le gouvernement PiS lui-même, ce qui le rend beaucoup plus inquiétant. L'offensive directe du gouvernement PiS contre l'ordre juridique européen a ainsi libéré le génie de la bouteille, servant d'inspiration bien au-delà des frontières polonaises. Tout d'un coup, non seulement des politiciens d'extrême-droite comme Marine Le Pen, Eric Zemmour ou Viktor Orban, mais aussi un politicien conservateur respecté comme Michel Barnier et la candidate à l'élection présidentielle française Valérie Pécresse¹⁷ ont commencé à remettre en question la primauté du droit européen. Une remise en cause similaire de la légitimité de la CJUE a été entendue au Folketing danois de la part du ministre danois de la justice, Nick Hækkerup, en novembre 2021¹⁸, lorsqu'il s'est moqué de la CJUE et de sa jurisprudence ainsi :

« Je pense qu'il y a un problème fondamental lorsque la CJUE crée du droit sans aucune légitimité démocratique. Ce ne sont que des juges. Pourquoi devraient-ils être autorisés à décider de ce que devrait être la loi au Danemark ? Pourquoi des personnes sans légitimité démocratique seraient-elles autorisées à décider de cela ? »¹⁹

Cela nous amène à l'Europe du Nord, où le constitutionnalisme, comme nous l'avons déjà mentionné, n'a jamais vraiment prospéré et où le majoritarisme est toujours en plein essor²⁰.

9. W. Sadurskim, *The Polish Constitutional Breakdown* (Oxford University Press 2019).

10. Voir A.-M. Slaughter, 'The Real New World Order' (Sep. - Oct., 1997), *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 5, 183-197.

11. Avec un co-auteur nous avons démontré empiriquement que les cours contrôlées politiquement évitent de soumettre des affaires à la CJUE. Voir J.A. Mayoral et M. Wind, 'Unleashed dialogue or captured by politics? The impact of judicial independence on national higher courts' cooperation with the CJEU' (2021) *Journal of European Public Policy*.

12. D. Lustig et J.H.H. Weiler, 'Judicial Review in the Contemporary World - Retrospective and prospective', 319.

13. M. Wind, *Tribalization of Europe - a defense of our liberal values* (Oxford: Polity 2020).

14. Ordonnance du Vice-Président de la Cour dans l'affaire c-204/21 R Commission contre Pologne, 27 octobre 2021.

15. D. Lustig et J.H.H. Weiler, 'Judicial Review in the Contemporary World - Retrospective and prospective', 355.

16. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>; voir aussi l'analyse de J. Komarek de l'affaire tchèque : <https://verfassungsblog.de/playing-matches-czech-constitutional-courts-ultra-vires-revolution/>; sur l'affaire Ajoas danoise, voir M.R. Madsen, H.P. Olsen, U. Sadl 'Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation' (2017) *European Law Journal*, Vol. 23, No. 2, 2017, 140-150; voir aussi K.E. Sørensen et U. Neergaard, 'Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the Ajos Case' (2017) *Yearbook of European Law*, vol. 36, no 1, 275-313.

17. Voir, 'EU court president warns European project is in danger', POLITICO, 13 déc 2021.

18. <https://www.ft.dk/samling/20211/almindel/EUU/samspm/G/index.htm>

19. Traduction libre de l'original danois.

20. Je m'appuie ici sur la distinction faite par R. Dworkin entre les démocraties majoritaires et constitutionnelles, voir R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press 1996).

Le renouveau de la question majoritaire

Lustig et Weiler décrivent à juste titre les deux premières vagues constitutionnelles comme des phénomènes parallèles manifestant l'acceptation nationale du contrôle juridictionnel et d'une idée plus abstraite d'un droit supérieur européen, à la fois issu de l'ordre juridique européen et la CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les auteurs ignorent toutefois (à l'exception d'une seule note de bas de page²¹) la manière dont l'Europe du Nord et le Royaume-Uni sont restés largement dans le camp majoritaire lorsqu'il s'agit de la première vague - le développement de tribunaux forts et d'un contrôle juridictionnel au niveau national²². Les pays de l'Europe du Nord ont continué à cultiver l'idée d'une souveraineté parlementaire (*sovereignty in parliament*) et n'ont pas créé de cours constitutionnelles dotées d'un fort pouvoir de contrôle - s'agissant du Royaume-Uni, il n'y avait même pas de Cour suprême avant 2009²³.

Quant à la deuxième vague, les pays de l'Europe du Nord ont formellement accepté la primauté du droit européen, mais principalement comme une condition à l'accession à l'Union. En ce qui concerne la CEDH, cet ensemble de normes était principalement perçu comme un instrument destiné à aider d'autres juridictions, et n'a donc été transposé en droit national secondaire qu'en 1992 ; jusqu'à ce jour, comme je le montre ailleurs, la CEDH demeure peu citée par les tribunaux nationaux²⁴.

Le constitutionnalisme et le contrôle juridictionnel n'ont jamais fait l'objet de débats publics ou ne serait-ce que d'une mention par les hommes politiques comme une conséquence nécessaire de l'adhésion à l'Union (ou à la CEDH) - ce qui est reflété dans l'attaque plutôt maladroite du ministre danois de la justice contre la légitimité de la CJUE (citée ci-dessus)²⁵. En raison du dégoût inhérent et persistant pour tout contrôle juridictionnel de la législation nationale, les tribunaux scandinaves ont également été réticents lorsqu'il s'est agi de soumettre des questions préjudicielles à la CJUE²⁶. L'explication en est assez simple. Étant donné que le dialogue avec la CJUE par le biais des renvois

préjudiciels²⁷ constitue une forme de contrôle de conformité par la petite porte (et ce par une cour « étrangère » située en dehors des liens de l'État-nation), ni les juges ni les fonctionnaires du ministère de la justice (ni les hommes politiques d'ailleurs) n'ont encouragé cette pratique. Les Scandinaves ont donc soumis très peu d'affaires et sont rarement intervenus dans les affaires portées devant la CJUE par le biais des procédures orales ou écrites au cours de quatre - cinq premières décennies²⁸. Au niveau national, la Cour suprême du Danemark n'a annulé qu'une seule fois en 172 ans (depuis que le Danemark s'est doté d'une constitution en 1849) une décision prise par le Parlement²⁹ ; en Finlande et en Suède, le contrôle juridictionnel était explicitement interdit dans les constitutions nationales jusqu'au début des années 2000. Au Danemark, nous enseignons encore plus ou moins explicitement aux étudiants en droit et en sciences politiques qu'il n'y a « personne au-dessus » du Folketing danois³⁰. Cette position est similaire à la conception britannique de la souveraineté parlementaire, qui rendait très difficile l'assimilation de l'idée d'un droit supranational, ce dont le Brexit témoigne parfaitement³¹. Il n'est probablement pas surprenant que le Royaume-Uni et le Danemark aient tenté de reprendre le pouvoir à la Cour de Strasbourg lors des présidences du Conseil de l'Europe des deux pays en 2012 et 2018 respectivement, dans leurs Déclarations de Brighton et Copenhague³². Les droits de l'homme doivent être « ramenés à la maison », selon leurs dires, et ne peuvent pas être laissés à l'appréciation de tribunaux supranationaux³³.

Lustig et Weiler, mais aussi Ran Hirshl³⁴, soutiennent que la réticence des pays nordiques à l'égard du supranationalisme et des organismes supranationaux non étatiques est un excellent exemple de la manière dont les démocraties qui fonctionnent bien peuvent prospérer sans constitution-

21. Voir note de bas de page n° 10 dans D. Lustig et J.H.H. Weiler, 'Judicial Review in the Contemporary World - Retrospective and prospective'.
22. Voir, J. E. Rytter et M. Wind, 'In need of Juristocracy: the silence of Denmark in the development of European legal norms' (2011) *International Journal of Constitutional Law*, Volume 9, Issue 2, 470-504; et M. Wind, 'Do Scandinavians Care about international law? A Study of Scandinavian Judges Citation Practice to International Law and Courts' (2016) *Nordic Journal of International Law* 85, 281-302.
23. <https://www.supremecourt.uk/about/history.html>
24. J. Christoffersen et M. R. Madsen, 'The End of Virtue? Denmark and the Boomerang of the Internationalization of Human Rights'. Sur les références à la CEDH et à la jurisprudence la Cour, voir Wind 2016 fn.24.
25. M. Wind, 'The Hesitant European? The Constitutional Foundation of Denmark's EU Membership and Its Material Reality', à paraître in S. Griller, L. Papadapoulou, R. Puff (dir.), *Member States' Constitutions and EU Integration*.
26. M. Wind *et al.*, 'The Uneven Legal Push for Europe' (2009) *European Union Politics*, 63-88.

27. M. Wind, 'The Nordics, the EU and the Reluctance towards supranational judicial review' (2010) *Journal of Common Market Studies*; M. Wind *et al.*, 'The Uneven Legal Push for Europe' (2009) *European Union Politics*, 63-88; S. Larsen, 'Varieties of Constitutionalism in the European Union' (2021) *The Modern Law Review*, Volume 84, Issue 3, 477-502.
28. S. Larsen, 'Varieties of Constitutionalism in the European Union'.
29. M. Wind, 'Who is afraid of European Constitutionalism', in C. Franzius, F. C. Mayer et J. Neyer (eds), *Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert. Neue Ordnungen von Recht und Politik; Recht und Politik in der Europäischen Union, Band 4* (NOMOS 2015).
30. C. Friisberg, *Ingen over eller ved siden af Folketinget I-II* (Syddansk Universitetsforlag 2007). Voir aussi, H. Palmer Olsen, *Magtfordeling* (Djøf Forlag 2005).
31. M. Wind, 'Why the British Conception of Sovereignty Was the Main Reason for Brexit - And Why the British 'Leave-Vote' May End Up Saving rather than Undermining the EU' (2017) *Centro Studi sul Federalismo Research Paper*. CSF-SSSUP Working Paper Vol. 2017 No. 3
32. https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf ; https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf
33. Voir, M. Wind, *The Tribalization of Europe - a defense of our liberal values*, (Polity 2020).
34. R. Hirshl, 'The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review'.

nalisme, ni contrôle juridictionnel³⁵. Selon Lustig et Weiler, les Scandinaves ont en outre un sens aigu du *demos*, ce qui fait défaut aux entités supranationales et à la réglementation internationale, comme l'a également fait valoir la Cour constitutionnelle allemande. A cela, on peut ajouter qu'ils accordent une énorme importance à l'ethnicité et à l'homogénéité de la population, avec très peu d'espace pour la diversité. Pour des raisons historiques, les tribunaux nationaux ne considèrent pas non plus qu'il leur incombe de contrôler les actions de l'État au nom de chaque citoyen individuel. Il est donc possible de problématiser l'idéalisation implicite du majoritarisme, qui néglige facilement ses inconvénients, notamment les intérêts des minorités. Ce qui est également rarement mentionné ou discuté, c'est la manière dont cette position nordique anti-constitutionnaliste a impacté l'assimilation du droit international, puisque les tribunaux - comme mentionné ci-dessus - citent rarement les sources internationales et renvoient très peu d'affaires à la CJUE, en privant ainsi les citoyens des protections solides dont ils auraient pu bénéficier³⁶. Bien évidemment, la question est de savoir si la position majoritaire et anti-constitutionnaliste qui existe depuis des siècles dans les pays Scandinaves (et au Royaume-Uni) a inspiré les illibéraux de l'Europe centrale et orientale, qui plaident également pour que la majorité puisse gouverner sans aucun contrôle par les tribunaux.

La prophétie identitaire

Malgré les cas isolés des pays Scandinaves et du Royaume-Uni, la manière dont la plupart des Européens ont assimilé au cours des six dernières décennies le droit et les normes supérieures fut à bien des égards révolutionnaire³⁷. Mais cette voie était loin d'être inévitable, et pourrait bien changer à l'avenir.

Bien que la perspective de Lustig et Weiler soit globale et ne se concentre pas spécifiquement sur le cas de l'Union européenne (l'article ayant été rédigé avant que la crise constitutionnelle de l'UE n'atteigne son paroxysme en 2021), ils semblent néanmoins sympathiser avec le tournant majoritaire-identitaire. Leur argument principal est que le constitutionnalisme global est perçu par beaucoup comme ayant une « perspective réductionniste de l'individu »³⁸, tandis que l'enracinement du citoyen dans sa propre société et ses propres normes culturelles est beaucoup plus important que prévu et n'est donc pas pris suffisamment au

sérieux. La question importante maintenant est de savoir si cela est vrai et, dans l'affirmative, comment y répondre.

Je ne pourrai pas répondre à ces questions (pertinentes) dans le cadre de ce bref essai ; mais une question importante est de savoir si une telle perspective pourrait être sainement transférée dans un contexte européen. Devrions-nous, en d'autres termes, laisser la logique identitaire pénétrer le constitutionnalisme européen - ce dont nous sommes déjà témoins dans certaines parties de l'Union ? À mon humble avis, tout rejet du constitutionnalisme européen fondé sur une logique identitaire serait extrêmement dangereux et aurait des répercussions pour tous bien au-delà de ses pires protagonistes. Cela reviendrait en réalité à dire adieu à l'Union telle que nous la connaissons et à la cohésion du marché intérieur, et très probablement aussi aux valeurs libérales communes qui sont encapsulées dans les traités, l'acquis communautaire et notre histoire commune d'après-guerre.

Suivant Lustig et Weiler, la troisième vague représente cependant plus qu'un simple tournant identitaire. Il s'agit également d'une réaction raisonnable à un ordre volontairement démocratiquement non responsable et sans possibilité d'appel.

« Dans la mesure où le droit international n'est pas légitimé démocratiquement, la force d'attraction des institutions internationales, tant sur le plan empirique que sur le plan normatif, serait affaiblie... Il n'y a pas d'appel - contrairement à l'exigence traditionnelle que les décisions judiciaires soient susceptibles d'appel... Si cette analyse a du mérite, il est facile de voir comment elle alimente, et se nourrit d'un discours social et politique de « reprise en main » si puissant dans une variété de manifestations de la politique contemporaine... »

Néanmoins, en Europe le droit européen est légitimé démocratiquement et peut être modifié par les organes législatifs de l'UE agissant de concert. En revanche, le rejet unilatéral de l'ordre juridique européen ou l'insistance de maintenir l'équilibre national des pouvoirs incarne une logique identitaire sans compromis, qui non seulement renvoie le droit européen dans les cordes, mais élève la constitution nationale (polonaise dans ce cas) à une position supérieure à celle de l'entente constitutionnelle européenne communément acceptée. Alors que la Cour constitutionnelle allemande a, à de multiples reprises, reproché à l'UE de ne pas être assez démocratique et d'accomplir des tâches qui ne lui avaient pas (encore) été confiées, la révolte à laquelle nous assistons en Pologne est différente. Il ne s'agit pas de vouloir conférer plus de pouvoirs et de légitimité démocratique au niveau de l'UE afin qu'elle puisse mieux (et légalement) remplir ses missions. Il s'agit au contraire d'une volonté souverainiste et identitaire de relever le pont-levis et de rejeter tout exercice commun de la souveraineté européenne.

35. *Ibid.*

36. J. Christoffersen et M. R. Madsen, 'The End of Virtue? Denmark and the Boomerang of the Internationalization of Human Rights' (2011) *Nordic Journal of International Law* 80(3); voir aussi, M. Wind, 'Do Scandinavians Care about International Law? A Study of Scandinavian Judges Citation Practice to International Law and Courts' (2016) *Nordic Journal of International Law* 85(4), 281-302. Sur ce point, voir aussi J. E. Rytter et M. Wind, 'In need of Juristocracy: the silence of Denmark in the development of European legal norms'.

37. Voir, J.H.H. Weiler 'A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors' (1993-1994) 26 *Comp. Pol. Stud.* 510; 'The Transformation of Europe' (1991) *Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (1991), 2403-2483.

38. *Ibid.*, 369.



Bruno Lasserre • Vice-Président du Conseil d'État¹

Les juges nationaux et la construction européenne : unis dans la diversité

56

Le rôle déterminant joué par la Cour de justice de l'Union européenne dans la construction européenne est, à juste titre, souvent mis en avant.

Comme l'écrivait le premier président de la Commission de la Communauté économique européenne, Walter Hallstein, la Communauté, et dorénavant l'Union n'a en effet « pas de pouvoir direct de coercition, pas d'armée, pas de police. Son unique instrument, sa seule arme, c'est le droit qu'elle fixe » ; avant d'ajouter : « sa mission serait au plus haut point menacée et, en définitive, mise en échec, si cet unique moyen de mettre en œuvre les objectifs communautaires perdait son caractère obligatoire et uniforme dans tous les Etats »².

Dans ces conditions, la Cour de justice a légitimement pu s'estimer investie d'une mission particulière qui l'a très tôt conduite à affirmer, dans le silence des traités, les principes d'effet direct³ et de primauté⁴, qui répondent à cette exigence inhérente au projet européen de s'assurer que l'Union ne s'enlise pas dans un système aux applications excessivement aléatoires ou contingentes. Elle a également défini les contours de cet ordre juridique spécifique, autonome et intégré qu'est l'Union européenne et qui, dans ses rapports avec ceux des Etats membres, répond à une logique originale, différente de celle qui domine traditionnellement les rapports entre le droit international et les droits nationaux⁵.

Puis, à compter des années 2000, à la faveur de l'extension des compétences de l'Union, de l'élargissement du

champ d'application de son droit, de l'apparition de la citoyenneté européenne ou encore de la consécration de la Charte des droits fondamentaux, la Cour de justice a poursuivi son œuvre créatrice en faisant s'épanouir ce que l'on pourrait appeler une « Europe des droits et des valeurs », dont les implications s'étendent aujourd'hui bien au-delà de la sphère économique initialement visée par les pères fondateurs.

La Cour a donc été, en grande partie grâce à une forme d'activisme dont on n'a jamais cessé de l'accabler, l'un des principaux moteurs de l'intégration européenne.

Ceci ne doit toutefois pas faire oublier le rôle tout aussi déterminant dévolu aux juges nationaux. Gardienne des traités, la Cour de justice fixe certes l'interprétation qu'il y a lieu de donner au droit de l'Union, mais son action serait réduite à néant si ces derniers n'étaient pas là pour garantir son effectivité. Ce sont en effet eux qui sont chargés, en vertu d'une sorte de « subsidiarité juridictionnelle »⁶, de l'appliquer aux litiges concrets dont ils sont saisis et de faire vivre, sur le terrain, les logiques de prééminence et d'intégration qui se trouvent au cœur de la construction européenne. Il convient d'ailleurs de souligner que la très grande majorité des décisions rendues par la Cour le sont à l'initiative des juridictions nationales qui ont décidé de faire usage de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Mais les juridictions des Etats membres ne sont pour autant pas de simples exécutants subordonnés, dans une logique hiérarchique et verticale, à une parole venue d'en haut. D'une part, en tant que juges de droit commun du droit de l'Union, ils sont aussi ceux qui sont au premier chef confrontés aux difficultés que peut poser l'application de ce droit sur le terrain. D'autre part, en tant qu'ils sont aussi les gardiens de l'ordre constitutionnel national dont ils tirent leurs pouvoirs et leur légitimité, les juges nationaux doivent prévenir les « conflits de primauté » qui menacent toujours de s'élever, en élaborant des mécanismes à même d'assurer une articulation harmonieuse entre les ordres juridiques des Etats membres et de l'Union. Dans un cas comme dans l'autre, ils peuvent régler ces difficultés soit spontanément, soit en les faisant remonter à la Cour et en lui donnant ce faisant les moyens, lorsqu'ils l'estiment opportun, d'enrichir ou d'infléchir sa jurisprudence. Il s'agit là d'une fonction essentielle car la tension entre unité et diversité, qui est le sel de la construction européenne, exige toujours, pour être dépassée, un véritable dialogue et non pas l'édiction de solutions unilatérales qui se trouveraient souvent, de ce seul fait, dénuées de pertinence et donc vouées à l'échec.

Les tensions qui ont récemment émaillé les relations entre la Cour de justice et certains juges nationaux, dont plusieurs, tels le Tribunal constitutionnel polonais, n'ont pas hésité à frontalement remettre en cause l'autorité du

1. Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.
 2. Intervention à la session de juin 1965 du Parlement européen, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 1965, p. 250.
 3. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.
 4. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64.
 5. R. Dehousse, « L'Europe par le droit : plaidoyer pour une approche contextuelle », *Politique européenne*, 2000/1, n° 1, p. 63.

6. D. Simon, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *Revue des affaires européennes*, 1998, spéc. pp. 84-85.

droit de l'Union, invitent à cet égard non pas à s'interroger sur l'essence du projet européen mais à réfléchir aux moyens de renforcer ce dialogue et l'écoute réciproque sur laquelle il doit être fondé ; et à réaffirmer le caractère essentiellement collectif de l'œuvre à laquelle contribuent, ensemble, la Cour et les juges nationaux.

Je propose ainsi d'exposer brièvement la manière dont les juges nationaux, en particulier le Conseil d'Etat, se sont progressivement imposés comme des acteurs centraux de la construction européenne (1), avant d'évoquer quelques pistes de réflexion qu'il me semble utile d'explorer afin d'approfondir encore le dialogue qu'ils entretiennent avec la Cour de justice de l'Union européenne (2).

1. Les juges nationaux garantissent l'effectivité du droit de l'Union tout en veillant à son articulation harmonieuse avec leurs normes constitutionnelles

1.A Les juges nationaux ont progressivement abandonné leurs réticences initiales à l'égard de la pénétration du droit communautaire dans leurs sphères juridiques internes pour assumer pleinement leur mission de juges de droit commun du droit de l'Union.

Ces réticences étaient dues, à n'en pas douter, au caractère révolutionnaire de l'affirmation du principe de primauté, qui est venue bouleverser la conception que se faisaient alors beaucoup de juges de leur rôle dans la séparation des pouvoirs, tout en heurtant leur attachement à une hiérarchie des normes au sommet de laquelle se trouve la norme constitutionnelle⁷. A l'aube de la construction européenne, une conception minimaliste du rôle du juge ordinaire prévalait en effet dans la plupart des Etats membres : il n'était que l'organe de la loi et de la loi seule, dont il ne pouvait contrôler la conformité à la Constitution ni à aucune autre norme supérieure. L'« extérieur » restait pour sa part l'apanage exclusif des pouvoirs législatif et exécutif. On comprend dans ces conditions la Cour de cassation belge ou le Conseil d'Etat français se rangeant derrière la théorie de la loi-écran pour refuser de sanctionner la primauté et l'effet direct du droit communautaire⁸. Dans les systèmes dualistes, ce même minimalisme conduisit la Cour constitutionnelle italienne à juger qu'une violation du droit communautaire engageait certes la responsabilité de l'Etat sur le plan international, mais « n'enlè[ait] pas à la loi qui s'y oppos[ait] son plein effet »⁹.

La pleine supériorité du droit européen sur les lois nationales a toutefois été progressivement reconnue par l'ensemble des juges nationaux, à la faveur d'une profonde transformation de leur office¹⁰.

7. J.-M. Sauvé, « Le renouvellement du droit administratif sous l'influence du droit européen », *Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Dalloz, 2019, p. 511.

8. CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat des fabricants de semoule*, Lebon 149.

9. Cour constitutionnelle italienne, 24 février 1964, *Costa c/ ENEL*.

10. D. Simon, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 481.

En France, cette première étape fut rapidement franchie par la Cour de cassation¹¹, quelques mois seulement après que le Conseil constitutionnel se fut estimé incompétent pour contrôler la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France¹². Le Conseil d'Etat mit plus de temps à lever ses réserves, mais il s'y résolut finalement au regard de l'importance acquise par le droit européen dans l'ordre interne, de l'exigence de cohérence juridique et des jurisprudences concordantes sur ce point des différentes cours constitutionnelles et juridictions suprêmes européennes. Dans la brèche ouverte par sa décision *Compagnie Alitalia*¹³, il reconnut ainsi coup sur coup la complète primauté des traités¹⁴, des règlements¹⁵ et des directives communautaires¹⁶ sur toutes les dispositions législatives et réglementaires internes.

Une deuxième étape consista ensuite à tirer les conséquences de ces premières décisions pour approfondir l'intégration du droit européen dans l'ordre interne. Lorsqu'une loi lui est contraire, il imposa par exemple à l'administration de refuser d'en prendre les actes d'application¹⁷. Il lui fit également obligation de cesser d'appliquer, à l'expiration du délai de transposition, tant les règles écrites que les principes non écrits de droit interne incompatibles avec les objectifs d'une directive non transposée¹⁸. Il exigea par ailleurs du gouvernement qu'il fasse usage de la procédure de « délégalisation » de l'article 37 de la Constitution toutes les fois qu'une disposition législative empiétant sur le domaine réglementaire le méconnaît¹⁹. Le Conseil d'Etat reconnut en outre la primauté des principes généraux du droit de l'Union européenne²⁰ et conféra sa pleine portée aux décisions de la Cour de justice rendues à titre préjudiciel, même lorsqu'elles procèdent de questions posées par les juridictions des autres Etats membres²¹.

Le Conseil d'Etat acheva enfin, dans une troisième étape, de mettre en cohérence la jurisprudence administrative avec celle de la Cour de justice. Une série de décisions vint à cet effet combler les vides restants. S'agissant des directives non transposées, qui avaient par le passé donné lieu à des frictions avec la Cour, le Conseil d'Etat leur donna leur pleine portée en acceptant de contrôler

11. Cass. 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, 73-13-556.

12. Cons. Cont. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

13. CE, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052.

14. CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

15. CE, 9 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58567.

16. CE, 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France*, n° 56776.

17. CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthropologique et autres*, n° 195354.

18. CE, 6 février 1998, *Tête*, n° 138777 et 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-de-Barr*, n° 188239.

19. CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*, n° 164789.

20. CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n° 226514.

21. CE, 11 décembre 2006, *Société De Groot en Slot Allium B.V.*, n° 234560.

un acte administratif individuel au regard de leurs dispositions inconditionnelles et précises²². En matière de responsabilité, la jurisprudence de la Cour le conduisit à abandonner des solutions anciennes et solidement ancrées dans notre conception de la séparation des pouvoirs, en reconnaissant la possibilité d'engager la responsabilité l'Etat lorsqu'aussi bien la loi²³ qu'une décision de justice définitive²⁴ a méconnu le droit de l'Union.

Tous les juges des Etats membres ont, quoiqu'à des rythmes différents, suivi une trajectoire similaire en s'affirmant comme les premiers garants de l'effectivité du droit européen.

1.B Les juges nationaux ont également développé des mécanismes permettant de prévenir les risques de collision entre l'ordre européen et leurs ordres internes.

La construction européenne a en effet donné naissance à un pluralisme constitutionnel précaire, dans lequel les normes suprêmes des ordres juridiques nationaux et européen menacent constamment d'entrer en collision. Car d'un côté, l'Union européenne aspire légitimement, en tant qu'entité supranationale, à la primauté de l'ensemble de sa production normative sur les normes des Etats membres, y compris constitutionnelles, ce qui impose en théorie au juge national « d'assurer le plein effet du droit de l'Union en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition [nationale] contraire »²⁵. De l'autre, les juridictions nationales estiment toutes très logiquement que leurs constitutions priment dans l'ordre juridique interne : comme la soulignait Ronny Abraham, « dans l'ordre interne, tout procès de la Constitution (...) Cette suprématie est donc, aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des Etats, une vérité première et inconditionnelle »²⁶. Cette situation conduit à une « aporie normative »²⁷ puisqu'aucune solution n'est prévue pour déterminer qui, en cas de conflit, doit avoir le dernier mot. Dans ces conditions, les juges nationaux ont une responsabilité particulière, aux côtés de la Cour, pour éviter que le pluralisme européen ne se grippe et tourne à une « complète cacophonie »²⁸.

Plusieurs juridictions européennes ont à cette fin élaboré une « théorie de l'équivalence des protections » de nature à prévenir la plupart des conflits entre normes suprêmes, qui sont en particulier susceptibles de s'élever dans

les configurations où un acte interne - loi ou règlement - vient transposer, sans marge d'appréciation, une norme européenne, par exemple une directive. L'objectif est alors d'éviter que cet acte interne, dont la substance ne fait qu'un avec celle de la norme qu'elle transpose, soit confrontée à une garantie inscrite dans la constitution nationale. En vertu de la théorie de l'équivalence des protections, qui trouve son origine dans la décision *So Lange I* du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, le juge national doit alors, en premier lieu, rechercher s'il n'existe pas dans l'ordre européen une garantie équivalente - ce qui, en matière de droits et libertés fondamentaux, est très fréquent. Dans un tel cas, le juge « traduira » son contrôle de constitutionnalité dans l'ordre européen et contrôlera en priorité la conformité de l'acte interne en cause à la garantie européenne, en faisant le cas échéant intervenir la Cour de justice par le biais d'une question préjudicielle. La Cour européenne des droits de l'homme²⁹ et la Cour de justice de l'Union européenne³⁰ se sont elles-mêmes inspirées de ce mécanisme en créant réciproquement une présomption de garantie équivalente des droits fondamentaux entre le droit de l'Union et celui de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En France, le Conseil d'Etat se l'est approprié par sa décision *Arcelor* du 8 février 2007³¹. Mais il aussi consacré, dans sa décision *French Data Network*, l'autre face de ce raisonnement en permettant au défendeur, dans un litige où est mis en cause la conformité d'une norme nationale relevant du champ d'application du droit de l'Union à une directive ou un règlement européen, de faire valoir que cette « règle de droit national, alors même qu'elle est contraire à la disposition du droit de l'Union européenne invoquée dans le litige, ne saurait être écartée sans priver de garanties effectives une exigence constitutionnelle ». Il appartient dans ce cas au juge administratif « de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union européenne qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge de l'Union, garantit par son application l'effectivité de l'exigence constitutionnelle invoquée ». Dans l'affirmative, « il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse justifiant une question préjudicielle à la CJUE, d'écartier cette argumentation avant de faire droit au moyen du requérant, le cas échéant » ; à l'inverse, si « une telle disposition ou un tel principe général du droit de l'Union n'existe pas ou que la portée qui lui est reconnue dans l'ordre juridique européen n'est pas équivalente à celle que la Constitution garantit, il revient au juge administratif d'examiner si, en écartant la règle de droit national au motif de sa contrariété avec le droit de l'Union européenne, il priverait de garanties effectives l'exigence constitutionnelle dont le défendeur se prévaut et, le cas

22. CE, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348.

23. CE, 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

24. CE, 18 juin 2008, *Gestas*, n° 295831.

25. CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, C-106/77.

26. R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, 1989, p. 35.

27. C. Malverti & C. Beaufils, « L'instinct de conservation », *AJDA* 2021, 1194.

28. J. Baquero Cruz, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », *European Law Journal*, vol. 14, n° 4, 2008, p. 414, cité par C. Malverti & C. Beaufils, « L'instinct de conservation », art. cit.

29. CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, n° 45036/98.

30. CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi c/ Conseil*, C-402 et 415/05 P.

31. CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110.

échéant, d'écarter le moyen dont le requérant l'a saisi »³².

Dans un cas comme dans l'autre, le juge cherche donc au maximum à éviter les contrariétés entre le droit de l'Union et le droit interne. Mais dans les cas où la collision est inévitable, il se réserve la possibilité de faire prévaloir sa constitution sur le droit européen. C'est le sens du contrôle de « l'identité constitutionnelle », souvent perçu comme une menace brandie par les cours des Etats membres à l'égard de la Cour de justice. L'existence d'une telle contre-limite est justifiée compte tenu de la nature du pluralisme européen. Son activation n'est toutefois légitime qu'à condition que les juges nationaux jouent pleinement le jeu de la coopération et ne l'utilisent qu'en ultime recours : c'est le sens des efforts dont a fait preuve le Conseil d'Etat pour articuler la législation française sur la conservation des données de connexion au cadre européen. Une telle volonté de coordination ne semble toutefois pas partagée par tous les juges.

2. La coopération entre la Cour de justice et les juges nationaux gagnerait à être approfondie pour garantir la pertinence du droit de l'Union et la poursuite de l'intégration européenne

2.A Un dialogue des juges fondé sur la confiance et l'écoute réciproque est la première clé d'une coopération fructueuse

Compte tenu de la pluralité d'ordres juridiques, de sources du droit et de juridictions qui caractérise le système institutionnel européen, le dialogue des juges s'est rapidement imposé comme une nécessité³³. Ce dialogue peut être plus ou moins formel et prendre place dans des enceintes de discussion comme l'ACA-Europe, sous l'égide de laquelle ont par exemple été mises en place des bases de données comme Dec.Nat et Jurifast, qui centralisent respectivement les décisions rendues par les juridictions nationales en droit de l'Union et l'essentiel des questions préjudicielles transmises à la Cour. Ce dialogue passe aussi par l'extrême attention que portent les juges nationaux à la jurisprudence de Luxembourg et des autres juridictions des Etats membres, aussi bien lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union que lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes certes nationaux, mais qui se posent également dans d'autres pays.

Son principal canal reste toutefois la procédure de renvoi préjudiciel, prévue par les traités dans le but d'assurer une interprétation harmonisée du droit de l'Union. L'usage qu'en font les juges nationaux est un bon indicateur de la nature de la relation qu'ils entretiennent avec la Cour. A cet égard, on peut se réjouir, en premier lieu, que les juridictions nationales aient très tôt joué le jeu de la question préjudicielle, leur nombre n'ayant cessé d'augmenter au moins jusqu'au début des années 2000.

L'exemple du Conseil d'Etat est parlant de ce point de vue, puisqu'il a renvoyé 18 questions entre 1970 et 1999, 86 de 2000 à 2015, et entre 10 et 13 en 2016, 2017, 2018 et 2019. Ces chiffres témoignent globalement d'une réelle volonté de coordination de la part des juges nationaux.

On observe pour autant, en deuxième lieu, que les juridictions des Etats membres, lorsqu'elles recourent à la procédure de renvoi préjudiciel, s'inscrivent aujourd'hui dans une logique bien davantage partenariale que hiérarchique, dans laquelle est pleinement affirmée leur qualité de juges de droit commun du droit de l'Union. Cela se vérifie, d'une part, dans la marge d'appréciation qu'ils veillent à conserver quant à l'opportunité de renvoyer ou non une question à Luxembourg. Dans sa jurisprudence *CILFIT* de 1982³⁴, la Cour avait adopté une position particulièrement restrictive, consistant à exiger que lui soient transmises toutes les questions pour lesquelles une réponse ne s'impose pas avec « une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Sans doute justifiée à une époque où toutes les juridictions des Etats membres n'avaient pas encore complètement endossé leurs responsabilités découlant de l'intégration européenne, cette jurisprudence l'est beaucoup moins aujourd'hui. On comprend à cet égard que la plupart des juges nationaux aient refusé de l'appliquer strictement, ainsi qu'en atteste une récente note commandée par la Cour de justice³⁵. On comprend moins bien, en revanche, que sa grande chambre n'en ait tiré aucune conséquence lorsque l'occasion lui a été donnée, il y a très peu de temps, de réévaluer les critères *CILFIT*³⁶. Les juges nationaux sont conscients du rôle qui leur échoit dans la construction européenne, ils connaissent le droit de l'Union et sont souvent les mieux placés pour résoudre les difficultés que peut poser son application, si bien que comme le notait mon collègue Jean-Denis Combrexelle, il me semble qu'aujourd'hui, « l'équilibre institutionnel et sans doute la sagesse commandent de ne pas cantonner le rôle des cours suprêmes à celui de l'interprétation de l'évidence ».³⁷

Ce surcroît d'autonomie qui devrait être laissé au juge national apparaît au demeurant d'autant plus opportun que le temps du renvoi préjudiciel correspond de moins en moins à celui de la justice sur le terrain, qui ne cesse de s'accélérer. Il faut généralement entre un et deux ans pour que la Cour examine une question préjudicielle, ce qui pose un problème évident de synchronisation qui n'est pas pour rien dans les hésitations que peut ressentir le juge national avant de s'adresser à elle. En comparaison, le succès de la question prioritaire de constitutionnalité

32. CE 21 avril 2021, *French Data Network*, n° 393099.

33. V° B. Genevois, « Dialogue des juges ou confrontation sous-jacente ? », in *La Concurrence des juges en Europe. Le dialogue des juges en question(s)*, Ed. Clément Juglar, 2018, p. 19.

34. CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit e.a.*, 283/81.

35. Note de recherche sur l'application de la jurisprudence *Cilfit* par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit-fr.pdf>).

36. CJUE, 6 oct. 2021, C-561/19.

37. J.-D. Combrexelle, « Sur l'actualité du "dialogue des juges" », *AJDA*, 2018.

tient en grande partie au délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu de statuer. Au-delà de la question de l'autonomie des juridictions nationales, la Cour ne pourrait-elle mieux distinguer les affaires justifiant une procédure accélérée, qu'il s'agisse de celles posant des questions particulièrement sensibles ou ne justifiant pas l'examen le plus approfondi, de celles soumises à la procédure normale ? Une procédure préjudicielle d'urgence³⁸ a certes été créée en 2008, mais elle ne parvient manifestement pas à répondre effectivement à l'accélération du temps judiciaire. Ne pourrait-on pas, par ailleurs, imaginer que la Cour puisse intervenir en tant qu'*amicus curiae* devant des juridictions nationales lorsque se pose une question d'interprétation du droit de l'Union ? Une réflexion me semble indispensable pour résoudre ce problème temporel.

Quoi qu'il en soit, la logique partenariale à l'œuvre évoquée plus haut s'exprime, d'autre part, dans l'attitude « décomplexée »³⁹ des juges nationaux, qui revêtent aussi bien les habits d'un « interlocuteur zélé » lorsqu'ils cherchent, par le renvoi préjudiciel, à maximiser la portée des principes d'effet direct et de primauté⁴⁰, que ceux de « l'interlocuteur proactif » qui, par les questions qu'ils posent, cherche à orienter ou à faire évoluer la jurisprudence de la Cour. Cette attitude est le signe de la maturité des juridictions nationales qui, en tant que juges de droit commun du droit de l'Union, contribuent non seulement à son application, mais aussi à son élaboration. Le dialogue parfois rugueux engagé avec la Cour par le Conseil d'Etat au sujet de la conservation des données de connexion en est une parfaite illustration : en donnant à la Cour les moyens de préciser sa jurisprudence *Tele2 Sverige*⁴¹ afin de tenir compte de ce qu'est la réalité du renseignement et des enquêtes pénales en France et dans beaucoup d'autres pays, le Conseil d'Etat a souhaité participer activement à la définition d'un cadre juridique européen protecteur, réaliste et efficace. Il l'a fait en écartant résolument la logique d'opposition, voire de rupture à laquelle l'appelait le gouvernement, qui lui demandait de réaliser un contrôle de l'*ultra vires*, privilégiant la seule voie constructive à ses yeux, c'est-à-dire celle du dialogue. Sa décision *French Data Network*⁴² vient ainsi nourrir la réflexion de la Cour mais aussi, plus largement, celle qui s'est engagée en vue de l'élaboration du nouveau règlement appelé à remplacer la directive « e-privacy »⁴³ de 2002.

38. Cette procédure est actuellement prévue par l'article 23 bis du Statut de la Cour et l'article 104 ter du Règlement de procédure de la Cour (RP).

39. G. Odinet & S. Roussel, « Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexés », *AJDA*, 2017.

40. Cette attitude se constate par exemple dans les décisions du Conseil d'Etat *Arcelor* précitée et *Jacob* du 31 mai 2016, n° 393881.

41. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, C-203/15.

42. CE, 21 avril 2021, *French Data Network*, préc.

43. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Il convient de souligner à cet égard que les tensions qui opposent la Cour au juge national viennent fréquemment d'un problème de textes avant d'être un problème de jurisprudence. La directive « e-privacy », élaborée à une époque où l'on était loin d'imaginer la place que prendraient les données de connexion dans nos sociétés, est notoirement obsolète. La directive sur le temps de travail de 2003⁴⁴ n'envisage pas suffisamment la situation des militaires dans certains Etats comme la France. La tentation des Etats est alors de demander aux juges nationaux ou à la Cour de réparer ces textes défectueux. Mais n'est-ce pas davantage aux politiques de se mettre autour de la table pour les renégocier ? En reportant sur les juges une telle responsabilité, on sème les ferments de la discorde.

2.B Un usage renouvelé du principe de subsidiarité et de la notion de marge nationale d'appréciation pourrait à cet égard permettre d'apaiser les tensions récemment constatées entre les juges européens

On ne peut fermer les yeux sur la crispation - quand il ne s'agit pas d'une franche hostilité à la Cour et à l'Union - dont témoignent certaines décisions rendues ces derniers temps par des juridictions nationales. Je pense par exemple à la mise en œuvre positive du contrôle de l'*ultra vires* par les juridictions constitutionnelles tchèque⁴⁵, danoise⁴⁶ ou allemande⁴⁷, et bien sûr à la récente décision du Tribunal constitutionnel polonais⁴⁸, qui a donné lieu çà et là à des commentaires délétères en plus d'être juridiquement erronés. Sur ce point, il convient d'être clair : que les constitutions nationales priment dans les ordres internes des Etats membres ne saurait signifier que ceux-ci puissent méconnaître, à la faveur de dérives autoritaires, les principes fondamentaux de l'Etat de droit inscrits en tête des traités. Lorsque de tels principes sont ouvertement bafoués, c'est l'honneur des institutions de l'Union, notamment la Cour, d'adopter l'attitude la plus ferme. Les accuser de sortir de leur mandat et de faire preuve d'une excessive rigidité est dans un tel cas dangereux et relève d'une particulière mauvaise foi.

Ces décisions nous rappellent toutefois que les juges nationaux restent en définitive libres d'appliquer ou non le droit de l'Union, et qu'autant qu'ils ont été jusqu'aujourd'hui des artisans incontournables de la construction européenne, ils pourraient être, demain, les ouvriers de sa déconstruction. Un cas comme celui de la Pologne appelle assurément une réponse politique à laquelle la Cour ne peut pas grand-chose. Mais dans beaucoup d'autres cas, face à l'emprise croissante du droit de l'Union qui, rappe-

44. Directive 2003/88/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

45. Ustavní soud, 31 janv. 2012, Pl. US 5/12, *Pensions slovaques*.

46. Højesteret, 6 déc. 2016, aff. 15/2014, *Dansk Industri [DI]*, agissant pour *Ajos / Succession Rasmussen*.

47. BverfG, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, *Programme d'achats d'obligations souveraines PSPF*.

48. Décision K 3/21 du 7 octobre 2021.

lons-le, résulte avant tout des choix politiques sur lesquels se sont accordés les Etats membres, il est probable que les juges nationaux se montrent d'autant plus coopératifs qu'une certaine souplesse leur sera laissée dans son interprétation et son application. Il est vrai qu'en certaines matières, notamment économique, l'application uniforme du droit de l'Union est indispensable. Dans d'autres, en particulier celles relevant du troisième pilier, le cadre commun de l'Union peut par contre s'accommoder de certaines divergences sans que cela revienne pour autant à remettre en cause l'exigence d'uniformité.

Ceci pourrait passer, d'une part, par une meilleure reconnaissance de ce que la Cour ne dispose pas d'un monopole d'interprétation sur le droit de l'Union. Une telle reconnaissance reviendrait en premier lieu à accepter ce qu'est déjà en partie, par la force des choses, la réalité du partage des rôles entre la Cour et les juges nationaux. Elle donnerait en deuxième lieu toute sa portée à l'esprit du deuxième paragraphe de l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, qui lui impose de respecter « l'identité nationales [des Etats membres], inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Elle sanctionnerait enfin la position particulière des juges nationaux qui sont tenus de faire preuve de déférence à l'égard de l'Union mais aussi, pour des motifs de légitimité démocratique évidents, des arbitrages opérés par leurs propres législateurs. Répondant au pluralisme constitutionnel, le « pluralisme interprétatif » qui en résulterait serait ordonné autour d'une éthique partagée, en vertu de laquelle les juges ne s'autoriseraient à s'écarter de la jurisprudence de la Cour que pour de solides considérations dûment motivées⁴⁹.

Symétriquement, la Cour pourrait d'autre part s'inspirer davantage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'impose « de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité, dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques »⁵⁰. Elle module dans cet esprit la marge d'appréciation qu'elle laisse aux Etats en fonction de l'importance des droits en cause et du consensus qui existe ou non, à un moment donné, sur la portée qu'ils convient de leur conférer. Il est vrai que le droit issu de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui repose sur l'interprétation jurisprudentielle de principes à la fois très généraux et plastiques, s'y prête davantage que le droit de l'Union, en particulier le droit dérivé, qui devient de plus en plus précis, détaillé et descriptif, y compris dans les modalités selon lesquelles les Etats peuvent utiliser telle ou telle option ouverte par le texte. Une telle approche pourrait toutefois être envisagée par la Cour de justice dans les matières relevant du troisième pilier, ainsi que lorsque sont en cause certains équilibres entre droits et libertés fondamentaux qui, la plupart du temps, sont intimement liées aux traditions politiques, juridiques et culturelles des Etats.

Ces pistes de réflexion doivent être explorées, je le crois, pour qu'au prix d'une encoche mineure dans le principe d'uniformité du droit de l'Union, les désaccords éventuels des juges soient perçus comme une richesse et non une menace, et qu'ils poursuivent ensemble, unis dans la diversité, leur œuvre commune au service d'une Union toujours plus forte.

49. Voir pour ces considérations C. Malverti & C. Beaufrils, « L'instinct de conservation », art. cit., *in fine*

50. CEDH, 23 juillet 1968, « *Affaire linguistique belge* », n° 1474/62 ; CEDH 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11, § 154.



Etienne Pataut • Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), IRJS

La nationalité étatique au défi du droit de l'Union

62

Dans le sens précis qui est le sien en droit français, la nationalité est le « lien juridique et politique, défini par la loi d'un État, unissant un individu au dit État »¹.

Cette précision permet de mesurer tout ce qu'il y a d'incongru à s'interroger sur les liens entre nationalité et Union européenne, la réponse la plus évidente étant, de prime abord : aucun. L'Union européenne n'étant pas un État, elle ne saurait avoir de « nationalité » ; n'ayant pas de compétence en la matière, elle ne saurait non plus avoir d'influence sur le droit étatique de la nationalité. Les Traités ne disent pas autre chose², on y reviendra.

Il reste que la nationalité n'est pas un concept purement abstrait ; le lien de droit qu'elle représente a en effet une fonction, celle de décrire une appartenance à la population constitutive d'un État et d'en tirer des conséquences juridiques.

Sous cet angle, la nette distinction entre le domaine de l'État et celui de l'Union se brouille. L'Union confère en effet des droits particuliers aux ressortissants des États membres, droits qui ont progressivement pris une telle importance qu'a émergé le concept de « citoyenneté européenne » désormais logé à l'article 20 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »). Selon les termes bien connus de cette disposition :

« Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

1. Vocabulaire Cornu, v° Nationalité ; dans un sens proche, v. par ex. P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 00.02.

2. V. notamment la Déclaration jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, JOCE n° C 1992, 191, p. 98, réaffirmant au moment même de la création de la citoyenneté européenne, la compétence exclusive des États en matière de nationalité.

A la seule lecture des traité, la citoyenneté européenne ne pourrait certes être qu'un véhicule commode pour rassembler divers droits, dont la liste est donnée par le traité lui-même. Il reste que le discours sur la citoyenneté et le contenu même de cette liste (droit de vote, droit à la protection diplomatique, droit de pétition auprès du parlement européen et bien sûr liberté de circulation) ne peuvent que semer le doute. Les droits en cause, en effet, sont incontestablement des prérogatives majeures et symboliques, qui sont fréquemment attachées à l'appartenance à une collectivité politique déterminée, caractéristique de la nationalité. En ce sens, la dynamique de la citoyenneté européenne est bien proprement politique et potentiellement riche d'extensions futures³.

La tentation serait alors forte de voir dans la citoyenneté européenne une « pré-nationalité », une nationalité en devenir, ayant vocation à prendre sa pleine mesure si l'Union devait se diriger vers un fédéralisme plus achevé.

Il faut toutefois résister à cette tentation.

Outre que le devenir fédéral de l'Europe n'est, pour dire le moins, nullement tracé, la citoyenneté européenne, en dépit de son importance, est loin d'avoir acquis une ampleur suffisante pour pouvoir prétendre, aujourd'hui comme demain, remplacer la nationalité étatique.

Il n'en reste pas moins que dans la mesure où la nationalité étatique - qui reste de la compétence exclusive de chaque État - est la clé d'entrée dans ce statut spécifiquement européen - créateur de droits propres et indépendants des droits nationaux - la question de l'articulation entre les deux ne peut manquer de se poser. C'est ainsi que, progressivement, ont émergé des directives proprement européennes en la matière, rétroagissant à leur tour sur le droit purement étatique de la nationalité.

L'articulation des compétences progressivement dévoilée par la Cour (1) a eu ainsi un important impact sur le régime de la nationalité, dont témoigne aujourd'hui l'importante controverse relative aux programmes de vente de la nationalité (2).

1. Compétence étatique et compétence européenne

Il ne fait absolument aucun doute que l'accès à la nationalité relève du droit national. La compétence étatique exclusive est régulièrement réaffirmée en Europe, y compris par le juge européen (A). Il reste que l'irruption des droits fondamentaux et du contrôle de proportionnalité font peu à peu évoluer cette solution (B).

1.A. L'exclusivité

A première vue, il s'agit presque d'une occasion man-

3. Sur ces points, v. part. les importants ouvrages de V. Révillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques - Le cas de la citoyenneté européenne*, Institut Varenne, 2018 et S. Ganty, *L'intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021.

quée que l'affaire *Rottmann*⁴, où la Cour s'est refusée à considérer qu'était contraire à l'article 17 CE (devenu 20 TFUE) l'effet conjugué de deux droits de la nationalité risquant de conduire à l'apatridie.

Était en cause en l'espèce la situation d'une personne de nationalité autrichienne. Partie pour l'Allemagne, elle demanda et obtint la nationalité allemande, ce qui eut pour conséquence, en vertu du droit autrichien, de lui faire perdre sa nationalité autrichienne. Peu de temps après, toutefois, il est apparu que l'intéressé avait dissimulé l'existence de poursuites pénales dont il faisait l'objet en Autriche. Considérant qu'il y avait là une fraude, les autorités allemandes décidèrent alors de lui retirer la nationalité récemment octroyée. Le résultat de la combinaison des lois allemandes et autrichiennes était donc de rendre apatride M. Rottmann et, dès lors, de lui faire perdre sa qualité de citoyen de l'Union. Perplexe sur la compatibilité d'un tel résultat avec les dispositions du droit européen, les autorités allemandes saisirent la Cour d'un recours en interprétation. Deux questions étaient posées, la première pour savoir si le droit européen s'opposait à un tel résultat ; la seconde pour savoir comment adapter les droits étatiques de la nationalité en cas de réponse positive.

Contrairement à sa tenace et justifiée réputation d'audace, la Cour s'en est tenue à une solution d'apparence très prudente, selon laquelle « le droit de l'Union, notamment l'article 17 CE, ne s'oppose pas à ce qu'un État membre retire à un citoyen de l'Union européenne la nationalité de cet État membre acquise par naturalisation lorsque celle-ci a été obtenue de manière frauduleuse à condition que cette décision de retrait respecte le principe de proportionnalité ».

À première lecture, il semble donc bien qu'un État puisse retirer librement sa nationalité à un individu, même lorsque ce retrait le prive aussi de sa qualité de citoyen de l'Union. Cette solution peut, certes, paraître un peu en retrait ; elle s'explique toutefois par la compétence exclusive des États en matière de nationalité.

Ainsi que l'affirme la Cour, « selon une jurisprudence constante, la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre » (point 39).

Tout, il est vrai, y incitait. Le traité CE alors applicable, tout d'abord, qui liait, et lie toujours, strictement nationalité et citoyenneté, en affirmant qu'est citoyen de l'Union « toute personne ayant la nationalité d'un État membre » (article 17 CE). L'article 20 TFUE renforce encore cette compétence étatique exclusive en affirmant que la citoyenneté « s'ajoute [et non plus « complète »] à la

citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Incontestablement, l'octroi de la citoyenneté de l'Union relève d'une décision qui ne lui appartient pas : celle-ci va de pair avec la nationalité d'un État membre.

La répartition des compétences est donc très claire : au droit de chacun des États de déterminer ses propres nationaux ; au droit de l'Union le soin d'en tirer des conséquences quant à la citoyenneté de l'Union. La solution européenne ne semble donc présenter aucune spécificité par rapport au principe de compétence étatique exclusive en matière de nationalité posé par le droit international public⁵, que la Cour de justice a d'ailleurs déjà eu l'occasion de transposer à l'Europe⁶.

Il reste que si l'affaire Rottmann a fait tant de bruit, c'est bien parce que cette réaffirmation de la compétence exclusive a été assortie d'une précision qui ouvre un grand espace de débat⁷.

1.B. La proportionnalité

La compétence exclusive n'implique nullement que la Cour, comme l'y invitaient certains États intervenus à la procédure, devait purement et simplement s'abstenir de tout contrôle. Comme elle le rappelle, « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États n'empêche pas que, dans ces situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier » (point 41)⁸. Valable dans de nombreux domaines du droit, l'affirmation trouve à s'appliquer en droit de la nationalité, comme la Cour avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de l'affirmer⁹. Or, le droit de l'Union est bien affecté par la décision allemande, dans la mesure où le retrait de la nationalité fait perdre à l'intéressé sa qualité de citoyen de l'Union soit, son « statut fondamental » au regard du droit de l'Union. Dès lors, comme l'affirme la Cour (point 48), si le *principe* de la compétence exclusive ne saurait être remis en cause, il n'en reste pas moins que ses *modalités d'exercice*, elles, pourraient porter atteinte au droit de l'Union.

4. CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Rottmann c. Freistaat Bayern*. Sur cet arrêt, v. part. J. Heymann, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de l'Union européenne », *Europe*, Juin 2010, n° 7.

5. Paul Lagarde, *op. cit.*, n° 11.21.

6. CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90.

7. V. Part. J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2010, 427 ; S. Corneloup, « Réflexions sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI* 2011, 491 et S. Bariatti, « Multiple Nationalities and EU private international law », *Yearbook of PIL*, 2011, p. 1.

8. La solution est classique. Ainsi en matière fiscale, où la Cour utilise une formule devenue un standard jurisprudentiel : « il convient de constater que si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire », CJCE, 14 février 1995, aff. C-279/93 *Schumacker*, n°21 ; même solution en matière sociale, comme l'ont montré les célèbres arrêts *Laval* et *Viking* : CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-488/05, *Viking* et CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*.

9. CJCE, *Micheletti*, précité.

La solution de la Cour, en effet, pose pour l'avenir d'importants instruments de contrôle, qu'elle pourra mobiliser en cas de besoin. Il est vrai qu'en l'espèce, elle en fait un usage extrêmement prudent. Elle s'approprie, tout particulièrement, la règle de droit international autorisant le retrait d'une nationalité lorsque celle-ci a été obtenue frauduleusement. Il y a bien là, pour elle, un motif d'intérêt général, par lequel les États contrôlent légitimement le rapport de solidarité particulier unissant un État et ses ressortissants. Une telle justification englobe dans l'esprit de la Cour, non seulement la perte de la nationalité, mais encore l'éventuelle perte concomitante de la citoyenneté européenne. Le droit de l'Union s'aligne donc bien sur le droit national¹⁰.

Pour autant, la porte du contrôle n'est pas totalement fermée. Comme on l'a vu, la Cour enjoint aux juridictions nationales de vérifier qu'un tel retrait respecte bien le principe de proportionnalité. En pratique, cela implique quelques vérifications concrètes, notamment celle de s'assurer que la perte de nationalité est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction ou au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait.

Le contenu exact de cette intervention du droit de l'Union est sans aucun doute appelé à se préciser, notamment face à un certain raidissement des droits étatique de la nationalité, qui laissent augurer un contrôle plus étroit¹¹.

A cet égard, le principe de proportionnalité, pourrait bien trouver sa première application dans un avenir proche. Dans d'importantes conclusions, en effet, l'Avocat général Szpunar l'a proposé dans une affaire qui n'est pas sans rappeler le cas de M. Rottmann¹².

A nouveau, la mauvaise articulation de deux droits étatiques de la nationalité conduisaient à faire de la requérante une apatride. Initialement estonienne, Mme JY a sollicité une naturalisation autrichienne. Celle-ci fit l'objet d'un accord de principe donné par le Land de Basse-Autriche, à condition que l'intéressée renonce à sa nationalité estonienne. Ainsi fit-elle. En dépit des assurances données, elle se vit toutefois *in fine* refuser la nationalité autrichienne en raison de diverses infractions, notamment routières. Plus estonienne, mais pas pour autant autrichienne, l'intéressée est donc devenue apatride et, partant, privée de sa citoyenneté européenne.

Les riches conclusions de l'Avocat général, dans la

10. Depuis, v. d'ailleurs CJUE, Gde Chambre, 12 mars 2019, aff. C-221/17, Tjebbes et al., qui concernait pourtant une règle néerlandaise très contestable en raison de sa rigueur excessive. Sur ce point, v. part. D. Kochenov, « The Tjebbes Fail », *European Papers*, Avril 2019, disponible en ligne sur www.europeanpapers.eu.

11. Sur l'ensemble, v. S. Carrera Nunez et G. R. de Groot, *European Citizenship at the Crossroads. The role of the EU on loss and acquisition of Nationality*, 2015, WLP Pub.

12. Demande de décision préjudicielle présentée par le Verwaltungsgerichtshof (Autriche) le 3 mars 2020, aff. C-118/20, JY

lignée des nombreux précédents cités, permettent de mieux comprendre le principe et l'étendue de l'intervention du droit de l'Union.

Si en effet la situation entre bien dans le champ d'application du droit de l'Union, ce n'est pas parce que les droits étatiques, estonien et autrichien, n'y sont pas conformes. C'est bien de leur *combinaison* que résulte la potentielle atteinte : la répudiation de la nationalité estonienne n'a été acceptée qu'en contemplation de la future naturalisation autrichienne ; l'assurance de naturalisation n'a été accordée qu'à condition d'une répudiation de la nationalité d'origine. Le refus final vient donc heurter une situation qui ne se conçoit que globalement et qui conduit donc à priver l'intéressée de sa citoyenneté européenne.

Si ensuite la situation heurte le principe de proportionnalité, c'est en raison de la disproportion qui existe entre la gravité des infractions (une conduite en état d'ivresse et un défaut d'apposition sur le véhicule d'une vignette de contrôle technique) et celle de la sanction (un refus de naturalisation et, partant, une perte définitive de la citoyenneté européenne). Justifiée dans son principe, l'intervention du droit européen conduirait donc, en l'espèce, à condamner une décision étatique en matière d'octroi de la nationalité. La secousse ne serait pas mince.

Il reste bien entendu, à attendre la décision de la Cour. Il n'en demeure pas moins qu'à nouveau, l'exemple montre ici combien désormais les droits de la nationalité doivent être utilisés par les États en contemplation de leur impact européen tout entier : la casuistique, petit à petit, fait émerger les exigences de l'Union en la matière.

A cet égard, deux terrains d'expériences particulièrement féconds doivent être scrutés avec attention.

Du premier, les conflits de nationalités, il ne sera pas question ici. Qu'il soit simplement permis de remarquer que la remise en cause des principes traditionnels de résolution des conflits de nationalité ne fait guère de doute. Au fil d'une jurisprudence abondante, la Cour a complètement renversé les principes habituels de primauté de la nationalité du for et de prise en considération de l'effectivité de la nationalité étrangère, au point qu'il est aujourd'hui proposé de les abandonner¹³. Ce renversement a eu lieu dans une relative discrétion, qui semble s'expliquer par le fait que les raisonnements de la Cour ne reposent nullement sur une vision abstraite des conflits de nationalités, mais bien sur une approche concrète des droits garantis au citoyen. Dès qu'est en cause un droit subjectif garanti par le traité, celui-ci doit être garanti au

13. V. le modèle de codification d'envergure élaborée par le Groupe européen de droit international privé à sa session de Lausanne en 2013 : « Position du Groupe européen de droit international privé sur la solution des conflits positifs de nationalités dans les instruments existants de droit international privé de l'Union européenne », Lausanne 2013 : <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2013/10/Position-du-Groupe-europ%C3%A9en-de-droit-international-priv%C3%A9-sur-la-solution.pdf>.

citoyen, peu importe qu'il possède ou pas une autre nationalité¹⁴, peu importe que l'autre nationalité soit celle du for¹⁵, peu importe que la nationalité de l'autre État membre ait été acquise dans des conditions discutables¹⁶.

Il reste que la question du conflit de nationalités, pour toucher au régime de la nationalité, n'en constitue pas le cœur conceptuel. C'est toute la différence avec le second exemple, celui des programmes de vente de nationalité, qui posent un défi autrement plus redoutable à l'Union.

2. Les programmes de vente de nationalité

Certains États dans le monde ont mis en place de véritables politiques de vente de leur nationalité. Se sont ainsi créés des « paradis nationaux » comme il existe des « paradis fiscaux ». Dans les deux cas, en effet, l'existence d'une compétence étatique exclusive permet à certains États et aux officines privées qui fournissent de lucratifs conseils des comportements opportunistes – d'aucuns diraient déloyaux – à des fins économiques. Nées dans les Caraïbes, ces politiques mercantiles et portant atteinte au cœur même de l'idée nationalité se sont développées jusqu'en Europe¹⁷. Ces programmes ont suscité une condamnation presque unanime. Peuvent-ils aller jusqu'à rendre une nationalité d'un État membre inopposable à un autre État membre ?

2.A. Condamnations européennes

Certains États membres, au premier rang desquels Malte et Chypre, ont en effet en la matière une politique particulièrement explicite et admettent ainsi, dans des conditions extrêmement libérales, l'achat de leur nationalité¹⁸. La difficulté ici est majeure pour l'Union, dans la mesure où la nationalité de ces États a, du fait de la citoyenneté européenne, un effet qui va bien au-delà des frontières respectives de ces deux îles.

Aussi ces programmes ont-ils valu aux États concernés de fermes condamnations de la part des institutions européennes.

Le Parlement européen, tout d'abord, a, à plusieurs reprises, vigoureusement critiqué ces programmes comme portant atteinte aux valeurs de l'Union¹⁹. Aussi, dans le 13^{ème} point de sa résolution, le Parlement :

14. CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Micheletti*.

15. CJUE, 14 novembre 2017, aff. C-165/16, *Toufik Lounes*.

16. CJCE, 19 octobre 2004, aff. C-200/02, *Zhu et Chen*.

17. Sur l'ensemble, v. A. Shachar, "Citizenship for sale ?", in : A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, M. Vink, *Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, 2017, p. 789.

18. Pour la description de ces programmes, v. part. Commission européenne, « Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », COM (2019) 12 Final du 23 janvier 2019.

19. V. la résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la citoyenneté européenne à vendre : 2013/2995 (RSP) ; dans le même sens, mais cette fois lié à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, v. la résolution du 10 juillet 2020 : 2020/2686 (RSP).

« prie les États membres qui ont adopté des régimes nationaux autorisant la vente directe ou indirecte de la citoyenneté européenne aux ressortissants de pays tiers de mettre ces régimes en conformité avec les valeurs de l'Union ».

La formule est aimable mais fort peu opératoire. En l'état actuel du droit de l'Union, en effet, l'invocation des valeurs de celle-ci ne peut aucunement fournir de clé d'analyse (ou de condamnation) de politiques nationales en matière de nationalité. Le Parlement en est d'ailleurs parfaitement conscient, qui, au 6^{ème} point de sa résolution « reconnaît que les questions de résidence et de citoyenneté relèvent de la compétence des États membres » et, de ce fait, « prie les États membres d'exercer leurs compétences en la matière avec vigilance et de tenir compte de tout effet préjudiciable ». L'incitation reste très vague.

La compétence étatique exclusive en matière de nationalité est en effet l'infranchissable obstacle sur lequel viennent buter les appels au respect des valeurs de l'Union. En l'état actuel du droit de l'Union, ce sont les États et non le Parlement, qui sont en la matière juges de l'interprétation à donner à celles-ci. Dès lors, en dehors de la pression effectuée sur un pays en particulier envers une pratique dont la condamnation politique fait l'unanimité, l'invocation des valeurs n'est absolument d'aucune utilité, ni pour décrire l'éventuelle absence de conformité entre le droit des États tel qu'il est et le droit de l'Union, ni, prospectivement, pour déterminer la direction dans laquelle devrait s'orienter le droit européen²⁰.

La Commission européenne, ensuite, s'est emparée du sujet, par le biais, tout d'abord, d'un important rapport remis au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions qui, loin de l'habituelle prudence diplomatique, est extrêmement vigoureux dans ses critiques sur ces programmes de vente de la nationalité et, plus largement, d'octroi d'un titre de séjour par investissement direct²¹. De la façon la plus nette, la Commission décrit et condamne les « éventuelles lacunes en matière de sécurité résultant de l'octroi de la citoyenneté sans condition de résidence préalable, ainsi que les risques de blanchiment d'argent, de corruption et de fraude fiscale liées à la citoyenneté ou à la résidence par investissement »²². Est critiquée la possibilité d'obtenir la nationalité de ces États sans qu'aucun lien ne soit établi entre le demandeur et l'État membre, sans qu'aucune résidence autre qu'une adresse formelle,

20. Sur ce recours (et l'ambiguïté de celui-ci) aux valeurs de l'Union, v. part. I. Pingel, « Les valeurs dans les traités européens », *JDI*, 2020. 845 et 1169.

21. Commission européenne, « Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », COM (2019) 12 Final du 23 janvier 2019.

22. Rapport *précité*, n° 1 ; dans le même sens, v. encore Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme pesant sur le marché intérieur et liés aux activités transfrontières », COM (2019) 370 final du 24 juillet 2019, p. 7 et concl., p. 23.

sans même parfois qu'une présence physique autre que le jour de la remise du titre, ne soit exigée. Plus largement, la Commission y décrit avec beaucoup de détail les différents délits susceptibles d'être commis à l'occasion de ces programmes (atteinte à la sécurité des États, blanchiment, corruption, fraude fiscale...).

Ces programmes sont d'autant plus critiquables que la Commission note que les avantages de la citoyenneté de l'Union en sont précisément le cœur : ce qui est ici vendu n'est pas uniquement la nationalité maltaise ou chypriote mais bien la possibilité de bénéficier de toutes les prérogatives attachées à la qualité de citoyen européen.

Plus théoriquement, la Commission voit dans ces pratiques une remise en cause d'une conception qui serait commune aux États membres, celle de la nationalité effective.

Comme elle l'affirme :

« Cette conception commune du lien de nationalité est également à la base de l'acceptation, par les États membres, du fait que la citoyenneté de l'Union et les droits qu'elle implique en vertu du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reviennent automatiquement à toute personne qui devient l'un de leurs citoyens. L'octroi de la naturalisation sur la seule base d'un paiement monétaire, sans autre condition attestant l'existence d'un lien réel avec l'État membre accordant la naturalisation et/ou ses citoyens s'écarte des modes traditionnels d'octroi de la nationalité dans les États membres et affecte la citoyenneté de l'Union »²³.

Le principe de coopération loyale, invoqué par la Commission, obligerait donc les États à adopter des règles en matière de nationalité plus conformes aux exigences du droit de l'Union qui, en l'espèce, passeraient donc par l'adoption de règles relatives à l'effectivité de la nationalité.

Passant ensuite de la théorie à la pratique, la Commission a lancé deux procédures d'infraction contre Chypre et Malte, en considérant que ces programmes d'une part ne sont pas compatibles avec le principe de coopération loyale consacré à l'article 4§3 TUE et d'autre part qu'ils portent atteinte à l'intégrité du statut de citoyen de l'Union prévu à l'article 20 TFUE²⁴.

Ces procédures sont en cours et il n'est guère aisé de savoir ce qui est susceptible d'en advenir. Il n'en reste pas moins que les bases juridiques invoquées permettent de prendre la mesure de la difficulté.

2.B. Vente de la nationalité, effectivité et jouissance des droits

On l'a vu, les États, y compris dans l'Union, continuent

en effet à bénéficier d'une compétence exclusive indiscutée ; faute de compétence de l'Union en matière de nationalité, l'éventuelle condamnation paraît donc peu assurée. Elle n'est certes pas exclue, car si le principe d'une compétence exclusive empêche tout empiètement du droit de l'Union, l'exercice par les États de celle-ci pourra en revanche être contestée lorsqu'elle porte atteinte à une politique de l'Union. La condamnation, quoi qu'incertaine, n'est donc pas exclue.

Mais, en toute hypothèse, celle-ci ne peut conduire à une modification du droit interne de la nationalité des pays concernés ; uniquement à une ingérence, plus ou moins forte, de l'Union dans l'exercice par les États membres de leur compétence exclusive. En témoigne d'ailleurs la suite donnée à la résolution du Parlement européen de 2014. Celle-ci avait conduit à des négociations entre la Commission européenne et Malte aboutissant à un recul de l'État maltais. Mais ce recul n'était que partiel. L'État maltais n'avait en effet nullement renoncé à son programme, mais simplement accepté de le subordonner à une condition de résidence, elle-même d'ailleurs fort vague²⁵, même si la Commission avait alors déclaré s'en satisfaire²⁶, ce qui avait donc permis l'adoption définitive de la loi maltaise sur les investissements personnels. Six ans après, le compromis s'est manifestement avéré insuffisant, puisque la Commission a lancé une procédure d'infraction contre l'État.

Il est permis, donc, de s'attendre à une intervention politique et diplomatique de l'Union, soutenue par les instruments juridiques qui sont à sa disposition ; et il n'est pas exclu que cette intervention entraîne effectivement des modifications, même de mauvaise grâce, des États impliqués. Les programmes de vente de la nationalité sont incontestablement un grave dévoiement de l'idée même de nationalité et de la raison d'être de l'Union européenne. A ce titre, la légitimité de la lutte contre ces règles ne fait pas de doute.

Il n'en reste pas moins qu'à titre individuel, les citoyens ainsi gratifiés de leur nationalité restent des citoyens européens et qu'en tant que tels, ils bénéficient et doivent continuer à bénéficier des droits qui sont attachés à cette qualité. En l'état actuel du droit de l'Union, il paraît tout à fait hors de portée de refuser à des ressortissants d'États membres, au prétexte d'un lien trop peu assuré avec leur État de nationalité, de jouir des prérogatives attachées

23. Rapport précité, n° 2.4, p. 6.

24. https://ec.europa.eu/france/news/20201020/passeports_dores_procedures_infraction_chypre_malte_fr ; la procédure a donné lieu le 9 juin 2021 à un avis formel de la Commission : https://ec.europa.eu/cyprus/news/20210609_2_en.

25. Sur tous ces points, v. S. Carrera, « How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union? », *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 64 / avril 2014, disponible sur : <http://www.ilecproject.eu/>, pp. 7 et 8. Il semble en effet que la loi maltaise, imposant entre le candidat et l'État une « substantial connection » soit bien moins rigoureuse que les 12 mois de résidence dont parle la Commission dans son communiqué cité infra, note suivante.

26. Communiqué de la Commission Européenne, « Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur la citoyenneté de l'UE à vendre, adoptée par la Commission le 2 avril 2014 », SP(2014)320.

à leur citoyenneté européenne. Que les États accordent trop libéralement leur nationalité est une chose ; que les individus qui ont bénéficié de ces largesses soient pour cela sanctionnés en est une autre, d'une toute autre dimension. A partir du moment où les intéressés ont rempli les conditions légales qui s'imposaient à eux, dans une matière qui ne laisse presque aucune place à l'autonomie de la volonté mais qui, bien au contraire, est entièrement entre les mains des États et de leur administration, aucune raison ne justifie qu'on puisse faire le départ entre les nationaux qui mériteraient d'avoir accès aux droits garantis par les traités et les autres.

Les États, bien entendu, ne sont pas totalement impuissants pour contester l'exercice de leurs droits par ces citoyens. Ainsi, tout particulièrement, en matière d'entrée et de séjour la directive 2004/38, applicable aux citoyens et à leur famille ne manque pas de dispositions permettant d'éloigner des ressortissants d'autres États membres, notamment en cas d'atteinte à l'ordre public. De même, à supposer d'éventuelles infractions commises par ces néo-européens, les ressources du droit pénal pourront être mobilisées pour sanctionner ces agissements. Il n'en reste pas moins que le principe même de l'accès des citoyens à leurs droits doit rester garanti.

Dans cette situation, le contrôle d'effectivité constituerait une double ingérence, dans la compétence exclusive

d'un autre État membre et dans la jouissance de ses droits par le citoyen européen qui ne paraît ni juridiquement correcte, ni politiquement souhaitable.

Que les États s'accordent sur des critères communs en matière de nationalité, on ne pourrait que s'en féliciter ; qu'un État se fasse juge des conditions dans lesquels les ressortissants des autres États jouissent de leurs prérogatives attachées à leur citoyenneté porterait une atteinte fatale au principe même de la citoyenneté européenne.

Tel est d'ailleurs sans doute la conclusion principale de cette confrontation entre nationalité étatique et citoyenneté européenne. Le mouvement en cause, c'est l'évidence, n'est pas de remplacement de la première par la seconde. Il n'en reste pas moins que l'identification d'une collectivité nouvelle, celle des citoyens européens, à laquelle est conférée des prérogatives nouvelles n'est pas restée sans influence sur la nationalité étatique. La logique des droits subjectifs, qui est celle du droit de l'Union, a incontestablement ses limites. Mais elle a aussi sa dynamique propre, qui permet de comprendre à la fois la raison et l'ampleur de cette influence.

Le peuple européen n'existe peut-être pas en tant que collectivité politique autonome ; le citoyen européen existe bien, en revanche, et ses prérogatives conquérantes ne peuvent être ignorées.



Arancha González Laya • Ancienne
Ministre des Affaires étrangères, de
l'Union européenne et de la Coopération
d'Espagne

Interdépendance, résilience et récit : géopolitique européenne du 21^{ème} siècle

68

Depuis le discours de lancement en 2019 de la Commission Von der Leyen, dans lequel la présidente disait vouloir diriger une « commission géopolitique », le terme est redevenu d'actualité dans le domaine des relations internationales. Les universitaires définissent souvent la géopolitique à partir de trois notions clés : le territoire, le pouvoir et le récit. Cependant, je crois qu'au 21^{ème} siècle, le territoire comme espace physique, le concept de pouvoir et le récit actuel ne répondent pas pleinement à ces éléments en tant qu'éléments clés des relations internationales.

« La géopolitique est bien plus que de la politique de puissance, car elle inclut la géographie. Il s'agit des avantages ou de la vulnérabilité stratégiques d'un pays par rapport aux océans et aux continents, aux fleuves, aux montagnes ou aux déserts. L'approche requiert une image de soi dans l'espace, la volonté de délimiter un territoire et de tâter stratégiquement le terrain par rapport aux autres acteurs » avance Luuk van Middelaar dans son article « Le réveil géopolitique de l'Europe »¹.

Le territoire aujourd'hui, au 21^{ème} siècle, est bien plus qu'un espace géographique ou en tout cas n'est pas seulement une délimitation spatiale. Les grands défis de ce siècle sont mondiaux et ignorent les frontières dans un monde interconnecté. La pandémie ou le changement climatique en sont des exemples ; mais comme l'a déjà été auparavant la crise de Lehman Brothers où la faillite d'une banque américaine a failli emporter l'économie de la moitié de l'Europe. Dans un monde interconnecté comme celui d'aujourd'hui, l'idée de territoire n'est pas seulement une construction géographique, c'est également une somme d'intérêts et de valeurs qui doivent adhérer à une certaine notion de territoire qui aujourd'hui n'est pas définie uniquement par les limites géographiques d'un

pays. Les fleuves, les montagnes, les mers délimitent aujourd'hui des cartes, mais guère plus. La réalité territoriale des pays est beaucoup plus diffuse et liée à leur interdépendance. Il s'agit davantage de la gestion de l'interdépendance entre les pays que de celle du territoire.

En ces temps où tentent de triompher les réponses tant de retour au territoire, à la frontière, au mur, à la réponse purement nationale, il faut affirmer que ce qui protège vraiment, ce sont les institutions supranationales, en Europe l'Union européenne, et dans le monde les organisations multilatérales.

La pandémie ne peut servir d'excuse pour normaliser les idées réductrices de l'extrême-droite. Les stratégies d'affrontement devant le droit à la mobilité, les migrations ou les confinements ne devraient pas générer de gains électoraux. Il est certainement inquiétant que la défaite de Donald Trump en pleine vague d'infections aux États-Unis ait laissé un sentiment de simple soulagement provisoire, comme s'il s'agissait de l'exception plutôt que de la règle.

Il est temps de revendiquer les idées de progrès interdépendant car nous avons devant nous une machine à écrans de fumée, très efficace, qui répète sans cesse ce qui protège, c'est le retour à la frontière nationale, le rapatriement des pouvoirs, le retour à l'État fort. Ce qui va vraiment protéger le citoyen français, espagnol, allemand ou néerlandais dans un monde de plus en plus complexe où tout change de plus en plus vite, c'est une Union européenne de plus en plus unie et de plus en plus européenne. C'est là que se trouve la réponse.

En d'autres termes, nous devons construire notre avenir sur la base de la coresponsabilité. Rien de durable ne peut être construit à partir de la dépendance. Le 21^{ème} siècle n'est plus le siècle du Nord et du Sud ; où le Nord dit au Sud ce qu'il doit faire, ou le Nord achète au Sud ou le Sud vend au Nord. C'est le siècle de la coresponsabilité, où les deux parties comprennent que nous jouons l'avenir dès lors que nous sommes prêts à travailler pour lui donner une réponse partagée. C'est le siècle de la coresponsabilité, où les deux parties comprennent que l'avenir est en jeu pour autant que nous soyons prêts à travailler à une réponse commune. Aucun des défis communs auxquels nous sommes confrontés ne peut être abordé sous un autre angle : le changement climatique, les migrations, la protection de la biodiversité ou la protection des valeurs, des droits et des libertés.

La deuxième remarque que je ferais concerne la notion de puissance : la puissance au 20^{ème} siècle devait s'entendre au sens le plus cru du mot : c'était la puissance militaire des armées, de la défense, et de la sécurité. Au 21^{ème} siècle, cette conception de la puissance a changé : comme l'énergie, la puissance ne se perd ni se crée, elle se transforme simplement et il faut pouvoir s'adapter à ces transformations.

1. L. van Middelaar, "Le réveil géopolitique de l'Europe", *Le Grand continent*, 15 avril 2021.

Le pouvoir aujourd'hui ne réside plus seulement dans l'expression d'un État : certaines entreprises possèdent parfois plus de pouvoir que les États au sens classique du terme. Il faut également souligner le nouveau poids de l'opinion publique, de la génération des informateurs et des désinformateurs. Par ces points, le pouvoir est aujourd'hui une notion beaucoup diffuse, composite et complexe que le *hard power* qui était utilisé comme l'un des axes de la notion de géopolitique. Dans le monde d'aujourd'hui, il serait plus correct de parler de résilience.

Et je reviens encore à l'exemple de la pandémie : répondre à la pandémie dépend de notre capacité à innover. C'est le pouvoir de la science. C'est le pouvoir inhérent à la capacité d'invention de l'individu.

C'est bien plus qu'une armée. Aujourd'hui, le pouvoir de répondre à une pandémie est un vaccin. Et celui qui ne l'a pas perd la guerre. Mais ce n'est plus la guerre au sens classique du terme. C'est la guerre contre une pandémie. Qu'est-ce qui permet aujourd'hui de gagner la lutte contre le changement climatique – qui est aussi une guerre car elle nous conduit à la destruction des écosystèmes, de la biodiversité, de la seule planète que nous ayons ? Pour gagner cette guerre, il ne suffit pas d'avoir une armée.

Il faut posséder la force technologique qui nous permette de décarboner nos processus de production. Ce pouvoir, dont nous devons pouvoir parler davantage, est un pouvoir beaucoup plus composite : à la dimension militaire s'ajoute une dimension technologique, scientifique. Un pouvoir de conviction aussi. Il nous faut aussi être capable de gérer cette nouvelle complexité.

C'est pour cette raison que le concept d'« autonomie stratégique », qui renvoie à notre capacité de résilience, est si pertinent. qui surgit constamment, est un concept sophistiqué. Cela ne se traduit pas seulement par le nombre d'ogives nucléaires que vous avez dans votre arsenal. Et c'est pourquoi nous devons, en Europe, comprendre ce qu'est cette nouvelle version du pouvoir au 21^{ème} siècle. Nous devons certes être capables de promouvoir l'Europe de la défense, où nous créons et innovons beaucoup plus en commun et construisons plus de défense et de sécurité en commun, mais nous devons aussi être capables de construire une puissance technologique. Une autre entreprise commune. Et nous devons aussi construire une plus grande puissance monétaire, puisque nous avons une monnaie très présente sur les marchés financiers, étant donné que nous représentons plus du quart du commerce international.

C'est cette version de la puissance du 21^{ème} siècle que nous devons promouvoir partout en Europe, en construisant cette nouvelle puissance européenne, technologique, monétaire, de sécurité et de défense.

Et quant au troisième point que mentionne Luuk van Middelaar, celui du récit, de l'épopée, cette capacité à mobiliser un peuple derrière une idée ou un idéal ; c'est

le grand défi de l'Europe que d'arriver à transformer un récit basé sur le passé en un récit ancré dans l'avenir. L'épopée de la réconciliation franco-allemande après la Seconde Guerre mondiale mobilise beaucoup moins aujourd'hui les Européens ; davantage soucieux de leur place dans le monde de l'après pandémie.

La pandémie a renforcé le soutien à un modèle social et d'emploi qui protège les Européens, comme l'indiquent les derniers Eurobaromètres. Les citoyens veulent le développement et la mise en œuvre de l'Europe sociale ; Près de la moitié des personnes consultées estiment que l'UE devrait jouer un rôle actif pour garantir l'égalité des chances, l'accès au marché du travail, des conditions de travail garantissant une vie digne, ainsi que des soins de santé de qualité - des préoccupations que les ravages de la pandémie ont rendu encore plus sensibles. Le récit à écrire est celui d'une l'Europe qui protège.

Face au territoire, l'interdépendance, face au pouvoir, la résilience, et face au passé comme moteur, un récit ancré dans le futur : voilà ce que nous devons définir pour faire advenir une Union plus géopolitique.

Nous devons rendre hommage à la manière dont l'Europe à la crise : en à peine un an et demi, l'Europe a fait un saut qualitatif en matière d'intégration économique, mutualisant une réponse à la crise – ce qui n'était pas arrivé en 2008, ni en 2009, ni en 2010, ni en 2011, où chaque fois l'intégration rencontra des résistances brutales. Les tabous sur l'expansion budgétaire et sur une dette commune, qui ont entravé la reprise il y a dix ans, ont été brisés. En 2020, nous avons franchi ce Rubicon.

Il faut aussi souligner le fait qu'en cette courte période d'un an et demi, l'Europe a pu investir massivement pour développer de nouveaux vaccins dont bénéficient massivement les citoyens européens. Avec le vaccin contre le Covid-19, l'UE a regagné du terrain. Elle s'est positionnée au sein du groupe très restreint d'acteurs ayant la capacité d'innovation, de production et de distribution de vaccins.

Je veux ici insister sur l'importance des institutions européenne : s'il est vrai qu'il faut du leadership, en réalité, ce sont les institutions qui possèdent les réflexes et la mécanique qui réussissent à traduire une série d'outils en réponses immédiates en temps de crise pour soutenir et protéger les citoyens. Devant le fonctionnement des processus institutionnels, on oublie parfois l'énorme saut qualitatif qu'ils représentent.

Il n'existe pas de véritable autonomie stratégique européenne qui ne soit pas fondée sur des alliances. C'est pourquoi je n'aime pas beaucoup parler de souveraineté. J'aime parler de résilience plus que tout autre chose, une résilience ouverte et construite sur d'autres liens. Car en réalité il s'agit de générer une masse critique qui nous permette de tisser un ensemble de normes, d'accords et d'institutions qui répondent à nos intérêts et à nos valeurs. Et nous n'y parviendrons pas si nous tournons le

dos au monde. Nous n'y arriverons que si nous pouvons générer de véritables accords.

Nous ne pouvons pas nous contenter d'un monde fragmenté. Nous avons besoin d'une communauté internationale qui agit en coresponsabilité dans la recherche de solutions aux problèmes mondiaux, toute initiative solitaire étant illusoire au regard de la gravité des défis qui nous menacent, terriblement antiéconomique - ce qu'il faut aussi entrevoir - aussi étrangère idéologiquement aux idées de fraternité et de solidarité que portent une grande majorité de personnes, même si cela peut paraître paradoxal.

Nous construisons aujourd'hui le monde de l'après-pandémie. Les citoyens sont conscients de la crise généralisée de leurs sociétés, qu'il s'agisse de crise économique ou des tendances antidémocratiques, qui sont de plus en plus présentes dans différents pays et requièrent des stratégies coordonnées. L'Europe doit répondre à ces défis en sachant conjuguer croissance et soutenabilité environnementale,

avec des objectifs à la hauteur des risques auxquels nous sommes confrontés. Nous devons laisser un monde habitable, écologiquement et sanitaire, aux générations futures. Mais elle doit aussi être capable de combiner le nécessaire sentiment d'appartenance à la communauté et le respect de la diversité de ses citoyens, avec un accent particulier sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, à un moment où diverses crises ont accru les flux migratoires de ceux qui fuient la guerre, les conflits et la misère. conciliation entre l'innovation technologique et l'insertion professionnelle ; entre l'essor des télécommunications et la délibération publique. Et toujours avec un engagement ferme en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Seul un effort partagé, issu d'une dynamique de travail déjà établie pour pouvoir intégrer de nouveaux défis, sera capable d'entreprendre les grandes décisions, les investissements et les innovations nécessaires au bien-être de l'avenir. Ne nous égarons pas.



Pierre Moscovici • Premier président de la Cour des comptes, ancien Commissaire européen aux affaires économiques et monétaires, à la fiscalité et à l'union douanière

Penser et construire l'Europe puissance

Qu'entendons-nous par « Europe puissance » ? Ce terme a récemment fait irruption dans le débat public et les discours politiques, même si je l'avais pour ma part évoqué dès 2001, dans un ouvrage où je réfléchissais à « l'Europe, une puissance dans la mondialisation »¹. Lors du discours du Président de la République Emmanuel Macron à la Sorbonne en 2017, le terme « puissance » apparaît pour qualifier l'Europe. Au niveau européen, il est indirectement amené par l'ancienne Haute représentante aux affaires étrangères, Federica Mogherini, lorsqu'elle déclarait en 2016 que « *soft power* et *hard power* vont de pair ». La revendication de « puissance » est depuis assumée par les responsables européens, à l'instar de la Présidente de la Commission, Ursula von der Leyen, qui définit en 2019 son collège comme une « Commission géopolitique ».

L'appellation « Europe puissance » conduit à un changement subtil de la définition même du concept de puissance. En effet, il semble évident que l'Europe ne cherche pas historiquement à inscrire sa puissance dans une vision wébérienne du terme, qui renvoie à « la chance de faire triompher au sein d'une relation sociale sa propre volonté, même contre des résistances »², ni même dans la reformulation proposée par Raymond Aron, c'est-à-dire « la capacité d'une unité politique d'imposer sa volonté aux autres unités »³. Reste que, dans la même perspective historique, l'Europe a en réalité souvent été associée à la puissance, sous des formes renouvelées et nuancées. C'est ainsi que dès 1973, Johan Galtung voyait dans la communauté européenne « une superpuissance en devenir » en raison de son poids économique et démographique (« *ressource power* ») et sa capacité à faire émerger des structures internatio-

nales (« *structural power* »)⁴. Parallèlement, Louis-François Duchêne parle de « puissance civile », moteur de paix et de prospérité⁵. Les avancées initiées par le droit européen conduisent, quant à elles, à parler de « puissance normative », terme popularisé par Ian Manners⁶ puis Zaki Laïdi⁷ : l'Europe serait dotée d'une capacité d'influence morale œuvrant à l'élévation des standards internationaux.

Souvent proclamée mais toujours limitée, « l'Europe puissance » ne se définissait jusqu'à présent que de manière prudente et proportionnée. Elle est aujourd'hui affirmée et revendiquée. Cela me semble fondé. Dans ce monde qui, loin d'avoir rencontré la « *fin de l'histoire* », pensée par Francis Fukuyama comme un paradis universel, pacifique et libéral, est à nouveau traversé par des tensions géopolitiques majeures, à commencer par la confrontation / coopération globale entre les États-Unis et la Chine, l'Europe, si elle veut peser, ne peut plus échapper à sa définition comme puissance, et à se doter de ses attributs. Il s'agit là d'un nouveau dessein européen que je partage, tout en y apportant d'emblée une nuance : pour qu'une Europe puissance émerge véritablement, elle doit concentrer son énergie dans les secteurs clés de demain et forger une pensée de son action.

L'Europe doit tout d'abord être une puissance verte. Le *Green Deal* de la Commission européenne, annoncé le 11 décembre 2019, qui entend faire de l'Europe le premier continent neutre en carbone en 2050, est à la hauteur des ambitions de puissance affichées par l'Union. Toutefois, il faudra que sa mise en œuvre soit la plus rapide possible, afin d'être crédible et de ne pas être devancé par le plan climat américain. Il semble d'ailleurs souhaitable de réfléchir dans ce contexte à l'instauration d'un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (MACF)⁸, ainsi qu'à la révision du système européen d'échange de quotas d'émission (ETS)⁹ afin d'atteindre les objectifs ainsi énoncés. La mise en œuvre conjointe de ces deux mécanismes permettrait de concilier les objectifs environnementaux et économiques, en œuvrant à la fois à la neutralité carbone à horizon 2050 à travers un rehaussement du prix de la tonne de CO₂ et au maintien de la compétitivité des entreprises européennes, limitant également les risques de fuites d'entreprises. La puissance verte va donc de

1. Voir, P. Moscovici, *L'Europe, une puissance dans la mondialisation* (Seuil 2001).
2. Voir, M. Weber, *Economie et société, tome 1 : Les Catégories de la sociologie* (Nouvelle édition, Pocket 2003) 95.
3. Voir, R. Aron, *Paix et Guerre Entre Les Nations* (Calmann Levy, Editeur 1962) 58.

4. Voir, J. Galtung, *The European Community: A Superpower in the Making* (Universitetsforlaget 1973).
5. Voir, L.-F. Duchêne, 'Europe's Role in World Peace' in R. Mayne (ed), *Europe tomorrow: sixteen Europeans look ahead* (London 1972).
6. Voir, I. Manners, 'Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?' (2002) 40 *Journal of common market studies* 235.
7. Voir par exemple, Z. Laïdi, *La norme sans la force* (Presses de Sciences Po 2013).
8. Voir, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (COM/2021/564 final).
9. Voir, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE en ce qui concerne la contribution de l'aviation à l'objectif de réduction des émissions à l'échelle de l'ensemble de l'économie de l'Union et mettant en œuvre de manière appropriée un mécanisme de marché mondial (COM/2021/552 final).

pair avec un pouvoir de régulation capable d'imposer des règles au commerce international au nom de principes environnementaux et de justice économique.

L'Europe doit également, en tant que telle et pas seulement à travers ses Nations, s'affirmer comme une puissance économique. Cet impératif s'articule pour moi autour de deux axes : la réforme de l'architecture de la zone euro et le développement d'une souveraineté industrielle et numérique. Le pacte de stabilité et de croissance, mécanisme de coordination des politiques budgétaires nationales des États membres de la zone euro, règlement de copropriété des 19 pays qui partagent la même monnaie, ne peut rester en l'état. Il devrait faire l'objet d'une réforme alliant allègement et simplification, et ajoutant une règle de réduction de la dette propre à chaque pays, selon ses propres circonstances. En effet, le cadre européen de gouvernance des finances publiques doit être en accord avec son temps s'il veut pouvoir impulser une véritable puissance européenne. Il a été renouvelé au lendemain de la crise financière, notamment à travers le Six Pack, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) et le *two pack*, mais son caractère pro-cyclique et rigide¹⁰ demeure, il s'est même aggravé après le « quoi qu'il en coûte » déployé face à la crise du Covid-19. Je me suis battu - avec succès - lorsque j'étais commissaire européen, en charge de l'économie des finances et de la fiscalité, pour imposer une flexibilité dans l'application de nos règles, et pour en finir avec la lecture nominale et punitive qui prévalait jusqu'alors. Ce tournant politique a permis d'éviter des sanctions contre l'Italie, l'Espagne ou le Portugal, dont l'impact eût été négatif. Il faut désormais aller plus loin.

Dans un contexte où la plupart des États membres voient leur niveau de dette dépasser la limite des 60% du PIB, la zone euro peut-elle maintenir à l'identique des règles ne pouvant être respectées ? Il est difficile, je le sais d'expérience, de modifier les traités, il serait donc contre-productif de proposer « un grand soir » de la réforme des règles, leur renégociation globale, voire leur dénonciation. Une approche pragmatique doit être privilégiée, en déterminant un taux d'endettement propre à chaque pays en fonction de sa situation macroéconomique, laissant une plus grande marge de manœuvre dans la mise en place de politiques budgétaires contra-cycliques. Il s'agit en réalité d'axer les nouveaux critères de gouvernances sur l'évaluation de la qualité des dépenses publiques et la soutenabilité de la dette comme le préconise l'*European Fiscal Board*. La Cour des comptes, que je préside, se joint à cette vision et recommande également des réformes du cadre national des finances publiques afin d'augmenter sa dimension pluriannuelle et de gagner en capacité de projection et d'anticipation. Je crois également souhaitable de renforcer le rôle des institutions budgétaires indépendantes, comme le Haut Conseil des

finances publiques français, pour évaluer la qualité de la dépense publique et participer au débat sur la dette publique. A l'heure où la dette et la dépense publique atteignent des niveaux historiques, avec de surcroît des divergences fortes au sein de la zone euro, la gouvernance de nos finances publiques doit être fortement améliorée. L'Europe a fait des progrès considérables dans la crise, acceptant pour la première fois une mutualisation de la dette, déployant des programmes de solidarité massifs assortis de réformes de structure. Il s'agit maintenant de transformer l'essai, en inscrivant dans la durée une politique budgétaire plus ambitieuse, mieux pilotée, davantage débattue de manière démocratique, alimentée par de véritables ressources propres. On pense au premier chef à la taxation énergétique ou à une fiscalité numérique moderne, inscrite dans les nouvelles règles concernant les entreprises adoptées au sein de l'OCDE.

L'Europe doit aussi prendre en main son destin et construire une nouvelle autonomie industrielle. L'industrie européenne s'est affaiblie au cours des dernières décennies, notamment en France, même si elle conserve des places fortes. Elle est aujourd'hui globalement caractérisée par une forte dépendance vis-à-vis de la Chine. La crise du Covid-19 a souligné l'impératif de mettre un coup d'arrêt à la désindustrialisation, dont les effets politiques, nourrissant le populisme et le nationalisme, sont délétères, et d'entamer la reconquête de notre souveraineté productive. En ce sens, je veux saluer le lancement prochain par la Commission européenne de l'Alliance sur les processeurs et les technologies des semi-conducteurs¹¹ et de l'Alliance pour les données industrielles, l'*Edge* et le *Cloud*¹². En lançant de tels projets, l'Union européenne emprunte véritablement la voie de la transition technologique. L'indépendance stratégique est donc légitimement au cœur du programme de la présidence française de l'Union européenne, qui débutera en janvier prochain. Sur le long terme, l'Europe ne devrait plus craindre les risques de pénurie ou de rétention de biens par un pays tiers si elle garantit son indépendance stratégique. En réalité, c'est une question de résilience, voire de survie, face aux tensions géopolitiques mondiales qui est en jeu.

L'Europe puissance, et cet aspect est à mes yeux essentiel, sera nécessairement une Europe politique. De ce point de vue, l'Union européenne a certainement de sérieuses réformes de son organisation interne à mener. Le débat institutionnel européen s'est figé depuis l'échec du traité constitutionnel en 2005, subrepticement et partiellement repris par le traité de Lisbonne en 2008. Il émerge à nouveau, avec timidité, à l'occasion de la Convention pour l'Europe. Il est pourtant incontournable. Tout d'abord, le vote à l'unanimité au sein du Conseil devrait céder sa place à une logique majoritaire, et ce pour

10. Dette publique inférieure à 60% du PIB, déficit inférieur à 3% du PIB.

11. Voir, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/alliance-processors-and-semiconductor-technologies>.

12. Voir, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cloud-alliance>.

une raison simple : le vote à l'unanimité paralyse les décisions nécessaires à une vraie cohésion économique et sociale. La règle de l'unanimité reflète certes la culture du compromis et la recherche constante du consensus, qui sont au fondement de la construction européenne. Elle est toutefois devenue un facteur de blocage, dans une Europe plus nombreuse, plus hétérogène et en proie aux luttes permanentes d'intérêts divergents, atteignant le cœur même de l'esprit européen. Le vote de blocage hongrois et polonais le 16 novembre dernier, s'opposant à l'inclusion de la clause relative au respect des principes de l'Etat de droit dans le plan de relance européen, en témoigne. La décision à la majorité qualifiée devrait progressivement devenir la règle en matière financière, fiscale et concernant la politique étrangère afin d'assurer cohérence et unité européennes. Cela ne se fera pas en un jour, il y aura des réticences et résistances à surmonter, mais cette direction doit être empruntée sans timidité.

Nous devons par ailleurs, j'en ai la conviction depuis bien longtemps, sans cesse renforcer les institutions proprement communautaires et consolider le binôme Parlement - Commission, au cœur de la démocratie européenne pour équilibrer un système politique qui fait la part belle à l'intergouvernementalisme. C'est pourquoi je crois indispensable de politiser davantage et définitivement l'élection au Parlement européen, en consacrant le système du *Spitzenkandidaten*, c'est-à-dire le principe selon lequel chaque parti politique européen est représenté par un candidat tête de liste, porteur d'un programme à l'échelle de l'Union, le candidat du parti arrivé en tête et/ou capable de former une coalition majoritaire, ayant vocation à devenir le Président de la Commission. Ce principe a été délaissé en 2019, au profit d'une reprise en main de cette nomination par le Conseil européen, ce qui est à mes yeux, indépendamment de l'appréciation sur la qualité des personnalités alors en compétition, un retour en arrière dommageable : il doit être à nouveau appliqué en 2024 et rendu permanent. Je suis également favorable à la mise en place des listes transnationales pour les élections européennes et à un droit d'initiative législative parlementaire.

Il ne me paraît pas envisageable de résumer l'Europe politique à une dimension purement et strictement interne. La puissance, dans un monde globalisé, s'entend également dans la capacité d'un Etat ou d'un ensemble d'Etats à se projeter au-delà des frontières et à s'affirmer sur la scène internationale. Pour faire la synthèse entre les deux deniers présidents de la Commission, Jean-Claude Juncker et Ursula von der Leyen, l'Europe doit être à la fois politique et géopolitique. A cet égard, l'Europe de la défense a trop longtemps été délaissée. Les Etats membres, et plus précisément la France, ont refusé de transposer à l'échelon communautaire les leviers d'un « *hard power* » en raison du souvenir dévastateur laissé par les Guerres mondiales sur le Vieux continent. L'échec de la communauté de défense européenne (CED) en 1954 a conduit à

une mise sous tutelle de l'Europe par les Etats-Unis à travers l'organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) dont 21 pays européens sont actuellement membres. Si le traité de Maastricht appelle de ses vœux une politique de défense commune, les avancées demeurent limitées, peu à même de faire de l'Europe une puissance géopolitique internationale. Le retrait des troupes américaines en Afghanistan, ou encore la rupture du contrat des sous-marins par l'Australie au profit des Etats-Unis et du Royaume-Uni, illustrent l'incapacité actuelle de l'Europe à peser dans les grands enjeux géostratégiques. Cette incapacité s'illustre également au niveau interne : l'Europe peine toujours à tenir une ligne commune et humaniste sur les questions migratoires.

Ce constat ne doit néanmoins pas nous conduire au fatalisme. Au contraire, il doit permettre d'impulser des initiatives fortes, sous-tendues par un véritable courage politique. Face au pivot américain vers le Pacifique et dans une dynamique d'émancipation industrielle et stratégique de l'Europe, la construction d'une défense commune, voire à terme d'une armée européenne, articulée avec l'OTAN, doit désormais être une priorité. Je ne veux pas sembler faire preuve de naïveté ou d'irénisme, et je n'ignore pas les contradictions culturelles, politiques, géopolitiques entre les pays européens, ou les différences de divergences d'intérêts, de capacités, de volonté qui les traversent. Ce n'est pas un hasard si cette dimension de la construction européenne n'a jamais progressé autant qu'elle l'aurait dû. Mais aujourd'hui, nous n'avons plus le choix, il faut avancer : nous ne pourrions pas compter pour toujours sur la seule protection des Etats-Unis, notre allié américain nous appelant par ailleurs à partager le fardeau, et les menaces sont fortes. Dès lors, nous devons impérativement trouver les moyens de progresser, fût-ce de façon souple, en privilégiant d'abord des coopérations renforcées ou structurées, et en intégrant le Royaume-Uni, par-delà les querelles post-Brexit, dans notre réflexion.

Enfin, être puissant, c'est être porteur d'une vision. L'Europe puissance, ou souveraine, pour trouver une existence concrète, doit être dotée d'un sens, et doit être pensée. La présidence française de l'Union européenne, organisée sous le mot d'ordre « Relance, puissance, appartenance » a ici un rôle essentiel à jouer. Elle devra tout d'abord être porteuse d'une vision politique claire et affirmée, se fondant sur une ligne directrice. Les défis sont nombreux, mais la courte période de présidence nécessite de faire des choix si l'on souhaite obtenir des résultats concrets. La présidence française se démarquera sur sa capacité à faire émerger des consensus sur des débats clivants, ce qui nécessite une agilité politique et une coopération étroite avec les autres Etats membres. Par exemple, les négociations sur la taxe carbone et la taxe GAFAM, qui sont hautement politiques, seront discutées dès 2022, et la France devra s'y engager pleinement.

Penser la puissance revient à l'essence même du projet européen. L'idée européenne est galvaudée, critiquée,

mais elle reste incontournable parce qu'elle est d'une ambition inégalable et inégalée, celle d'unir des nations et des peuples qui se sont si longtemps affrontés jusqu'à la guerre, jusqu'à la destruction et au génocide, pour éliminer toute volonté belliqueuse entre eux et pour les projeter enfin dans un dessein politique lié. Pour faire de cette « pensée puissance » une « Europe puissance », il revient aux responsables politiques européens de poser des actes à la hauteur des défis du 21^{ème} siècle.

L'Europe puissance est désormais notre horizon, elle sera la symbiose de notre dessein originel et de la détermination de notre action pour demain. A cette condition, je suis persuadé que l'Europe n'est pas condamnée, comme certains l'affirment voire le souhaitent, à disparaître de l'histoire, mais a un rôle essentiel à jouer dans le monde pour y affirmer ses valeurs et son modèle économique, social, environnemental, culturel et démocratique.



Pascal Lamy • Coordinateur du Réseau de Think Tank Jacques Delors (Paris, Berlin, Bruxelles), Président du Paris Peace Forum et ancien Directeur général de l'OMC

Définir la souveraineté européenne

L'Europe a longtemps entretenu un rapport maladif à la puissance. La revendication de « puissance » semble désormais assumée par les responsables européens, le secrétaire d'Etat français aux affaires européennes Clément Beaune parlant même d'une nouvelle « projection mentale et concrète vers la puissance »¹. Quel est votre sentiment sur ce sujet ?

L'échec de la Communauté européenne de défense (CED) au début des années 1950 a conduit les Pères fondateurs à entamer, à travers ce qui deviendra l'Union européenne, œuvre de paix, une entreprise d'intégration géoéconomique plutôt que géopolitique. Ce choix résultait d'un constat pragmatique : la géoéconomie agrège des quantités pour la plupart fongibles quand la géopolitique mobilise un sentiment d'appartenance, une communauté ressentie et vécue, souvent construite autour de menaces, de rêves et de cauchemars communs. L'intégration géoéconomique - à travers la gestion commune de l'acier et du charbon au départ - devait naturellement mener à de l'intégration politique. C'est ce qu'il faut comprendre à travers le concept de « solidarités de fait » énoncé par Robert Schuman : l'intégration économique aurait dû produire l'intégration politique. Or, nous savons aujourd'hui qu'il ne suffit pas de travailler le plomb de l'économie pour accéder à l'or de la politique. Entre le consommateur, le travailleur, l'*homo economicus* d'une part, et le citoyen, l'*homo civicus*, de l'autre, il y a une barrière d'espèce que la construction européenne n'a pas encore su franchir.

L'Union a refusé à plusieurs reprises, et parfois d'une manière dramatique, comme au moment des guerres yougoslaves, d'assumer ses responsabilités géopolitiques. Mais les Européens ont aussi commencé à percevoir la nécessité de se doter des moyens d'une action politique à la hauteur de leur position dans le monde : la fragmentation du monde, l'accélération de l'affrontement entre

les États-Unis et la Chine, nous oblige à changer de paradigme². Lors de la Guerre froide, l'Europe avait clairement identifié ses amis, les protecteurs américains, et son ennemi, l'Union soviétique. Donald Trump a permis à l'Europe d'ouvrir les yeux sur une nouvelle réalité politique : le regard des États-Unis se concentre aujourd'hui essentiellement vers la Chine, rival idéologique, militaire, technologique, comme économique. Simplement si, comme Ricardo et Schumpeter l'ont montré, la géoéconomie est un jeu à somme positive, la géopolitique est un jeu à somme nulle et les Américains considèrent que tout progrès de la Chine vers la puissance mondiale se fera à leur détriment et contre le déploiement de leurs propres valeurs et intérêts. Pour l'Europe, la Chine est à la fois un concurrent, un rival mais aussi un partenaire, avec des coefficients différents de ceux des États-Unis. Si les Européens ne trouvent pas le juste positionnement - qui n'est pas une équidistance - entre les deux mondes qui poursuivent, de manière plus musclée, leur rivalité séculaire, ils seront écrasés. L'Europe a ses propres intérêts qu'elle sera amenée à défendre par elle-même, à condition de se doter des moyens d'une action politique à la hauteur de son ambition dans le monde³.

Ce nouveau contexte international réintroduit l'Europe dans la géopolitique, et donc dans la puissance au sens politique du terme. Nous nous trouvons aujourd'hui plongés au cœur d'une révolution du rapport de l'Europe au monde extérieur : notre monde n'est donc pas, ou plus, celui qui autorisait les Européens à concentrer l'essentiel de leurs efforts sur leurs priorités d'intégration économique et sur leur modèle futuriste d'unification politique. Nous sommes entrés dans un monde où l'Europe est condamnée à la puissance⁴ et à se penser en tant qu'entité politique. Une nouveauté pour un continent dont les États-nations furent vaccinés contre la puissance dont ils avaient constaté les dégâts : l'ambition de puissance est encore souvent perçue dans l'imaginaire collectif de la plupart des membres de l'Union Européenne comme l'attribut des nationalismes belliqueux du 20^{ème} siècle qui ont produit le nazisme, le fascisme et la Shoah, soit le pire que l'humanité ait connu.

Pour les hommes et les femmes qui façonnèrent l'unité de l'Europe dans la première décennie d'après-guerre, la construction de la paix était le cœur battant du projet européen, conçu en opposition à une impulsion nationaliste se déployant de manière presque naturelle dans un discours de volonté de puissance. L'Europe a donc bien entrepris de se vacciner contre la volonté de puis-

1. « L'Europe puissance », une conversation avec Clément Beaune », *Le Grand continent*, 3 décembre 2020.

2. P. Lamy, « Union européenne, vous avez-dit souveraineté ? », *Commentaire*, Printemps 2020, n°169.

3. P. Lamy, N. Kohler-Suzuki, « Une Chine mondialisée est moins dangereuse qu'une Chine autarcique [Chapitre du rapport Construire l'autonomie stratégique de la Chine], *Institut Jacques Delors*, 07 décembre 2021.

4. « L'Europe est condamnée à la puissance. Une conversation avec Pascal Lamy », *Le Grand Continent*, 17 octobre 2018.

sance qui l'avait obsédée pendant les siècles précédents en façonnant un rêve d'unification interne, au point où le refoulement de la logique de puissance a fini par se transformer en une incapacité à agir à l'échelle pertinente. Les premières déclarations d'Ursula von der Leyen, soulignant qu'elle était à la tête de la première « commission géopolitique », montrent qu'aujourd'hui un nouveau chantier est ouvert.

La construction de cette puissance ne nécessite-t-elle pas, tout d'abord, que les européens soient capables de définir ce qu'est leur intérêt commun ?

Pour les Européens, l'Europe existe là où il y a de la raison, mais pas encore là où il y a de la passion. Un intérêt commun n'est pas très compliqué à exprimer et à défendre quand il s'agit d'intégration économique : une monnaie commune, un marché commun, une union douanière peuvent facilement être compris comme résultant d'une communauté d'intérêts qui ressort des lois de l'économie. Mais « on ne tombe pas amoureux d'un grand marché » comme aimait à le rappeler Jacques Delors. C'est autrement plus difficile d'exprimer un intérêt commun dans les affects, c'est-à-dire une communauté politique.

Nous avons ici un problème important de définition et d'articulation du désir de puissance dans l'espace politique aussi longtemps qu'il existe un déficit démocratique européen et que cet espace politique n'est pas constitué en *demos*. Les institutions de l'Union européenne (*kratos*) correspondent aux canons démocratiques : nous avons un quasi-gouvernement (la Commission) contrôlé par un Sénat des États membres (le Conseil des ministres), un Parlement qui peut renverser la Commission et enfin une Cour suprême (la Cour de Justice). L'Europe dispose donc de toutes les institutions nécessaires, qui sont fonctionnelles et démocratiques, mais elles ne sont pas, ou fort peu, animées par un sentiment d'appartenance commune. L'espace politique européen n'est pas habité de passion et la plupart du peuple européen n'envisage pas cet espace comme un espace de pouvoir analogue à ce qu'ils peuvent connaître dans leurs enveloppes de pouvoir au niveau local, régional ou national ; en témoigne la participation nettement plus faible aux élections européennes.

Prenons l'exemple d'une politique de défense commune que les européens appellent de leurs vœux si l'on en croit les sondages : elle suppose d'abord une politique de sécurité qui n'est elle-même qu'une composante de la politique étrangère. En matière de géopolitique, et notamment dans le domaine de la sécurité, nous ne sommes pas dans le domaine de la raison mais encore dans le domaine de la passion, et je ne crois pas qu'il y ait un intérêt commun raisonnable qui arrive à se superposer aux intérêts particuliers passionnels de même que nous n'avons pas réussi à faire naître une union politique à partir uniquement d'une union économique. Il y a des barrières à franchir : la matière de l'appartenance qui mène à une politique de sécurité commune est avant toute chose sym-

bolique, elle n'est pas réelle, elle se trouve dans les mentalités, dans les cauchemars, dans les représentations.

Il importe aujourd'hui de chercher dans ce qui est infra-politique les éléments d'un nouveau récit commun. Le futur du projet européen repose nécessairement sur l'activation d'un véritable sentiment d'appartenance à l'Europe et des réponses qui seront apportées à la question de l'identité qui travaille aujourd'hui notre continent : nous ne pouvons pas continuer à construire l'Europe en nous désintéressant du besoin émotionnel d'appartenance à une communauté. Cette identité européenne, qui est un puits de complexité pour les Européens, dont les identités nationales se sont en partie construites sur des récits de différenciation, apparaît d'une manière beaucoup plus évidente aux non-Européens. Il nous faut décrire ce qui, par-delà l'hétérogénéité de nos expériences historiques, nous rassemble entre Européens, et nous relie au reste du monde. Nous avons besoin pour cela d'une nouvelle grammaire politique, plus riche et plus largement partagée - une grammaire à la hauteur de cette ambition formidable de créer un espace d'appartenance politique sans recourir au conflit ou à la contrainte. Nous avons beaucoup théorisé l'architecture institutionnelle de l'Union, son marché commun et sa législation, et nous n'avons pas assez mené de recherches empiriques sur les Européens, leurs imaginaires et leurs vies quotidiennes. L'une des pistes que je me suis attaché à poursuivre depuis quelques années est celle du développement d'une anthropologie de la construction européenne⁵.

Ce chemin sera long. C'est de l'ordre du temps, du récit, du débat. Le passage sera très complexe. L'initiative de Josep Borrell visant à construire une boussole stratégique pour l'Union doit être saluée mais il dit lui-même que cela sera une tâche de longue haleine⁶. Une fois la question de l'intérêt européen posée et qu'on en donne une définition, la réponse procédurale suit. Il ne faut pas se poser la question des institutions et de la procédure avant de connaître le but à atteindre. Le débat sur le passage de l'unanimité ou la majorité au Conseil européen n'a pas beaucoup de sens tant que ce travail sur la définition d'un intérêt européen ne sera pas fait : ce n'est pas le passage à une règle de majorité qui va faire que l'on va décider à la majorité d'une intervention militaire. Dans ces domaines, il faut être vraiment d'accord sur l'essentiel pour prendre des décisions pareilles, surtout parce que l'espace européen ne fait que se superposer à un espace national qui, lui, est un vrai espace de solidarité et d'appartenance, et c'est dans cet espace que l'on peut décider ou non de mettre sa vie en danger, et non pas, pas encore, dans l'espace politique européen.

Mais le tournant vers la géopolitique ne s'appuie-t-il lui-même

5. P. Lamy, « Jalons pour une anthropologie européenne », *Le Grand continent*, 8 janvier 2020.

6. J. Borrell, « Quelle politique étrangère européenne à l'heure du Covid-19 ? », *Le Grand continent*, 14 décembre 2020.

sur le géoéconomique ? Les sanctions économiques sont souvent perçues aujourd'hui comme un instrument de politique étrangère. L'extraterritorialité du droit américain semble être l'exemple même de cette porosité, et aussi l'un des sujets sur lesquels un intérêt européen pourrait être le plus facilement déterminé ?

C'est précisément l'intérêt de ce champ de la relation économique extérieure que d'être celui qui mêle le plus la géoéconomie et la géopolitique. Les sanctions américaines répondent à un intérêt proprement national mais affectent directement des entreprises européennes. C'est de manière unilatérale que les Américains ont souhaité se retirer de l'Accord de Vienne ou imposer des sanctions vis-à-vis de la Chine. Toute évolution ne vient pas de l'intérieur. Prenons l'exemple de l'euro : si les discussions sur sa création ont débuté en 1969 avec le rapport Werner, la question n'a vraiment pris essor que quand les Américains avec Nixon décident de mettre fin à la convertibilité du dollar en or.

Ce non-alignement crée les conditions d'un cheminement vers une autonomie stratégique européenne. C'est tout l'enjeu du nouvel instrument anti-coercition dont devrait se doter l'Union européenne dans les prochains mois et visant à lui permettre de prévenir et contrer les mesures de contrainte économique prises par des pays tiers contre l'Union européenne. Comme nous l'avons montré dans le cadre des travaux des trois Instituts Jacques Delors, qui ont inspiré la proposition de la Commission, la mise au point d'un arsenal de mesures complètes et bien articulées, de nature à empêcher ou du moins à limiter les dommages pour les Européens de sanctions extraterritoriales américaines ou autres constitue probablement le premier vrai test opérationnel du nouveau discours sur l'autonomie stratégique, traduction de la souveraineté en langage communautaire⁷.

Interview par Hugo Pascal et Vasile Rotaru

7. M-H. Bérard, E. Fabry, F. Fatah, E. Knudsen, P. Lamy, G. Pons, L. Schweitzer, et P. Vimont, « Sanctions extraterritoriales américaines, vous avez dit autonomie stratégique européenne ? », *Institut Jacques Delors*, 22 mars 2021.



Didier Reynders • Commissaire européen
à la Justice

Nous sommes face à un problème de nature systémique plutôt qu'à des violations ponctuelles du droit européen

Dans une décision du 7 octobre dernier, le tribunal constitutionnel polonais a jugé inconstitutionnel une partie du droit européen primaire dans des termes qui permettent de penser que la primauté du droit européen ne serait plus reconnue dans cette juridiction. Quelques mois après la crise provoquée par l'arrêt rendu par la cour de Karlsruhe remettant en cause le programme d'achat de la dette publique de la BCE, quelle est votre réaction à cette décision ?

Vivre dans une union suppose avant toute chose que le droit de l'Union soit appliqué de manière uniforme partout à travers elle. Le juge polonais, allemand ou français est aussi un juge européen, qui en cette qualité a pour mission d'appliquer le droit de l'Union européenne et en cas de doute sur son interprétation, interroger la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), seule interprète authentique du droit européen et seule compétente pour juger si une institution européenne est en violation du droit européen.

La primauté du droit européen sur le droit national - en ce compris les dispositions constitutionnelles - et le caractère contraignant des décisions de la CJUE ont été maintes fois rappelées. Ses remises en cause ne sont pas propres à l'Allemagne hier ou à la Pologne aujourd'hui.

Nous avons déjà eu une forte préoccupation quand le gouvernement français, dans des écritures soumises au Conseil d'État concernant la légalité du régime de collecte et de conservation des données, avait invité la juridiction à procéder à un contrôle *ultra vires* en jugeant que l'arrêt de la CJUE *La Quadrature du Net* ne respectait pas la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres, et de l'ignorer en conséquence. Dans sa décision, le Conseil d'État refusait de suivre cette voie, et, en appliquant la jurisprudence de la CJUE, invitait le gouvernement à revenir dans les six mois avec une nou-

velle loi compatible avec le droit européen¹. Nous avons également des préoccupations concernant la situation en Roumanie, où une décision du 8 juin 2021 soulève des problèmes similaires².

La singularité du cas polonais réside dans le fait que c'est la primauté des traités européens eux-mêmes qui est directement remise en cause, et non pas le droit dérivé ou une décision de l'une des institutions européennes. Il faut ensuite noter que cette décision fait suite à une requête soumise par le Premier ministre, donc à la demande du gouvernement, et ce dans un contexte où la Commission a déjà pu exprimer des réserves concernant l'indépendance du tribunal constitutionnel polonais. C'est donc cette dimension politique qui fait la deuxième particularité du cas polonais.

Le gouvernement polonais ne semble pas manifester l'intention de déclencher une procédure formelle de sortie de l'Union, ce qui serait d'ailleurs contraire à l'opinion d'une très grande majorité de Polonais. Pourtant, si la décision du tribunal constitutionnel est appliquée à la lettre, la Pologne semble

1. *Note de la rédaction* : l'arrêt du Conseil d'État *French Data Network et a.* en date du 21 avril 2021 (n° 393099, 394922, 397844, 397851, 424717 et 424718) fait suite à l'arrêt de la CJUE *La Quadrature du Net* en date du 6 octobre 2020, par lequel la CJUE avait considéré que certaines obligations de conservation de données personnelles généralisées et indifférenciées prévues par le droit français pour des raisons de sécurité nationale, ne pouvaient être compatibles avec le droit européen que sous le respect de conditions strictes et circonstances limitées, qui n'étaient pas remplies. Dans son arrêt du 21 avril 2021, le Conseil d'État refuse l'argument du gouvernement français de contrôler la légalité de la décision de la CJUE, considérant qu'il ne lui appartient pas de « s'assurer du respect ... par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres ». Pour autant, le Conseil d'État affirme avec une force inédite la primauté de principe de la Constitution sur le droit européen, et souligne qu'une directive ou règlement européen qui « aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles » serait écarté « dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige ». Cette clause de sauvegarde n'a pas été appliquée en l'espèce. V. aussi, L. Azoulay et D. Ritleng, « 'L'État, c'est moi'. Le Conseil d'État, la sécurité et la conservation des données », *RTD eur.* 2021. 349.

2. *Note de la rédaction* : dans une décision en date du 18 mai 2021 rendue à propos d'une série de réformes roumaines relatives à l'organisation judiciaire et au régime disciplinaire et de responsabilité des magistrats (affaires jointes C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-335/19 et C-397/19), la CJUE a notamment affirmé que le principe de primauté du droit de l'Union s'oppose à une réglementation nationale de rang constitutionnel privant une juridiction de rang inférieur du droit de laisser inappliquée, de sa propre autorité, une disposition nationale relevant du champ d'application de la décision 2006/928 (établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption) et contraire au droit de l'Union. Par une décision en date du 8 juin 2021, la Cour constitutionnelle roumaine affirme, au contraire, que la Constitution roumaine retient sa primauté dans l'ordre interne, et les juges roumains ne peuvent pas contrôler la conformité des dispositions du droit national déclarées constitutionnelles par la Cour constitutionnelle à l'aune des recommandations européennes.

d'ores et déjà déconnectée de l'ordre juridique européen : s'agit-il d'un « Polexit » juridique ?

Effectivement, le gouvernement polonais n'a jamais fait part de sa volonté d'activer les traités pour lancer une sortie de l'Union. Il n'y a pas non plus de demande dans la population polonaise puisque la plupart des enquêtes montrent qu'environ 80% de la population désire que la Pologne demeure dans l'Union.

En ce qui concerne la décision du tribunal constitutionnel, je ne parlerais pas d'un « Polexit » juridique, mais j'insisterais sur le fait qu'il existe un risque de remise en cause du fonctionnement de l'Union européenne dans son ensemble. Il revient donc à l'ensemble de l'Union - et à la Commission en particulier, gardienne des traités - de réagir et faire entrer dans l'ordre la situation polonaise comme on a tenté de le faire, et souvent avec succès, dans beaucoup d'autres cas par le passé.

Nous sommes confrontés aujourd'hui à un problème de nature systémique, plutôt qu'à des violations ponctuelles du droit européen ou d'inquiétudes isolées concernant le respect des principes de l'État de droit, les valeurs fondamentales ou la démocratie. Pour les cas isolés, nous entrons facilement en dialogue avec l'État membre en question, et la réponse est souvent d'accueillir nos remarques et d'essayer d'améliorer la situation en faisant les réformes nécessaires. Or aujourd'hui nous sentons qu'il existe une volonté plus systémique de mettre à mal l'indépendance de la justice polonaise et même désormais de mettre à mal d'une certaine façon la force des traités européens, ce qui n'est pas acceptable pour la Commission et ne semble pas l'être non plus pour les autres institutions européennes. Car cette unité est une bonne chose.

À cet égard, la Commission européenne n'est pas dépourvue d'outils pour défendre les fondements mêmes de l'Union et sa capacité à mener efficacement différentes politiques sur l'ensemble du territoire européen, avec des principes de base qui doivent être respectés et qui fondent notre organisation. Le droit européen doit être appliqué de la même façon partout ; or la décision du tribunal constitutionnel polonais pourrait laisser penser qu'il serait possible d'organiser l'application du droit européen « à la carte », et donc de choisir à tout moment quelles dispositions seraient applicables et lesquelles pourraient être écartées pour leur prétendue incompatibilité avec le droit constitutionnel national.

Un tel développement ne serait pas seulement très dangereux pour les citoyens - et d'abord les citoyens polonais, qui pourraient se voir privés, par exemple, d'un certain nombre de protections prévues par les traités européens et qui pourraient être écartés pour une raison ou pour une autre par les autorités polonaises - mais ce serait aussi une énorme entrave au fonctionnement du marché intérieur. Les investisseurs doivent avoir à la fois la certitude que dans l'État membre dans lequel ils entendent investir le droit européen est appliqué de la même ma-

nière que dans le reste de l'Union, et la certitude que tout contentieux serait jugé par des tribunaux indépendants, qualifiés et efficaces - et ce point soulève un deuxième débat autour de la situation de la justice en Pologne au-delà de son tribunal constitutionnel.

Justement, quels sont concrètement les autres outils dont dispose la Commission pour réagir face à la situation actuelle ?

Notre détermination est complète, il n'y a donc aucune hésitation à employer toutes les mesures nécessaires pour faire respecter les principes qui participent des fondements mêmes de l'Union, tels la primauté du droit européen et le caractère contraignant des décisions de la CJUE.

Mais j'aimerais d'abord rappeler que le temps des réseaux sociaux et de la réaction politique n'est pas le temps du droit : lorsqu'une décision comme celle du tribunal constitutionnel polonais est rendue le matin, nous ne pouvons pas introduire un recours à midi et obtenir une décision de la CJUE le soir, même si nous avons chaque fois tenu à réagir de manière immédiate pour protéger les fondements de l'Union. C'est, bien évidemment, un peu frustrant, mais si nous voulons faire valoir le respect de l'État de droit et les principes qui en découlent, nous devons nous-mêmes être exemplaires. Il nous appartient donc de prendre le temps nécessaire pour construire nos arguments juridiques sur des fondements solides et complets, avant d'engager, comme les procédures européennes nous y obligent, un dialogue avec l'État membre. Ce n'est qu'à la fin de ce processus que nous pouvons engager un recours devant la CJUE ou demander que le Conseil se prononce. Les enjeux dans ces circonstances sont trop importants pour risquer de subir des échecs du fait d'une mauvaise préparation du dossier et de nos arguments.

Pour revenir aux outils, ces derniers sont multiples et peuvent être employés simultanément, que l'on pense aux procédures d'infraction, au règlement « conditionnalité » ou à la procédure de sanctions prévue par l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Il nous appartient de faire en sorte que l'ensemble des dispositifs que nous avons à notre disposition soient les plus efficaces possibles, que ce soit lorsqu'on agit devant la CJUE ou devant le Conseil européen, ou dans les domaines de compétence propres de la Commission, liés par exemple aux décisions sur les financements.

J'aimerais à ce titre noter que nous avons engagé depuis longtemps des procédures devant la CJUE concernant l'indépendance de la justice polonaise. Nous avons notamment de fortes inquiétudes concernant les procédures disciplinaires qui avaient été introduites dans la législation polonaise ou les dispositions sur les levées d'immunité des juges, que nous avons déjà attaquées devant la Cour à deux reprises. Sur notre demande, la CJUE a même ordonné à la Pologne de prendre des mesures provisoires en attendant l'arrêt définitif, et a récemment condamné la Pologne à payer une astreinte pour chaque

jour de non-conformité avec les mesures provisoires ordonnées³.

L'outil financier est lui aussi très efficace. Pour prendre un exemple récent, en 2019, des « zones sans idéologie LGBT » ont été décrétées par nombre de municipalités et de provinces polonaises qui se déclaraient par-là libres de toute présence de la communauté LGBT. Cela a provoqué, à juste titre, des réactions très vives : c'est une discrimination évidente, en violation flagrante de la Charte des droits fondamentaux. En réponse, six de ces municipalités ont été exclues d'un processus de jumelage avec d'autres communes européennes, perdant ainsi l'accès aux financements européens liés à ce programme. Plus fortement encore, cette année nous avons pris la décision d'arrêter des financements dans le cadre du Fonds de cohésion lorsque le bénéficiaire potentiel adopte ce type de mesures discriminatoires. Un certain nombre de provinces et de municipalités polonaises sont alors revenues sur leurs positions et ont supprimé ces déclarations concernant l'exclusion de la communauté LGBT de leur territoire. Cela veut donc dire que l'outil financier est utile et, même sur des sujets très sensibles, peut se montrer efficace. J'insiste sur ce point car nous allons régulièrement considérer l'usage de ces outils financiers, indépendamment de la mise en œuvre d'un mécanisme plus particulier.

En ce qui concerne maintenant la fameuse « conditionnalité », soit la possibilité pour l'Union européenne de suspendre, réduire ou restreindre l'accès aux financements européens en cas de violation des garanties de l'État de droit dans l'usage des fonds, il faut rappeler que le règlement 2020/2092 qui le prévoit est en vigueur seulement depuis 1^{er} janvier, ce que l'on oublie parfois. Depuis le début de l'année, nous essayons avec Johannes Hahn, Commissaire européen au budget, d'identifier les éléments factuels nous permettent de constater que les conditions sont remplies dans certains États membres, ou que nous avons au minimum des interrogations sur la situation. Ce nouveau mécanisme de protection du budget, tout à fait général et ouvert, nécessite également que l'on constitue les dossiers les plus solides possibles avant d'en chercher la mise en œuvre. Nous avons donc beaucoup

3. Note de la rédaction : la Commission européenne a introduit le 1^{er} avril 2021 un recours en manquement contre la Pologne devant la CJUE, estimant notamment qu'une loi polonaise n'était pas conforme au droit européen en ce qu'elle interdisait aux juges nationaux de vérifier que les tribunaux chargés d'appliquer le droit européen en Pologne satisfaisaient aux conditions d'indépendance et d'impartialité (affaire C-204/21). Dans l'attente de l'arrêt de la Cour qui mettra fin à l'affaire, la Commission a demandé à la Cour d'ordonner à la Pologne d'adopter une série de mesures provisoires, ce à quoi le vice-Président de la CJUE a fait droit par une ordonnance du 14 juillet 2021. Sur requête soumise par la Commission le 7 septembre 2021, le vice-Président de la CJUE a par la suite constaté que la Pologne ne s'est pas conformée aux obligations qui lui incombent en vertu de l'ordonnance du 14 juillet 2021, et a condamné la Pologne à payer à la Commission européenne une astreinte journalière d'un montant de 1 million d'euros par jour de retard ou jusqu'au prononcé de l'arrêt définitif dans l'affaire C-204/21.

travaillé récemment, ensemble avec le Parlement et le Conseil, pour mettre au point des lignes directrices claires sur la mise en œuvre potentielle du mécanisme de conditionnalité. Toutes les institutions sont unies dans leur volonté de protéger les bénéficiaires ultimes des fonds européens ; il serait donc inacceptable qu'en mettant en œuvre ce mécanisme pour sanctionner un gouvernement, les agriculteurs ou même les associations qui défendent et promeuvent l'État de droit soient privés de financement⁴. J'anticipe également une réponse de la CJUE avant la fin de l'année sur les recours des gouvernements hongrois et polonais à l'encontre du règlement « conditionnalité », qui devrait nous fournir plus de certitude à ce sujet⁵.

Au-delà, dans son discours sur l'état de l'Union, la Présidente von der Leyen a très clairement annoncé notre volonté d'entamer la démarche par des procédures écrites.

Compte tenu de ce qui précède, et notamment les nombreuses tentatives de remise en cause de la primauté du droit de l'Union européenne et du respect des principes de l'État de droit, peut-on dire que l'Union est en train de vivre une crise existentielle ?

Il faut rappeler le contexte historique de la situation actuelle. Au cours de la période récente, nous avons consacré beaucoup de temps et de moyens à vérifier les progrès réalisés dans la convergence économique et dans la bonne gestion budgétaire à travers l'Union. Cela s'est traduit par une série d'évolutions positives, notamment en réaction à la crise financière et à la crise des dettes souveraines. La priorité résidait alors dans la mise en place d'outils efficaces pour mieux contrôler le secteur bancaire, celui des assurances et généralement les marchés financiers, avec un rôle accru pour la Banque centrale européenne. À l'époque, le débat sur les valeurs européennes était quasiment inexistant ; en d'autres termes, les critères de Copenhague recevaient moins d'attention que ceux de Maastricht. On avait presque l'impression que lors de l'acceptation de nouveaux États membres dans l'Union ou dans la zone euro, l'essentiel était de s'assurer qu'il n'y au-

4. Note de la rédaction : par une résolution en date du 8 juillet 2021, le Parlement demande à la Commission européenne d'appliquer sans délai et intégralement le règlement « conditionnalité », considérant que le texte du règlement était clair et que son application n'avait besoin d'aucune interprétation supplémentaire. S'agissant de l'élaboration des lignes directrices, le Parlement a demandé à la Commission d'y préciser notamment que les violations de l'État de droit dans un État membre qui résultent d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 2021 relèvent bien du champ d'application du règlement tant que leur effet a encore cours, et de tenir compte du fait que les cas de violations persistantes de la démocratie et des droits fondamentaux peuvent avoir un effet sur la protection des intérêts financiers de l'Union. Enfin, le Parlement souligne l'importance de protéger les intérêts des destinataires finaux et des bénéficiaires des financements dans la mise en œuvre du règlement.

5. Note de la rédaction : les gouvernements de la Pologne et de la Hongrie ont chacun saisi la CJUE pour faire annuler le mécanisme de conditionnalité, considérant que ces règles seraient confuses, imprévisibles et dénuées de fondement juridique. Les audiences devant la CJUE ont commencé le 12 octobre 2021.

rait pas de dérapage budgétaire et que toutes les réformes économiques nécessaires étaient mises en œuvre ; le respect des principes démocratiques, des droits fondamentaux et de l'État de droit était considéré comme acquis.

Nous constatons aujourd'hui que la situation est complètement différente. Depuis 2016, la Commission a lancé l'idée d'un examen du respect des principes de l'État de droit dans chacun des États membres, avec un premier rapport sur ce sujet dans l'Union publié l'année dernière et le deuxième en juillet dernier. En même temps, la CJUE et la CEDH rendent de plus en plus d'arrêts définissant par touches successives ce que l'on entend par État de droit et indépendance de la justice. Le Parlement européen s'est aussi engagé, essentiellement depuis 2016, dans cette voie. Cette prise de conscience au sein de toutes les institutions européennes est récente, et a certainement été accélérée par des développements inquiétants, tels les réformes constitutionnelles intervenues en Hongrie ou encore la participation de partis extrémistes au gouvernement de certains États membres, notamment l'Autriche.

Cela étant dit, je ne crois pas pour l'instant que l'Union soit en train de vivre une crise existentielle. Nous sommes confrontés, certes, à une remise en cause des fondements de l'Union par certaines actions ou décisions, mais ce qui est encourageant est qu'un grand nombre d'États membres se mobilisent immédiatement en réaction, tout comme les institutions européennes, afin d'exiger que les principes fondamentaux de l'Union soient respectés. Cette prise de conscience est indispensable aujourd'hui, car si nous ne réagissons pas vite, l'avenir sera effectivement menacé ; une Union « à la carte » n'est pas une Union.

Comment éviter de se retrouver dans cette situation et de donner à certains cette impression ?

L'actualité récente montre que c'est tout l'inverse que l'on est en train de vivre dernièrement. Je prendrai un seul exemple, celui de la santé. Depuis le début de la crise du Covid-19, beaucoup se demandaient où était l'Europe. Or, l'Union n'a pratiquement aucune compétence dans ce domaine. Pour autant, l'Europe n'était pas absente. Nous avons réussi à construire au fur et à mesure des semaines et des mois une véritable politique de santé, de recherche, de développement des vaccins. Aujourd'hui, nous disposons de budgets qui seront mis à disposition à l'échelle européenne pour promouvoir une politique commune en matière de santé. La même conclusion s'impose lorsqu'on songe aux discussions actuelles sur l'autonomie stratégique, la politique commune en matière de défense et de sécurité, ou même la volonté de faire de l'Europe un acteur mondial dans l'industrie des microprocesseurs : il existe une vraie attente que les politiques à l'échelle européenne se renforcent.

Or pour que ce renforcement soit possible, nous devons nous assurer que la crise des valeurs dans certains États membres - qui, on ne peut pas le nier, est très forte - n'entraîne pas une contagion menaçant la survie même de l'Union à long terme. Certes, nous ne pouvons pas

comparer la situation actuelle aux risques de propagation en dominos de la crise financière il y a quelques années, nous sommes loin de ce type de danger. Mais nous ne pouvons pas nous permettre de tarder à réagir aux situations inquiétantes, avec tous les outils juridiques et financiers à notre disposition.

Sans penser uniquement aux cas de la Pologne et de la Hongrie, avez-vous l'impression dans votre pratique quotidienne que l'État de droit est une notion partagée et comprise de la même manière à travers les États membres ?

Si l'on regarde la situation dans le monde, on constate il est vrai des différences très nettes dans la manière dont différentes juridictions comprennent ces valeurs, en tout cas par rapport à ce que l'on entend par « État de droit » en Europe. Bien évidemment, à trop regarder la situation ailleurs, nous pourrions nous dire que, tout compte fait, l'Europe est dans l'ensemble plutôt une bonne élève, ce qui est d'ailleurs confirmé par les différents classements internationaux en la matière. Mais cela ne nous exonère pas de faire attention à ce que les principes de l'État de droit, les droits fondamentaux, les droits des minorités, et les principes démocratiques, soient respectés au quotidien au sein de l'Union.

Lors de l'élaboration du rapport annuel sur l'état du droit dans l'Union, nous nous sommes d'ailleurs confrontés à la problématique de la définition de la notion même d'État de droit. Le travail que nous avons accompli sur les standards utilisés dans le rapport atteste directement du fait que des critères partagés existent bien.

Bien évidemment, il existe des différences d'un État membre à l'autre. Prenons l'exemple du système démocratique : nous avons vingt-sept systèmes électoraux différents. Je ne suis pas sûr que tout le monde puisse expliquer en Allemagne comment fonctionne la composition du Bundestag, même en période électorale. Pourtant, on finit par accepter que, avec des cultures différentes, des cheminements historiques différents ayant mené à tel ou tel régime parlementaire ou présidentiel, des élections au suffrage majoritaire ou proportionnel, un air de famille rassemble ces systèmes, tous démocratiques. C'est le respect d'un certain nombre de principes fondamentaux qui compte, et qui nous permet de reconnaître l'identité dans la diversité des particularités nationales. Dès lors, nous ne demandons jamais que les systèmes politiques ou judiciaires soient parfaitement identiques ; il suffit qu'ils respectent les valeurs de l'Union. Il en est de même lorsqu'on parle de racisme et de xénophobie : les pays scandinaves sont traditionnellement protecteurs de la liberté d'expression, et ne veulent pas prendre des mesures légales aussi strictes que ce que nous préconisons, ce qui soulève des débats permanents. Finalement, des cultures différentes nous amènent à des systèmes différents, mais cette diversité ne soulève aucun problème tant que les systèmes sont équivalents, c'est-à-dire qu'ils respectent réellement nos valeurs fondamentales.

Pour revenir à la garantie du respect des principes de l'État de droit dans l'Union, il faut rappeler qu'elle vise avant tout à protéger les citoyens dans chaque État membre : si l'État de droit n'est pas respecté, ce sont aussi tous les autres droits substantiels des citoyens européens qui reculent. C'est ce constat qui nous a amené au rapport sur l'État de droit dans l'Union et à la vingtaine de débats auxquels j'ai déjà participé devant les parlements nationaux pour expliquer nos conclusions et recommandations.

Nous nous engageons dans un travail de pédagogie qui associe Parlements, gouvernements, et membres de la société civile. Pour renforcer ce dialogue, j'ai récemment demandé à l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (sise à Vienne) de travailler sur un modèle de multiplication de ces échanges avec des organisations de la société civile. Je suis d'ailleurs intimement convaincu que l'État de droit, les droits fondamentaux, la démocratie, en passant par la sensibilisation au climat et à la prévention contre les discours de haine, sont tous des sujets qui devraient irriguer les parcours scolaires à travers l'Union. Il est essentiel que les citoyens européens comprennent dès le plus jeune âge en quoi ces différents éléments sont importants dans leur vie quotidienne. Il faut leur expliquer par exemple pourquoi l'accès à une juridiction indépendante et impartiale, et si possible efficace, est indispensable pour la protection de tous les autres droits dont ils jouissent. Pour prendre un autre exemple, si l'indépendance des médias n'est pas garantie, ils ne pourraient jamais se forger leurs propres opinions.

La solution aux problèmes que nous rencontrons aujourd'hui à cet égard viendra sans doute des jeunes générations, dont on constate l'extraordinaire mobilisation sur la question climatique par exemple. On peut être d'accord ou non avec les méthodes employées, mais cette mobilisation ne peut être ignorée dans la définition des actions des États ou de l'Union. De la même manière, notre objectif est de convaincre les jeunes générations que dans tous les domaines qui leurs sont chers, le respect de nos valeurs, du processus démocratique et de l'État de droit est essentiel pour qu'ils puissent s'exprimer et avoir une influence réelle sur les choix politiques qui définissent le monde de demain.

Au-delà de son importance pour le quotidien des citoyens européens, la problématique de l'État de droit semble intimement liée à une certaine projection du pouvoir normatif européen à l'étranger. La force et la longévité du désormais fameux « effet Bruxelles » dépendent-elles tout autant de l'importance du marché européen que de la réussite dans ce combat pour s'assurer que les valeurs fondamentales sont véritablement partagées au sein de l'Union ?

Le travail effectué à l'intérieur de l'Union est en effet un préalable indispensable à toute tentative européenne d'exercer une quelconque influence sur la marche des affaires mondiales. Si nous ne faisons pas le travail à la maison, pour ainsi dire, il nous sera très difficile d'exiger des réformes de nos voisins.

Le travail que nous sommes en train d'accomplir au sein des vingt-sept États membres nous permettra d'appliquer la même analyse stricte aux pays candidats dans les Balkans, et d'affirmer de bonne foi que le respect de nos valeurs fondamentales est une condition sine qua non de l'adhésion. Lorsqu'on rencontre les dirigeants de la Géorgie et de la Moldavie, toutes les réformes pour lesquelles on plaide en matière de justice et d'État de droit reflètent directement le travail que nous menons aussi au sein de l'Union. La situation était identique lorsque nous nous sommes déplacés avec tous les membres de la Commission à Addis-Abeba pour rencontrer les membres de la Commission de l'Union africaine.

Je suis convaincu que l'influence européenne découle de notre capacité à projeter une image attractive, et que lorsque la situation se dégrade quelque part en Europe, c'est l'image de l'ensemble de l'Europe qui en pâtit. Je crains toutefois que beaucoup d'Européens ne se rendent pas compte que les situations dont nous avons parlé, tout autant que les crises migratoires et d'autres situations dramatiques ne sont jamais de phénomènes isolés dans certains États membres en particulier : pour les non-Européens, c'est l'ensemble de l'Union européenne qui semble subir une crise majeure.

Le travail à accomplir au sein de l'Union avant de pouvoir s'exprimer avec une voix crédible à l'extérieur est donc à prendre très au sérieux. Le RGPD a par exemple permis de mettre en place un système de protection des données personnelles en Europe. Or cette préoccupation n'est pas propre à l'Europe, elle est partagée par beaucoup d'autres juridictions ; le règlement a donc aussi offert un modèle pour la façon dont la protection des données et de la vie privée des individus peut être assurée. Le règlement n'est pas proprement extraterritorial ; mais il a un effet de contagion. De plus en plus d'États à travers le monde ont mis en place des outils comparables, directement inspirés de notre règlement. Dès lors, le travail que nous faisons à la maison dans ce domaine, je ne vais pas dire montre l'exemple, mais inspire en tout cas la confiance dans la possibilité de protéger les données personnelles dans le monde actuel. Aujourd'hui, le Green Deal, initiative très forte de l'Union, est une nouvelle occasion d'essayer d'entraîner un mécanisme global à partir de ce que nous faisons au sein de l'Union.

Sans un travail très sérieux en interne, nous n'aurions pas la capacité d'entraîner des partenaires et d'avoir dès lors une influence sur la définition des standards à l'échelon international. Je dois reconnaître que le retour des États-Unis, au moins la volonté de la nouvelle administration de travailler dans l'esprit du multilatéralisme, nous aide à renforcer notre influence, lorsque les valeurs que nous voulons défendre sont partagées par les États-Unis.

Le *soft power* européen découle donc en partie de sa capacité à exporter son modèle normatif. Cette composante de projection fait-elle vraiment partie des choses auxquelles la

Commission pense lorsqu'elle travaille, par exemple, sur la régulation de l'économie digitale, ou est-ce une conséquence inattendue d'un travail principalement tourné vers l'intérieur ?

Ceux qui disent au sein de la Commission qu'ils n'y pensent pas vraiment sont un peu des Monsieur Jourdain qui s'ignorent, qui participent à la projection de l'influence normative européenne sans le savoir. Lorsqu'on essaie de définir les meilleures règles possibles au sein de l'Union, c'est que l'on pense que ces règles ne sont pas absurdes en dehors de l'Union et pourraient donc aussi servir de standards internationaux. Cela se vérifie pleinement en matière de protection de nos valeurs fondamentales, où cette projection normative était un objectif en soi. Nous avons toujours considéré que ce que nous faisons au sein de l'Union nous permettrait de garder une crédibilité à l'extérieur.

Par exemple, le nombre accru de morts en Méditerranée nous oblige à revoir notre politique migratoire y compris parce qu'il nous serait difficile de pointer du doigt des catastrophes humanitaires à l'extérieur si nous ne faisons pas assez nous-mêmes pour arrêter les drames en Méditerranée. La Commission a donc mis sur la table un nouveau pacte migratoire pour essayer de redéfinir la manière dont ce sujet est abordé. Montrer le bon exemple est indispensable si l'on veut exiger quoi que ce soit des autres.

Un autre exemple est celui de la peine de mort. Nous avons réussi à faire en sorte que cette peine disparaisse aussi bien au sein de l'Union que dans le Conseil de l'Europe, et ce n'est plus un sujet d'actualité aujourd'hui. Même si un débat a eu lieu en Turquie il y a quelques années, la peine de mort n'a pas été réintroduite. Seule la Biélorussie l'applique encore et, dès lors, se situe en dehors du Conseil de l'Europe. Or, sans d'abord réussir une abolition complète en Europe, nous ne serions pas crédibles pour en parler ailleurs. Voilà donc encore un exemple où l'Europe est en pointe, seulement parce que nous avons réussi à aligner les positions de tous les États membres, et même sur l'ensemble du continent avec une seule exception.

Cette discussion nous amène à celle de « l'identité européenne ». Ne pourrait-on pas voir dans la force de ses valeurs, telles qu'exprimées par son droit, la seule façon pour l'Europe de se définir et de garder son rôle dans la mondialisation ? Autrement dit : l'identité européenne serait-elle une identité normative ?

Je crois que les traités sont très clairs à cet égard. L'article 2 du Traité sur l'Union européenne ne laisse aucun doute sur le fait que nos valeurs fondamentales sont consubstantielles à l'identité européenne. Par ailleurs, pour devenir membre de l'Union, les États candidats doivent remplir les conditions d'adhésion à ces principes, et le contrôle à cet égard a été renforcé ces dernières années.

Ce noyau dur couvre un ensemble de valeurs, de références que nous pensons universelles - même si elles ne sont pas encore acceptées par tous, à l'instar de la démocratie - et notre ambition est de les promouvoir. On le fait à travers certaines réglementations spécifiques qui touchent à la protection des droits fondamentaux, à la vie privée (comme le RGPD), ou sur l'État de droit.

Mais on le fait aussi en travaillant sur des sujets qui paraissent parfois plus éloignés, mais qui partagent exactement la même logique. Je pense notamment au travail sur la création d'un climat de confiance, que ce soit entre les citoyens et les autorités publiques, ou entre les consommateurs et les entreprises. Nos réglementations dans des domaines très variés concourent à cette fin. C'est le cas lorsque nous nous intéressons à la protection de la vie privée à l'égard des entreprises, mais aussi des autorités publiques et des services de renseignement. C'est aussi le cas lorsqu'on travaille avec les entreprises dans le cadre du Green Deal pour les accompagner dans leur volonté de créer une économie plus durable, mais également plus respectueuse des droits ; je pense notamment aux diligences pour éviter que la chaîne de production repose sur le travail forcé dans certaines régions du monde - Xinjiang en Chine par exemple - ou le travail des enfants.

Dans le même ordre d'idées, d'ici la fin de l'année je souhaite pouvoir présenter ensemble avec Thierry Breton, en sa qualité de commissaire responsable du marché intérieur, une initiative sur la gouvernance durable des entreprises, avec un changement de la définition de l'intérêt social, sur le modèle de la loi Pacte en France, et un devoir de vigilance pour les sociétés dans leurs opérations et leur chaîne d'approvisionnement concernant les risques, les potentielles externalités négatives sur l'environnement, la biodiversité, le changement climatique mais aussi les droits de l'homme.

Or, que faisons-nous à travers ces démarches ? Quand nous nous intéressons à ces sujets, ou encore à la manière dont les plateformes luttent contre les discours de haine en ligne, à la protection des consommateurs contre des produits dangereux, aux biais dans le fonctionnement de l'intelligence artificielle et à la lutte contre les comportements frauduleux, notre objectif ultime est de renforcer le climat de confiance entre les parties prenantes. Nous essayons effectivement, comme vous le soulignez, de nous fonder sur nos valeurs fondamentales afin de montrer aux citoyens européens que l'Europe que nous construisons est un espace de confiance.

L'Europe est donc plus forte et peut affirmer son identité quand ses actions et son cadre normatif, dans quelque domaine que ce soit, incarnent et protègent ses valeurs et nos droits les plus fondamentaux. C'est là le sens de notre action.

Interview par Hugo Pascal et Vasile Rotaru



Jean-Claude Juncker • Ancien Président de la Commission européenne (2014-2019) et ancien Premier ministre du Luxembourg (1995 -2013)

Tout est géopolitique

84

Quand on regarde l'an 2021, le retrait américain de Kaboul semble marquer un tournant. Le Président du Conseil européen, Charles Michel, nous avait confié sa lecture à chaud de la séquence ouverte en août¹. Quelle est votre analyse ?

Ma lecture n'est pas terminée. Les images que nous avons pu voir m'ont rendu triste et perplexe à la fois. Triste parce que l'affaire afghane, si vous me permettez cette expression, s'est terminée très mal, dans la défaite, avec un sentiment de gâchis. Perplexe parce que je crois que cette affaire connaîtra des développements difficiles à anticiper mais qui ne promettent rien de bon pour l'Europe. Elle nous fait entrer dans une nouvelle dimension dont on ignore, à vrai dire, à peu près tout.

Comment avez-vous interprété le positionnement de l'administration Biden vis-à-vis de ses alliés ?

Biden aurait pu se concerter avec ses alliés. Mais l'affaire afghane, en tant que telle, n'a rien changé à la relation des Européens avec les États-Unis. Les prises de parole du président américain nous ont dit une chose : nous avons fait fausse route. L'idée mise en avant par le monde atlantique depuis quelques années, peut-être même depuis la fin de la guerre froide, est arrivée à son terme. L'impératif d'intervention, même pour empêcher le pire, n'est plus d'actualité. L'idée que l'on puisse intervenir à partir de l'extérieur sur le développement interne des sociétés qui ne nous ressemblent pas était mauvaise. Elle n'a fait que produire des échecs.

Avec la prise de Kaboul par les Talibans, les Américains, les Européens, les « otaniens » ont perdu sur deux fronts : celui de la crédibilité vis-à-vis des autres puissances et celui de la confiance en leurs moyens. Il faut partir d'ici. C'est le sens de ce que nous répète le président des États-Unis : nous ferions mieux d'apprendre à gérer

1. « Éléments de doctrine, une conversation avec Charles Michel », *Le Grand Continent*, 8 septembre 2021.

nos propres affaires avant de prétendre nous occuper de celles des autres.

Pour ce faire, il faut développer une analyse qui nous soit propre. Plutôt que de parler d'autonomie stratégique je plaide, d'abord, pour que nous mettions en place une *autonomie d'analyse*, par une étude des positionnements géopolitiques qui doit être beaucoup plus complète qu'elle ne l'est à présent, prenant en considération les intérêts pour être à la hauteur des valeurs.

Qu'est-ce que cette analyse nous dirait de l'état de la relation atlantique ?

Nous avons connu la période de Donald Trump avec qui je me suis, curieusement, bien entendu. Nous sommes passés sous le régime de l'administration Biden. J'ai bien connu Joe Biden, quand il était vice-président de Barack Obama. Il a une plus grande faculté d'écoute que Trump : c'est le moins que l'on puisse dire ! Mais surtout, il connaît beaucoup mieux l'Europe.

Donald Trump avait une idée de l'Europe qui était inexacte. Il était dans un fantasme surprenant : il considérait que l'Union avait été créée dans une sorte de complot contre les États-Unis, conçue pour nuire à leur influence dans le monde. On peut tout dire, mais ce n'est vraiment pas le cas. L'Union a été un projet mené par des atlantistes convaincus. L'essentiel est là.

Voyez-vous une continuité entre les deux administrations ?

Oui, d'une certaine façon, il y a une continuité. Trump - comme Biden - parlait de l'idée qu'il était en charge des intérêts américains, que le président des États-Unis et sa politique étrangère devaient répondre aux besoins des classes moyennes. Dès lors, les intérêts des autres n'ont pas beaucoup d'importance. Est-il en cela si différent des chefs d'État européens ? Toutefois, Biden est à l'écoute : nous le voyons aujourd'hui.

Justement, qu'est-ce qui configure essentiellement aujourd'hui la relation atlantique ?

Le problème géopolitique qui nous est posé a trois noms : la Chine, la Russie et, avec une moindre intensité, la périphérie immédiate de l'Europe qui comprend la Turquie et le Moyen-Orient. Sur l'ensemble de ces sujets nous avons la chance de pouvoir échanger nos idées avec l'administration Biden.

Partagez-vous l'idée de plus en plus présente à Washington d'une « nouvelle guerre froide » avec la Chine ?

La Chine, d'un point de vue économique et commercial, est un partenaire qui compte pour nous. Dire le contraire ne correspond à aucune réalité. Mais en Europe nous avons été naïfs à l'égard de Pékin pendant de longues années. Nous avons accepté que les entreprises chinoises accèdent à notre marché intérieur alors que les compagnies européennes se voyaient interdire ce même accès.

J'ai l'impression d'avoir contribué à corriger le tir. Dans la dernière réunion que j'ai eu en tant que président de la Commission à Paris avec Emmanuel Macron, Angela Merkel et le président chinois Xi Jinping, j'avais dit au président chinois - qui a pris cela très calmement - que la Chine était bien sûr un partenaire, mais qu'elle était aussi un rival et un concurrent qui ne jouait pas selon les règles.

Quelle est votre analyse de la relation de l'Union avec la Russie ?

La Russie, contrairement aux États-Unis, est notre voisin immédiat. Nous ne pouvons pas changer la géographie : l'Europe est proche de la Russie. Ce voisinage a une conséquence : imaginer une architecture sécuritaire de l'Europe sans réserver une place à la Russie est une impasse. Je ne dirais pas indépendamment du problème de la Crimée ou de l'Ukraine de l'Est, mais nous devons avoir avec la Russie une relation suivie. Il faut que nous nous parlions. Les Américains ne sont pas dans le voisinage immédiat de la Russie.

Nous ne pouvons pas sur ces deux questions - la Russie et la Chine - suivre les instructions qui nous parviennent de Washington, nous devons avoir une autonomie d'analyse et de comportement.

Vous avez prononcé des mots récemment introduits dans le vocabulaire européen - géographie, autonomie... Quand j'avais interrogé en 2019 Romano Prodi, il avait paru s'étonner de la circulation d'un vocabulaire géopolitique à Bruxelles². Selon lui, ces concepts n'étaient pas dans la boîte à outil de la Commission qu'il a présidée entre 1999 et 2004. Quel est votre sentiment ? Est-ce que vous avez senti une accélération de cette prise de conscience avec la Commission Von der Leyen qui se veut, justement, « géopolitique »³ ?

J'avais affirmé que je voulais que ma Commission devienne politique. Cela impliquait déjà que la dimension géopolitique joue un rôle accru. Parce que nous devons définir une relation avec le reste du monde : avec la Chine, avec la Russie ainsi qu'avec l'Afrique, continent dont l'importance est beaucoup trop sous-estimée par les États européens.

Tout est géopolitique. La géopolitique c'est l'intersection entre la politique et la géographie. C'est un luxembourgeois qui vous parle. Il y a les grands agglomérats - qui peuvent même être des grands continents - souvent plus importants que nous du point de vue géographique ou démographique.

Nous venons de célébrer le trentième anniversaire de la chute de l'URSS. Avec le Traité de Minsk nous avons assisté à un bouleversement des cartes politiques, mais est-ce qu'il s'est vraiment agi d'une transformation de la géographie ?

2. « Il est difficile d'oublier l'empire », une conversation avec Romano Prodi », *Le Grand continent*, 18 octobre 2019.

3. F. Louis, « Quatre problèmes géopolitiques de la Commission géopolitique », *Le Grand continent*, 8 septembre 2020.

L'URSS était un immense empire, l'Europe, qui ne se réduit pas à l'Union européenne, est toute petite. Nous sommes le plus petit continent au monde, et ce alors même que nous pensons toujours être au centre du monde. Nous ne sommes pas, nous n'avons jamais été, les maîtres de l'histoire universelle. À chaque fois qu'en Europe quelqu'un a essayé de devenir le maître du monde, cela a dérapé : Hitler et confrères ont poursuivi une idiote volonté de puissance.

L'analyse de la place de l'Europe dans le monde vous conduit-elle à une forme de modestie ?

Oui, dans l'analyse géopolitique du monde et de l'imbrication des ensembles nous devons être modestes. Bien sûr, nous avons quelque chose de particulier. Indépendamment des dérapages polonais et hongrois que nous observons avec inquiétude - il ne faut pas négliger de soutenir les mouvements démocratiques qui se mobilisent dans ces pays -, nous avons un code de valeurs que les autres n'ont pas, ni les Américains ni les Chinois - surtout pas les Chinois - parce qu'ils s'adonnent à une vision de l'homme et à un modèle social qui ne sont pas les nôtres, ni ceux de la Russie. Naturellement, il y a des améliorations en ce qui concerne les droits de l'homme qui, après avoir été une invention française, se sont largement diffusés sur le reste du continent européen.

Vous avez été au cœur de la transformation de l'Union en une puissance de régulation, est-ce qu'il faut aller dans cette direction pour déployer une géopolitique européenne ?

L'Union européenne est un ensemble qui fixe des normes à l'échelle du continent. Ceux qui ne sont pas membres adoptent - parfois de façon récalcitrante d'ailleurs, comme la Suisse ou la Norvège - nos normes. Nous avons donc une responsabilité normative. D'autres acteurs, comme les États-Unis, jouent seuls. Nous adoptions trop souvent des réflexes qui ne correspondaient pas à l'Europe. Je pense à ce néolibéralisme sans gêne qui a contaminé les élites bureaucratiques et politiques des États et de l'Europe et qui a frayé un sentier qui ne correspondait pas à la voie européenne.

À partir de votre compréhension interne des institutions européennes, quel est à votre avis le changement le plus profond déterminé par la crise Covid ? Voyez-vous des transformations historiques ?

Au début, j'ai été surpris, scandalisé par l'absence d'entraide dont les États membres de l'Union faisaient preuve. Chacun faisait dans son petit coin ce qui lui semblait approprié. Bien sûr, l'Union n'avait pas de compétence en matière de santé publique et le cadre de référence est donc devenu le cadre national. C'était un désordre intégral. Il faut reconnaître un grand mérite à la commission von der Leyen : elle a réussi à prendre les choses en main. Elle a imposé des règles communes.

Je tire une leçon positive de cette crise, si tant est que l'on puisse tirer quoi que ce soit de positif d'une pandémie. Les Européens, les opinions publiques européennes se sont rendus compte qu'aucun État membre - ni l'Italie, ni l'Espagne, ni même la France ou l'Allemagne - n'aurait réellement gagné à gérer seul une crise globale et générale. L'idée qu'il devrait y avoir une action commune face à la crise a donc fait son chemin. Cela s'est traduit dans les faits lorsque le Conseil européen a adopté le paquet *Next Generation EU* de 750 milliards d'euros.

S'agit-il d'un changement durable, d'une bifurcation par rapport à ce consensus que vous venez vous-même de qualifier de « néolibéral » ?

Je remarque que cela aurait dû être fait beaucoup plus tôt. J'avais déjà plaidé en 1999 pour des Eurobonds. Cette idée a été immédiatement rejetée par les Allemands et les Autrichiens. Nous sommes arrivés à ce stade, ce qui est à mes yeux une évolution positive qui, dans les faits, inaugure un futur fait de plus de solidarité et de compréhension mutuelle.

Comment expliquez-vous ce changement ?

Par un retour aux sources du projet européen. Nous nous sommes rappelés les raisons qui font que nous nous sommes unis. Les États membres et surtout les opinions publiques se sont rendu compte que l'Allemagne ou que l'Italie ne disposaient pas à eux seuls des moyens d'action qu'il aurait fallu pour réagir à la crise pandémique. Les États nationaux - que je respecte profondément parce que l'Europe ne se fait pas contre les nations qui la composent - se sont rendu compte de leur faiblesses et de la force qu'ils ont quand ils agissent en commun.

L'autre sujet qui aurait sans doute été encore plus au cœur de l'initiative de la Commission si la pandémie n'avait pas frappé est celui de la transition écologique. Quelle est votre analyse de son action ?

Je pense que le Pacte vert est une initiative qu'il s'agit de poursuivre et d'encourager dans les faits. L'objectif de 0 émission en 2050 est bon pour l'Europe et peut servir de modèle aux autres puissances comme la Chine, les États-Unis et plus largement le reste du monde. C'est une initiative qui fait que l'Union européenne a pu s'entendre sur le futur qu'elle envisage.

Pensez-vous que nous sommes en train d'élaborer des nouveaux termes du débat, un nouveau consensus qui soient propres à l'Europe - vous avez parlé de la nécessité de dépasser la phase néolibérale - à votre avis quelles sont les priorités autour desquelles peut être accompli cet *aggiornamento* ?

C'est un combat qui reste d'actualité. J'ai mis beaucoup de soin à l'élaboration d'une Europe sociale, qui a toujours été ma conviction. S'imaginer, comme beaucoup l'ont fait au cours des décennies passées, que l'Union européenne pourrait continuer à exister en négligeant le fait

social et qui se caractérisait par un néolibéralisme sans borne et sans gêne est un leurre.

Vouloir construire l'Union européenne d'une façon presque avouée contre les intérêts des salariés ne fonctionne pas. Étape néolibérale après étape néolibérale, les travailleurs, non seulement les organisations syndicales, mais plus largement les salariés se sont rebiffés, ils ne peuvent plus adhérer à ce projet. Ce qui a manqué à l'histoire récente de l'Europe c'est la solidarité. C'est un sujet sur lequel nous devons continuer à travailler. Sous mon mandat, la Commission a mis en place un socle de droits sociaux européens, étape par étape. Cela continue avec l'actuelle Commission et je crois que c'est le bon chemin. J'ai bon espoir que la Présidence française du Conseil de l'Union européenne (PFUE) parviendra à porter plus loin cet engagement.

Comment analysez-vous la prédominance apparente du Conseil sur les autres institutions européennes ?

Il y a du positif et du négatif. Du positif parce qu'en se voyant plus souvent qu'au cours des années précédentes, les États membres, les gouvernements et surtout les chefs d'État se sentent plus concernés par la chose européenne. Le niveau européen a par ailleurs intégré d'une manière palpable les raisonnements nationaux.

Il y a aussi du négatif parce que le Conseil européen ne respecte pas toujours le jeu normal des institutions. Il n'a pas assez de respect pour le Parlement européen, qui est tout de même co-législateur avec le Conseil des ministres. Il a également peu de respect pour le Conseil des ministres qui en de nombreux cas peut décider à la majorité qualifiée - alors que le Conseil doit décider à l'unanimité, ce qui l'amène à se mettre d'accord sur des concepts vaseux qui, en termes législatifs et pratiques, ne mènent à aucun résultat.

On décèle une volonté que certains - pas tous - peuvent avoir de réduire le rôle de la Commission. J'ai toujours lutté contre cette tentation pernicieuse, j'ai toujours défendu le rôle singulier de la Commission, qui doit rester la force motrice de la construction européenne et je crois avoir réussi car j'ai restauré l'autorité de la Commission.

Quelle est votre lecture de l'évolution de l'extrême droite en Europe : elle paraît en perte de vitesse en Allemagne, alors que dans les intentions de vote en France elle parvient à des scores inédits...

L'extrême droite européenne et notamment française ne porte toujours pas l'Europe en son cœur. Elle cède systématiquement à la tentation de rejeter les autres. Pour les grandes familles politiques européennes - libérales, socialistes, conservatrices - les autres existent au même titre que nous. L'extrême droite est incapable de ce geste de solidarité.

Tout au long de ma longue carrière et de plus en plus dans les dernières années, j'ai vu des tentatives de regroup-

per au niveau européen des forces d'extrême droite. Cela a échoué à chaque fois parce qu'en réalité, en plus de ne pas aimer les autres, ces partis ne s'aiment pas entre eux. Je me souviens, lorsque j'ai fait mon discours d'intronisation, que Madame Le Pen s'est levée et a dit qu'elle allait voter contre moi. Je lui ai répondu que je ne voulais pas de voix de son parti, qui déteste les autres. Les vrais conservateurs doivent comprendre que l'extrême droite est un danger pour l'Europe. Si l'extrême droite gagnait en France - malgré les sondages, ce n'est pas mon hypothèse, je pense qu'elle ne va pas gagner - mais si elle parvenait ne serait-ce qu'à accroître son rôle ce serait une défaite pour toutes les forces démocrates en Europe.

Quelle est votre analyse de ce triangle qui semble se recomposer entre Italie, Allemagne et France ?

L'Allemagne a su faire de l'Europe une partie essentielle de sa raison d'être, le nouveau chancelier et son gouvernement sont résolument pro-européens.

Je suis avec beaucoup d'intérêt l'amélioration de la relation franco-italienne qui n'a pas toujours été très bonne. Son renforcement ne constitue en aucune manière un danger pour le couple franco-allemand. C'est même le contraire. Le fait que l'Italie avec Mario Draghi soit devenue une force fortement constructive renforce plutôt le rôle propulseur de l'amitié franco-allemande.

Interview par Gilles Gressani

**“Les documents
parlementaires sont un vrai
moyen de sécurisation de nos
positions juridiques.”**



Emmanuelle Lourdeau

Avocate en droit fiscal chez TCA Avocats

L'intention du législateur, à portée de main.

Parce qu'elle ne devrait pas être un luxe, Doctrine réinvente pour vous la recherche dans les documents parlementaires.

Éliminez les angles morts de vos stratégies juridiques en accédant facilement à l'esprit de la loi.

Rendez-vous sur [doctrine.fr](https://www.doctrine.fr)

Quel agenda pour l'Union ?



Gilles Briatta • Secrétaire général du groupe Société Générale, ancien secrétaire général des affaires européennes et conseiller Europe du Premier ministre

Le renouveau du débat sur la puissance européenne peut-il aboutir à un changement de paradigme à Bruxelles ?

90

La construction européenne a été longtemps vue par les responsables publics français comme une construction de puissance. L'Union européenne (UE) ne pouvait en aucun cas rester une organisation surtout économique et financière sans gouvernement digne de ce nom, ni sans les attributs habituels de la puissance internationale, y compris les capacités militaires et la politique étrangère.

La création de la monnaie unique a ainsi pu être considérée par la France comme une étape fondamentale et politiquement indispensable, qui devait préfigurer le reste ; tandis que le développement de la politique étrangère commune, la création du poste de Haut représentant pour la politique étrangère, de la fonction de président permanent du Conseil européen, les tentatives multiples de lancer une politique industrielle commune centrée sur les secteurs stratégiques en termes d'influence, le lancement des prémisses d'une politique de défense commune, tout ceci pouvait être considéré par les responsables français comme les parties d'un plan de long terme visant à construire, pas à pas, une puissance européenne.

Cette évidence française n'a pourtant jamais fait l'unanimité en Europe, elle est même longtemps restée très minoritaire et ce pour plusieurs raisons.

Ces réticences constituent en premier lieu l'héritage historique européen. Le concept de puissance européenne peut rappeler de mauvais souvenirs à beaucoup d'Européens. On peut citer la peur récurrente de la domination de quelques « grands » Etats (France et Allemagne en particulier) sur tous les autres, thème toujours très présent dans les relations européennes quotidiennes, ou le soupçon d'un désir « gaullien » plus ou moins confus d'une France dominant l'Europe, caricature encore bien vivante dans l'esprit de certains partenaires de la France, ou la peur plus générale de la reconstitution plus ou moins lointaine d'un « empire européen », terme qui reste

un tabou absolu en Europe, particulièrement - mais pas seulement - à l'Est.

Elles sont aussi le fait de certaines incohérences françaises : les décennies de construction européenne n'ont pas été un chemin toujours cohérent pour la politique européenne française. Nos partenaires accusent volontiers la France d'oublier son objectif de puissance européenne dès que ça l'arrange, en particulier en politique étrangère ou en matière de politique d'armement, pour se concentrer sur ses propres intérêts et son propre prestige dans le monde, y compris vis-à-vis des Etats-Unis ou de la Russie. On souligne aussi que la promotion française d'une Europe forte est loin de faire l'unanimité en France même où se développe un fort euroscepticisme, y compris dans la classe politique nationale. La France n'est certainement pas pire que ses partenaires dans ces deux domaines, mais le contraste avec l'objectif annoncé peut parfois être déroutant.

On constate également des différences culturelles importantes en Europe sur la notion de puissance : dans ce débat, la France a toujours favorisé les instruments traditionnels (et d'ailleurs indiscutables) de la puissance internationale : gouvernement commun digne de ce nom, politique économique et industrielle commune associée à un marché unique des biens et des services, capacités militaires européennes, diplomatie européenne, rôle international de l'euro... Elle a eu tendance à moins s'investir dans le pouvoir d'influence internationale de la réglementation économique, environnementale et technique, moyen d'intervention très adapté à l'Union européenne, et surtout à sous-estimer tout ce qui tourne autour du pouvoir juridique, alors que l'UE a rapidement inscrit le respect du droit européen comme norme suprême de son fonctionnement et que le droit a été depuis des siècles une arme internationale communément utilisée pour affirmer sa puissance.

On peut remarquer que la création d'un marché unique des capitaux en Europe n'a pas non plus été historiquement un objectif prioritaire de la politique européenne française, n'étant pas inclus dans la vision culturelle française de la puissance, alors que la France avait de longue date pu constater les effets spectaculaires de la puissance financière américaine (rôle du dollar et profondeur du marché américain du capitaux étant étroitement imbriqués) et n'aurait pas dû oublier le rôle qu'avait joué la finance britannique dans l'affirmation de la puissance mondiale du Royaume-Uni pendant tout le 19^{ème} siècle. Il est d'ailleurs ironique que ce soit justement un commissaire européen de nationalité britannique qui ait finalement décidé de mettre l'Union des marchés des capitaux à l'ordre du jour à Bruxelles...

Enfin, la place réelle et symbolique des Etats-Unis en Europe a changé : pendant des décennies, l'affirmation que la puissance européenne devait en particulier viser à s'affranchir de l'influence américaine en Europe provoquait - pour des raisons historiques évidentes - une levée de boucliers de beaucoup de partenaires de la France.

Le thème est encore très présent et très sensible, en particulier autour de tout ce qui concerne le rôle de l'OTAN (surtout en période de tension avec la Russie), mais il évolue rapidement depuis plusieurs années, puisque c'est surtout du côté américain que l'Europe est de moins en moins perçue comme un intérêt prioritaire, forçant ainsi tous les Européens à repenser - souvent contre leur gré - la relation transatlantique.

Ces changements constatés aux Etats-Unis sur leur vision de leurs relations avec l'Europe sont d'ailleurs l'une des raisons du renouveau du débat sur la puissance européenne à Bruxelles. Plusieurs facteurs se sont en effet conjugués pour redonner de l'intérêt à cette vieille idée française.

On assiste tout d'abord à une transformation géopolitique : face à ce désintérêt croissant des Etats-Unis pour l'Europe, mais aussi au retrait soudain des troupes américaines d'Afghanistan et à l'extension de la rivalité sino-américaine au monde entier, l'Europe se sent plus isolée et plus marginalisée. L'impuissance prolongée des organes multilatéraux classiques, à l'image de l'Organisation mondiale du commerce, remet en cause la base du consensus des relations extérieures au sein de l'UE. Difficile de ne pas évoquer le sentiment de déclassement économique européen, avec les conséquences la domination écrasante des GAFA et des autres plateformes américaines pour le numérique, le retard européen dans d'autres secteurs d'avenir (comme le solaire face à la Chine), la position croissante des grandes institutions financières privées américaines en Europe, les nouvelles fragilités d'un système allemand d'exportations ayant beaucoup misé sur la Chine, la domination américaine en construction en matière de satellites Internet. La crise sanitaire, où nous avons pris conscience des limites de la délocalisation industrielle sanitaire et la gestion difficile du Brexit, qui force les Européens à définir en urgence les meilleurs moyens de défendre leurs intérêts communs en sont sans doute les deux derniers déclencheurs.

Le renouveau de ce débat sur la puissance européenne à Bruxelles est évident : la Commission lance ainsi de nombreuses communications et initiatives législatives dans des domaines aussi divers que le numérique, l'électronique, la politique industrielle, la politique commerciale, les services financiers, le rôle international de l'euro, la protection contre les législations extraterritoriales non-européennes... visant à promouvoir une autonomie stratégique ouverte, terme plus consensuel en Europe que celui de « puissance » mais qui va clairement dans le même sens. Il n'y a plus de tabou en Europe sur ce besoin de débattre de l'autonomie stratégique.

Ce mouvement ne pourra néanmoins aboutir à un vrai changement de paradigme que si certaines conditions fondamentales sont remplies :

1. Cette autonomie stratégique doit être perçue comme compatible avec les intérêts du plus grand nombre d'Etats membres et de citoyens européens : le débat sur la puis-

sance européenne a été longtemps pollué par la peur d'aboutir à une domination de certains « grands » Etats sur l'ensemble de l'UE. Il est essentiel, dès le début, de donner des gages de prise en compte des intérêts du plus grand nombre et de convaincre que ce projet ne sert pas le dessein d'un ou deux Etats membres mais bien un intérêt collectif. Échouer sur ce point serait condamner d'avance l'ensemble de l'initiative.

2. L'objectif d'autonomie stratégique doit s'appuyer sur des exemples publiquement énoncés d'avantages concrets attendus à l'avenir : rien n'est pire qu'une politique européenne qui ne peut expliquer concrètement les buts poursuivis. Par exemple, il faut expliquer plus clairement pourquoi on ne peut pas laisser les plateformes numériques américaines continuer à dominer à ce point le marché, et quel est l'objectif raisonnable à terme pour l'Europe dans ce domaine, ou pourquoi on ne peut pas rester passif face au développement des législations extraterritoriales dans le monde (aux Etats-Unis, mais aussi en Chine et ailleurs). Derrière les communications et les propositions législatives se cache encore parfois une certaine confusion sur les objectifs réels recherchés.

L'exemple du marché unique des capitaux est à ce titre éclairant : c'est certes un objectif officiel de l'Union, mais peu de responsables politiques européens semblent convaincus du lien entre cet objectif et des problèmes concrets bien réels : une épargne européenne très abondante mais massivement exportée, en particulier aux Etats-Unis, un actionnariat des grandes entreprises européennes cotées de plus en plus dominé par des fonds non-européens, une faiblesse endémique du capital-risque en Europe, etc... Faire le lien avec des problèmes concrets à résoudre est vital pour la cohérence de l'action et pour son soutien politique.

3. L'autonomie stratégique ne sera qu'un leurre si elle n'est pas compatible avec les autres grands objectifs de l'Union européenne : c'est bien sûr évident pour la transition énergétique, objectif majeur de la législature actuelle au sein de l'UE. Ces objectifs sont susceptibles de se renforcer les uns les autres, mais ceci n'est pas du tout acquis à l'avance et demandera une coordination fine sur le moyen et long terme entre de nombreux services de la Commission européenne, ce qui n'est pas toujours la marque de fabrique de cette grande et belle maison.

4. L'un des plus grands obstacles potentiels à la puissance européenne est sa division interne. Je ne reviens pas sur la peur d'une domination des « grands » Etats sur les autres. Il y a à côté de cette peur récurrente d'autres fractures en Europe qui menacent l'existence même de l'UE : fracture Nord-Sud révélée au grand jour lors de la grande crise financière à partir de 2008 et surtout de 2011, qui a laissé des traces profondes dans les opinions publiques, et qu'il faut continuer à traiter. Et bien sûr aussi une fracture Est-Ouest croissante, très dangereuse car elle s'appuie sur des perceptions parfois différentes de l'His-

toire et des valeurs, et qui ne sera pas résolue seulement par un appel aux tribunaux européens.

Il y a enfin une fracture sociale, qui traverse les Etats membres eux-mêmes. Cette fracture sociale a été l'une des causes documentées du succès du Brexit au Royaume-Uni et qui est d'autant plus menaçante que les changements profonds liés à la transition énergétique sont susceptibles d'accroître l'ampleur de cette fracture en Europe. Laisser ces fractures s'aggraver serait une recette sûre pour menacer l'existence même de l'UE et oublier à jamais tout rêve de puissance européenne.

5. Pour construire son autonomie stratégique, l'UE doit s'appuyer sur ses forces, mais aussi tirer les leçons de ces dernières décennies.

S'appuyer sur ses forces, c'est d'abord continuer à défendre l'Etat de droit et la primauté du droit européen, pierre angulaire de la construction européenne, surtout dans une période où cette primauté est de plus en plus mise en cause dans les débats publics européens. Mais il serait très dangereux d'imaginer pouvoir résoudre les divergences profondes internes à l'UE, et particulièrement la fracture Est-Ouest dont on vient de parler, seulement par une action juridique et sans vouloir débattre du fond politique des désaccords. Un tel traitement exclusivement « juridictionnel » de problèmes de fond, tentation toujours présente dans l'UE, mènerait à coup sûr à l'échec.

S'appuyer sur ses forces, c'est aussi bien sûr continuer à réguler, ce que l'UE fait massivement, particulièrement pour la lutte contre le changement climatique. Mais là encore il ne faut pas imaginer pouvoir tout résoudre par la réglementation et la régulation : on a un peu tendance en Europe à beaucoup réguler a priori, y compris en favorisant des choix technologiques que le marché n'a pas toujours eu le temps de valider. Pour construire son autonomie stratégique, l'UE devrait un peu plus regarder les méthodes employées à l'extérieur de l'UE et s'employer plus à orienter les forces du marché sans systématiquement vouloir tout prédéterminer dans le détail. C'est particulièrement important pour le succès de la transition énergétique, objectif vital pour l'environnement, mais aussi pour l'autonomie stratégique économique, ainsi que pour l'avenir de la fracture sociale européenne.

6. Enfin, il n'y aura pas de succès des différentes initiatives en cours visant à affirmer une puissance européenne sans développement des outils communs adaptés.

On sait que l'UE est un étrange animal politique, une organisation internationale dotée d'énormes pouvoirs (politique commerciale commune, très large pouvoir de régulation interne, monnaie commune et superviseur bancaire unique pour la zone euro, primauté du droit européen sur les droits nationaux...) sans disposer des autres outils habituels de la puissance : pas de gouvernement commun digne de ce nom, pas de police commune, pas d'armée commune, et bien sûr pas d'idéologie commune pouvant

servir de socle identitaire à des peuples qui ne parlent pas la même langue et qui ont souvent des différences fortes de culture et de perception de leur Histoire.

Cet étrange animal politique ne peut pas réussir à atteindre ses objectifs sans s'en donner les outils adaptés, particulièrement en ce qui concerne l'exécution ou le contrôle. On n'aurait pas eu de politique commerciale commune ou de politique de la concurrence sans la constitution d'une Commission européenne forte et compétente. Quand il a fallu lutter contre le terrorisme international après le 11 septembre 2001, on n'a pu progresser qu'en inventant cette construction juridique très audacieuse qu'est le mandat d'arrêt européen. Et on n'a pas pu unifier les conditions du contrôle prudentiel des banques sans un superviseur bancaire unique de la zone euro, créé par règlement en 2013, après plusieurs années de crise financière.

Lorsqu'on analyse les principaux objectifs de l'autonomie stratégique européenne, on voit vite qu'on aura besoin de nouveaux outils adaptés. Il est difficile de vouloir sérieusement peser sur les Etats tiers qui développent leur législation extraterritoriale sans développer une plus grande compétence pénale européenne (dans les litiges OFAC impliquant les grandes entreprises européennes sur des soupçons de violation d'embargos américains, ce sont presque toujours les procureurs fédéraux du Département de la Justice américain qui ont eu l'influence majeure sur le litige), ni d'ailleurs sans la création d'une OFAC européenne pour le volet non pénal. Il n'est guère envisageable d'avancer vers un vrai marché unique des capitaux sans une vraie autorité européenne de régulation des marchés financiers. Et les outils nécessaires en Europe ne sont pas tous publics, au contraire les plus essentiels sont probablement privés : il faut ainsi accélérer la mise en place des conditions faisant émerger des plateformes numériques européennes capables de concurrencer leurs partenaires américains, ainsi que des fonds d'investissement européens et des banques européennes de financement et d'investissement de taille suffisante, sans lesquelles un marché unique des capitaux n'aurait aucun sens pour l'Europe et son autonomie financière.

Si ces différentes conditions de succès sont correctement analysées et traitées, le renouveau du débat sur la puissance européenne peut devenir un changement de paradigme pour l'UE. Un tabou a été brisé, essentiellement par la conjonction de circonstances extérieures à l'Europe. Maintenant, le plus dur commence pour l'autonomie stratégique européenne. Pour réussir, l'UE doit rester fidèle à ce qui a toujours fait son succès, en particulier sa formidable puissance juridique et sa capacité à fabriquer de la législation et de la régulation, mais elle doit aussi se réinventer sans cesse pour éviter de tomber dans des pièges bien identifiés, pièges aussi considérables que l'opportunité qui est devant nous.



Peter Chase • Senior Fellow du German Marshall Fund et ancien vice-président de la Chambre de commerce américaine pour l'Europe

Recadrer et muscler la coopération transatlantique en matière de réglementation

Après quatre années de relations commerciales transatlantiques agitées sous la présidence Trump, l'administration Biden prend des mesures importantes, mais prudentes, pour resserrer les liens économiques entre les États-Unis et l'Union européenne.

Ces mesures, y compris la création du Conseil du commerce et de la technologie (en anglais, TTC pour *Trade and Technology Council*), donnent une nouvelle orientation à la coopération transatlantique en matière de réglementation, d'une manière qui, heureusement, n'a pas (encore) suscité des tumultes comparables au « poulet au chlore » qui a gâché les négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI).

Aussi bienvenues et importantes que soient ces mesures, elles sont toutefois trop timides. Elles reflètent une mauvaise compréhension du débat sur le PTCI et laissent passer une occasion cruciale d'être à la fois plus ambitieux sur le commerce transatlantique et plus efficace pour protéger les consommateurs, les travailleurs, les épargnants et les investisseurs européens et américains, ainsi que notre environnement.

Derrière cette occasion manquée se cache la crainte d'une opposition populaire à une coopération réglementaire transatlantique plus approfondie. Mais cette opposition peut être levée, si les politiciens et les décideurs européens et américains écoutent leurs citoyens et recadrent le débat. L'article commence par rappeler comment l'Europe et les États-Unis en sont arrivés là, propose ensuite un moyen plus efficace de sortir de l'impasse, puis se concentre sur la raison d'être d'une véritable coopération réglementaire transatlantique souhaitable et sur la façon dont elle peut être promue. Quelques recommandations plus générales suivent en conclusion.

Comment en est-on arrivé là ?

Les relations économiques entre les États-Unis et

l'Union européenne sont uniques, parce qu'elles sont basées sur des investissements plutôt que sur le commerce. Le fait que les entreprises américaines aient investi plus de 2.500 milliards de dollars en Europe, et les entreprises européennes 2.000 milliards de dollars aux États-Unis, montre l'importance de l'investissement que chaque partie détient dans l'autre. Même la relation entre les États-Unis et le Canada n'est pas comparable, car ce dernier a une économie beaucoup plus petite : les entreprises américaines ont investi 442,1 milliards de dollars au Canada, tandis que quelque 490,8 milliards de dollars ont circulé dans l'autre sens. Les relations des États-Unis ou de l'UE avec la Chine ou le Japon ne sont pas comparables non plus, comme le montre le tableau ci-dessous.

Tableau 1 - Investissements directs étrangers, position historique, milliards de dollars, euros

Pays	Etats-Unis	Union européenne	Canada	Chine	Japon
IDE des États-Unis en 2020		\$2.515.2	\$442.1	\$123.9	\$131.6
IDE de l'UE en 2019	€2.161.5		€399.3	€198.7	€108.2

Cette relation basée sur l'investissement génère à son tour 1.000 milliards de dollars par an d'échanges bilatéraux de biens et de services entre les États-Unis et l'Europe, dont une grande partie est intra-groupe : par exemple, des moteurs et autres composants partagés entre Ford Espagne et Ford Detroit, la propriété intellectuelle et le savoir-faire partagés entre J&J et Janssen.

Derrière ces investissements se trouvent des personnes - les citoyens américains qui travaillent pour des entreprises « européennes » dans chacun des 50 États, et les Européens qui dirigent ou travaillent souvent pour des entreprises « américaines » en Europe. De plus, une part importante des investissements réalisés par les entreprises européennes et américaines outre-Atlantique est dédiée à la recherche et au développement collaboratifs, réunissant les meilleurs esprits d'Europe et des États-Unis pour améliorer nos vies et nos sociétés.

La profondeur des capitaux propres investis de part et d'autre de l'Atlantique est directement liée à la coopération réglementaire transatlantique : les décisions réglementaires prises d'un côté de l'Atlantique affectent l'autre.

Lorsque les États-Unis étaient la première puissance économique (il y a bien longtemps), les décisions prises à Washington affectaient les entreprises européennes qui devaient exporter vers le marché américain. Par exemple, pendant plusieurs décennies, l'Administration fédérale de l'aviation (*Federal Aviation Administration*) mettait des années à certifier la navigabilité des nouveaux modèles d'Airbus. À mesure que l'Union européenne a approfondi le marché unique et que son PIB a atteint, voire dépassé, celui des États-Unis, la situation s'est équilibrée. Et a

même semblé s'inverser lorsque les entreprises américaines ont protesté contre la réglementation européenne sur les produits chimiques (REACH) et la réglementation sur la protection de la vie privée (RGPD), ce qui a conduit certains à parler d'un « effet Bruxelles »¹.

L'accent mis sur la dynamique bilatérale a toutefois commencé à changer lorsque la Chine est entrée en scène et a commencé à rivaliser avec les prouesses économiques des États-Unis et de l'Union européenne. C'est l'une des raisons pour lesquelles la chancelière allemande Merkel a appelé à la conclusion d'un accord de libre-échange transatlantique dès 2007 (ce qui a donné naissance au Conseil économique transatlantique)², et c'est aussi la raison pour laquelle les présidents Obama, Barroso et van Rompuy ont lancé les négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement en juin 2013. Les trois présidents pensaient que, parce que les États-Unis et l'UE avaient des investissements aussi significatifs l'un dans l'autre, le PTCI devait rendre les entreprises et les travailleurs européens et américains plus compétitifs au niveau mondial en réduisant les coûts du commerce et des investissements bilatéraux, en élaborant de nouvelles règles pour les relations économiques internationales et en facilitant la coopération réglementaire, visant à construire un « marché transatlantique sans barrières ».

Cet effort ambitieux s'est toutefois rapidement heurté à des difficultés. D'abord, en raison de faux pas dans les négociations, lorsque les États-Unis ont fait une offre tarifaire initiale délibérément conservatrice, conduisant l'UE à se montrer récalcitrante dans son offre sur les services. Deuxièmement, en raison du tumulte provoqué par les révélations d'Edward Snowden sur l'accès de la *National Security Agency* aux données personnelles détenues par les entreprises américaines. Troisièmement, et surtout, en raison de l'inquiétude croissante des Européens quant à la possibilité que les États-Unis utilisent le PTCI pour affaiblir les protections réglementaires de l'UE, que ce soit en imposant directement des changements dans les règles régissant des domaines tels que les OGM ou encore le « poulet au chlore », ou indirectement par le biais du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (en anglais ISDS, pour *Investor-state dispute settlement*).

Les pourparlers étaient essentiellement au point mort lorsque Donald Trump est devenu Président en janvier 2017. Il a immédiatement commencé à s'insurger contre l'excédent commercial de 150 milliards de dollars de l'UE et n'était pas prêt à exempter l'Europe des droits de douane punitifs qu'il a imposés sur les importations d'acier et d'aluminium sous le prétexte de la protection de la sécurité nationale, malgré la collaboration militaire

entre les deux au sein de l'OTAN. Bien au contraire, il a fait monter la pression, menaçant fréquemment d'utiliser à nouveau la justification de la protection de la « sécurité nationale » pour taxer les 60 milliards de dollars d'exportations européennes d'automobiles et de pièces détachées. Dès lors, personne n'a été surpris que le Président américain ait immédiatement pris des mesures pour prélever des droits de douane sur 11 milliards de dollars d'importations européennes lorsque l'OMC a finalement jugé illégales les subventions européennes à Airbus en octobre 2019. Et bien sûr, Trump a encore déconcerté l'Europe en menant une guerre commerciale contre la Chine et en sapant le système de règlement des différends de l'OMC.

L'approche pugilistique de Trump en matière de commerce est motivée par la conviction que les Présidents américains depuis la Seconde Guerre mondiale ont choisi d'abaisser les protections contre les importations pour obtenir un avantage géopolitique « putatif » contre des pays étrangers. Sans surprise, les cibles des politiques commerciales de Trump, dont l'UE, ont toutes immédiatement riposté.

L'essai d'un nouveau départ

M. Biden est devenu Président en janvier 2021, faisant presque figure d'incarnation de la politique étrangère américaine de l'après-Guerre - après tout, pendant un demi-siècle de service public, il a longtemps siégé (et présidé) à la commission des relations étrangères du Sénat, tout en ayant été le vice-président de M. Obama. Il a surtout promis de renouveler les alliances traditionnelles des États-Unis, notamment avec l'Europe. Et beaucoup sur la rive orientale de l'Atlantique ont poussé un soupir de soulagement.

Mais, alors qu'il aurait pu utiliser son pouvoir exécutif pour inverser les politiques commerciales de son prédécesseur, M. Biden était conscient que plus de 70 millions de citoyens américains avaient voté pour M. Trump en partie parce qu'ils partageaient son point de vue selon lequel la politique étrangère américaine avait trop souvent joué en défaveur des américains « normaux ». Biden et beaucoup de membres de son équipe ont également fait l'expérience directe des manifestations européennes contre le PTCI, et craignent que les Européens ne s'opposent à tout effort pour relancer ces discussions ; une crainte partagée par les dirigeants politiques européens.

M. Biden et son équipe ont donc agi avec beaucoup de prudence, y compris avec l'Europe, où l'administration a convenu avec l'UE, en mars, de suspendre les droits de douane sur les Airbus et les Boeing pendant cinq ans³ et de travailler en commun sur la définition des règles régis-

1. A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press 2020 ; A. Bradford, « Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'effet Bruxelles », *Revue européenne du droit*, mars 2021, n°2.

2. <https://www.gmfus.org/news/rebuilding-strategy-transatlantic-economic-relationship>

3. « Joint Statement of the European Union and the United States on the Large Civil Aircraft WTO Disputes », 5 mars 2021, voir https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/march/tradoc_159458.pdf

sant les subventions aux grands avions civils⁴. L'administration Biden a également créé le Conseil du commerce et de la technologie lors du sommet États-Unis-UE en juin⁵, et, plus récemment, a converti les droits de douane sur l'acier et l'aluminium européens en contingents tarifaires substantiels⁶, sans pour autant renoncer à les justifier sur le fondement de la protection de la sécurité nationale, ni annuler les droits de douane punitifs sur les importations dépassant ces contingents. En retour, l'Union européenne a supprimé les droits de douane qu'elle avait imposés en réponse aux mesures de M. Trump, a retiré la plainte qu'elle avait déposée auprès de l'OMC contre les mesures justifiées sur le fondement de la protection de la sécurité nationale, et a intensifié sa collaboration avec Washington sur des problèmes qu'ils identifient tous les deux comme trouvant leur origine en Chine. Et les vents plus chauds en provenance de Washington ont également permis aux deux parties de gérer d'autres désaccords - émanant principalement de l'Europe - sur des sujets tels que la protection des données et les taxes sur les services numériques⁷.

Le Conseil « Commerce et technologie » (le CCT) est perçu comme étant le principal forum de promotion de cette réconciliation commerciale transatlantique. Les Vice-Présidents Exécutifs de la Commission pour l'économie et le commerce et pour la concurrence et les politiques numériques, Valdis Dombrovskis et Margrethe Vestager, ont rencontré leurs homologues américains (le Secrétaire d'État Antony Blinken, la Secrétaire au Commerce Gina Raimondo et la représentante américaine au commerce Katherine Tai) à Pittsburgh en septembre et ont publié une longue déclaration⁸ promettant beaucoup d'avancées dans dix domaines, sept liés à la technologie (notamment les normes d'intelligence artificielle, les technologies propres, les chaînes d'approvisionnement, la 5G et la gouvernance des données) et trois plus axés sur le commerce, notamment les moyens de lutter contre les subventions chinoises et d'améliorer le fonctionnement de l'OMC.

Il s'agit manifestement d'efforts très importants, et les annexes accompagnant la déclaration du CCT sur la sélection des investissements, les contrôles à l'exportation, les

semi-conducteurs, l'intelligence artificielle et les défis du commerce mondial témoignent d'une grande convergence d'approches, notamment en ce qui concerne la Chine.

Le manque d'ambition

Ceci étant dit, tout comme les efforts de l'administration Biden sur l'affaire Airbus-Boeing et les droits de douane sur l'acier et l'aluminium ont repoussé les problèmes au lieu de les résoudre, les efforts du CCT ne vont pas au cœur des divergences économiques transatlantiques. En effet, le CCT n'abordera même pas les questions transatlantiques les plus problématiques, notamment le renouvellement du schéma *Privacy Shield*, dont l'objectif est de faciliter les transferts de données dont dépend l'économie transatlantique, mais qui a été déclaré invalide par la CJUE en juillet 2020, ou les profondes divergences sur les questions liées à la sécurité alimentaire. Cela s'explique en partie par le fait que les dirigeants politiques des deux parties hésitent à énoncer une vision claire de l'intégration économique transatlantique, de peur que leurs travailleurs (aux États-Unis) ou leurs ONG (en Europe) ne se révoltent à nouveau, comme ils l'ont fait à propos du PTCI.

Cela signifie malheureusement que le CCT et la plupart d'autres forums de discussion entre les États-Unis et l'Union européenne sont fondés principalement sur une motivation négative - contre la Chine - plutôt que sur une vision positive de la construction de l'économie transatlantique⁹.

D'un côté, c'est compréhensible : la principale leçon de l'échec du PTCI est que, dans le contexte transatlantique, les questions commerciales et réglementaires doivent être séparées. C'est ce que fait le CCT.

Mais en ne réaffirmant pas la valeur pour tous nos citoyens d'un marché transatlantique sans barrières, et en n'annonçant pas d'efforts pour relancer les négociations d'un accord de libre-échange (sans la partie relative à la coopération réglementaire), les deux parties ont manqué une occasion importante de promouvoir leur compétitivité et d'arguer en faveur d'une véritable coopération réglementaire transatlantique.

Recadrer la coopération en matière de réglementation

Encore une fois, la coopération réglementaire ne devrait pas être incluse dans les négociations renouvelées des accords de libre-échange, qui devraient plutôt se concentrer sur l'élimination des droits de douane et le renforcement des règles du commerce international. La raison en est simple : la réaction du public contre le PTCI, en particulier en Europe, a montré à quel point il peut être dangereux d'associer négociations commerciales et coopération réglementaire. Il suffit qu'il apparaisse que la poursuite des intérêts commerciaux pourrait miner le ni-

4. « USTR Announces Joint U.S.-E.U. Cooperative Framework for Large Civil Aircraft », voir <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/june/ustr-announces-joint-us-eu-cooperative-framework-large-civil-aircraft>

5. « L'Union européenne (UE) et les États-Unis lancent le Conseil du commerce et des technologies pour diriger une transformation numérique mondiale fondée sur des valeurs », voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_2990

6. « Joint US-EU Statement on Trade in Steel And Aluminum », voir <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/31/joint-us-eu-statement-on-trade-in-steel-and-aluminum/>

7. « USTR Announces, and Immediately Suspends, Tariffs in Section 301 Digital Services Taxes Investigations », voir <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/june/ustr-announces-and-immediately-suspends-tariffs-section-301-digital-services-taxes-investigations>

8. « EU-US Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement », voir https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_21_4951

9. « P. Chase, Enhancing the Transatlantic Trade and Investment Relationship », 3 février 2021, voir : <https://www.wilsoncenter.org/article/enhancing-transatlantic-trade-and-investment-relationship>.

veau de protection des consommateurs, des travailleurs, des investisseurs et de l'environnement pour que les négociations deviennent incendiaires.

La coopération réglementaire transatlantique est confrontée à deux contraintes bien réelles qui empêcheraient tout accord commercial transatlantique de réduire les protections réglementaires. Ces contraintes n'ont jamais été correctement expliquées au public ; les responsables se sont contentés de déclarer qu'ils n'avaient pas l'intention d'utiliser le PTCI à cet effet. Et de telles promesses, à elles seules, n'avaient aucune crédibilité.

La première de ces contraintes, tellement ancrée dans le droit international et la pratique que personne n'a jamais pris la peine de la discuter lors des débats sur le PTCI, est que tout bien et service vendu dans un pays doit répondre aux exigences légales de ce pays, et que tout investissement étranger dans un pays est soumis à ses lois. Point. Si ce n'est pas le cas, les biens ou services importés sont illégaux et peuvent être confisqués, tandis que l'investisseur étranger fautif sera traîné devant un tribunal. À ce titre, ni les États-Unis ni l'UE n'auraient pu convenir dans le cadre du PTCI que les produits ou services ne répondant pas aux normes réglementaires locales pouvaient être importés.

Le second principe est moins universel, car il dépend du système politique. Dans certains pays, les lois peuvent être déterminées par décret autocratique. Mais dans une démocratie, les lois et les règlements qui régissent les biens et les services mis sur le marché et le comportement des entreprises sur ce marché reflètent les valeurs des personnes qui élisent les politiciens qui rédigent ces lois. Pour les États-Unis et l'Europe, la démocratie est plus qu'une simple « valeur partagée » ; c'est une importante courroie de transmission qui exprime les « préférences collectives » de nos citoyens. Les hommes politiques, tant en Europe qu'aux États-Unis, refuseraient d'adopter un accord commercial ou une loi ultérieure qui violerait ces préférences exprimées démocratiquement, ou ils en paieraient le prix lors des prochaines élections.

De même, dans une démocratie, les autorités de régulation qui mettent en œuvre les lois sont responsables face aux politiciens élus. Elles ne peuvent pas changer la loi elles-mêmes, et si les électeurs sont lésés parce qu'elles ne la mettent pas en œuvre, elles peuvent subir de plein fouet toute la colère des élus. En effet, les autorités de régulation politiquement responsables peuvent se trouver dans une situation très délicate si les consommateurs, les épargnants ou les investisseurs sont lésés, même si aucune loi contraire n'existe ou n'est enfreinte.

Les autorités de régulation, comme les politiciens qui les supervisent, sont donc naturellement orientées vers le marché intérieur et se méfient des engagements internationaux. Il est certain qu'aux États-Unis, les autorités de régulation s'efforcent de garder une certaine distance avec les négociateurs commerciaux et, en effet, le Congrès

a fait en sorte que de nombreuses autorités de régulation clés soient responsables uniquement devant lui plutôt que devant le Président et le pouvoir exécutif¹⁰.

Reflétant cette réalité, le cadre normatif international régissant le commerce et l'investissement, qui a été rédigé par les principales démocraties, reconnaissent la primauté des préférences collectives nationales. Mais elles reconnaissent également que certaines limites doivent être fixées autour de ces « préférences » afin de garantir que les pays se traitent les uns les autres de manière équitable et conformément aux règles établies, et pas seulement en fonction de leur pouvoir respectif. Ces limites sont simples : les processus réglementaires doivent être transparents ; les intérêts étrangers ne doivent pas faire l'objet d'une discrimination pour la simple raison qu'ils sont étrangers ; et la réglementation doit être fondée sur des preuves scientifiques, de sorte que toutes les parties puissent apprécier les préjudices potentiels qui sont écartés.

Certains craignent que l'exigence d'une approche scientifique n'aille à l'encontre du principe de précaution¹¹, selon lequel un gouvernement peut agir pour protéger l'environnement, les consommateurs ou d'autres intérêts même si les preuves sont incomplètes ou spéculatives et les coûts de la réglementation élevés. Cette préoccupation apparaît souvent dans le débat sur les OGM, où la politique américaine est perçue comme étant particulièrement permissive. Mais cette perception passe à côté de deux choses : L'UE autorise de nombreux OGM (principalement pour l'importation et l'utilisation) après une évaluation scientifique approfondie¹². Et les États-Unis sont de grands praticiens du principe de précaution¹³, ce qui explique qu'ils mettent généralement beaucoup plus de temps à approuver les médicaments utilisés régulièrement en Europe, qu'ils refusent d'accepter les « déclarations de conformité des fournisseurs » pour ce que l'UE considère comme des appareils électriques « à faible risque » et qu'ils ont une politique de visa aussi restrictive.

En revanche, l'obligation imposée par le droit commercial international d'utiliser une approche scientifique pour justifier la réglementation contribue à garantir que les décisions gouvernementales réglementant les produits et services importés ne sont pas arbitraires ou capricieuses. Ce principe est fermement défendu par de nombreuses décisions régissant le marché unique de l'UE ainsi que par des décisions judiciaires américaines.

Les autorités de régulation, les responsables poli-

10. Toutes les « commissions » réglementaires sont indépendantes du pouvoir exécutif - la *Securities and Exchange Commission* (SEC), la *Federal Trade Commission* (FTC), la Commission fédérale du commerce (CFC), etc.

11. Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, voir <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001>

12. https://webgate.ec.europa.eu/dyna/gm_register/index_en.cfm

13. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578022/EXPO_STU\(2016\)578022_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578022/EXPO_STU(2016)578022_EN.pdf)

tiques et le public n'apprécient pas toujours d'être soumis aux exigences de transparence, de non-discrimination et de preuve ; toutes les « préférences collectives » ne survivraient pas à un tel examen. Mais ils n'apprécient pas non plus d'être soumis à un comportement arbitraire et capricieux de la part des autres. Ces principes sont donc inscrits dans le droit commercial international, et nous acceptons généralement ces limites parce qu'elles s'appliquent à tous de la même manière.

La coopération réglementaire transatlantique en pratique

Respectant ces limites et malgré leur orientation nationale, les autorités de régulation coopèrent au niveau international. Cela est particulièrement vrai entre l'Europe et les États-Unis, où des niveaux de développement similaires et nos systèmes démocratiques signifient depuis longtemps que nous sommes souvent confrontés à des problèmes sociétaux similaires¹⁴. Au départ, cette coopération s'est faite en grande partie avec les grands États membres et par l'intermédiaire de l'OCDE ; elle n'a commencé avec l'UE qu'après que le processus du marché unique ait donné plus de pouvoir réglementaire à Bruxelles. En effet, la coopération officielle entre les États-Unis et l'UE en matière de réglementation n'a commencé qu'en 1997 avec la première déclaration commune sur les principes de bonne réglementation¹⁵. Elle s'est rapidement développée au début des années 2000 et a gagné en visibilité avec la création du Forum de coopération réglementaire de haut niveau (en anglais HLRCF, pour *High-Level Regulatory Cooperation Forum*) en 2005, qui a été à son tour intégré sous la coupole du Conseil économique transatlantique (CET)¹⁶ en 2007. Les autorités de régulation américaines étaient initialement méfiantes ; elles n'appréciaient guère que le représentant américain au commerce et la DG Commerce « facilitent » les efforts initiaux, car elles n'acceptaient pas que des considérations étrangères aient quelque chose à voir avec leur travail. C'est l'une des raisons de la création du HLRCF, qui était coprésidé par l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) des États-Unis et le Secrétariat général de la Commission. Le CET s'est également tenu à l'écart du

commerce puisqu'il était présidé par le conseiller adjoint du Président pour les affaires économiques internationales et le commissaire chargé du marché intérieur.

Le véritable travail, bien sûr, a été effectué par les autorités de régulation américaines et européennes elles-mêmes. Les discussions ont souvent été fastidieuses et frustrantes, en partie à cause d'une différence structurelle majeure entre les deux parties : les autorités de régulation américaines sont également responsables de l'application effective des règles (et des conséquences de leur échec), tandis que l'UE s'en remet généralement aux gouvernements des États membres.

Pourtant, les deux parties ont pu enregistrer de nombreux succès notables, notamment au plus haut niveau de la coopération réglementaire - la reconnaissance mutuelle des décisions de l'autre partie sur la sécurité d'un produit ou d'un service, ce qui permet à ce produit/service de pénétrer de manière égale les deux marchés. Les États-Unis et l'UE ont procédé de la sorte dans un certain nombre de domaines, y compris (ironiquement) dans ceux où ils ont eu des différends commerciaux majeurs : certification de la navigabilité des gros avions, pratiques prudentielles pour les normes comptables et pour les dérivés financiers, commerçants et voyageurs de confiance, étiquetage des aliments « biologiques », production de substances actives pharmaceutiques. La Commission européenne a même reconnu à deux reprises l'équivalence des pratiques américaines en matière de protection des données, bien que la Cour européenne de justice ait, imprudemment¹⁷, invalidé les décisions d'adéquation qui sous-tendaient les accords *Safe Harbor* et *Privacy Shield*.

Dans chaque cas, les facteurs à l'origine de ces accords n'avaient pas grand-chose à voir avec le désir de promouvoir le commerce en tant que tel. Ils étaient plutôt motivés par les besoins pratiques des autorités de régulation elles-mêmes. Les autorités de régulation américaines et européennes sont mises à rude épreuve : les lois et les protections réglementaires deviennent de plus en plus strictes et doivent être appliquées à des volumes toujours plus importants de biens et de services nationaux et importés, alors même que les budgets des agences sont réduits. Les autorités de régulation savent qu'elles doivent devenir plus efficaces pour remplir leur mandat de protection des citoyens, des systèmes financiers et de l'environnement. Et pour ce faire, elles ont besoin de partenaires en qui elles peuvent avoir confiance : des homologues qui exigent et font respecter des niveaux de protection similaires¹⁸.

14. Bien sûr, il ne s'agit pas seulement d'une question transatlantique - l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) facilite depuis longtemps les dialogues et la coopération en matière de réglementation entre ses membres, et ces derniers se sont considérablement diversifiés depuis que le Japon est devenu le premier membre non transatlantique en 1964. Les membres hors Europe et Amérique du Nord comprennent le Chili (2010), la Colombie (2020), le Costa Rica (2021), Israël (2010), le Japon (1964), la Corée (1996) et le Mexique (1994).

15. Pour les détails de cette affaire, voir P. Chase et J. Pelkmans, « This Time It's Different: Turbocharging Transatlantic Regulatory Cooperation in PTCI », Centre for European Policy Studies, juin 2015 : <https://www.ceps.eu/ceps-publications/time-its-different-turbo-charging-regulatory-cooperation-ttip/>. L'annexe fournit une liste exhaustive des efforts de coopération réglementaire entre les États-Unis et l'UE jusqu'au début des négociations du PTCI.

16. <https://2009-2017.state.gov/p/eur/rls/or/130772.htm>

17. P. Chase, « Navigating the Transatlantic Data Conundrum », 21 septembre 2021 : <https://cepa.org/navigating-the-transatlantic-data-conundrum/>

18. Ce raisonnement est bien formulé dans le décret du président Obama de mai 2012 sur la promotion de la coopération internationale en matière de réglementation, voir <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/05/01/executive-order-promoting-international-regulatory-cooperation>.

Chaque accord de coopération réglementaire entre les États-Unis et l'Union européenne repose entièrement sur la confiance entre les autorités de régulation compétentes. Cette confiance peut s'évaporer en un instant, comme cela s'est produit après la crise financière de 2008 - aucune autorité de régulation politiquement responsable ne prendra à la légère le risque d'être traîné devant des législateurs démocratiquement élus parce qu'il ou elle a aveuglément sous-traité sa responsabilité à l'autorité de régulation d'un autre pays. Mais lorsque cette confiance est forte, elle peut même résister aux erreurs, comme ce fut le cas pour la certification du Boeing 737 Max par la FAA.

La coopération réglementaire transatlantique n'est donc pas et ne peut pas être destinée à « diminuer les obstacles au commerce ». Elle peut avoir cet effet, mais ce n'est pas son but. La coopération réglementaire transatlantique vise plutôt à accroître l'efficacité et l'efficience des autorités de régulation nationales. Il s'agit de renforcer les protections réglementaires, et non de les affaiblir.

Muscler la coopération transatlantique en matière de réglementation

La coopération en matière de réglementation est en partie visible dans l'agenda du CCT : équivalence possible en matière d'approbation des applications « à haut risque » de l'IA/apprentissage automatique ; élaboration de méthodes communes pour le calcul des émissions de gaz à effet de serre intégrées dans les produits/processus de fabrication ; adoption d'approches similaires pour la réglementation des plateformes de médias sociaux ; identification et contrôle des fuites de technologies à double usage liées à la sécurité nationale. Ces efforts ont précédé le CCT, mais celui-ci leur donne une importance et un élan qui ne devraient pas tarder à produire des résultats. Et il le fait judicieusement d'une manière qui est (maintenant) séparée des préoccupations traditionnelles en matière de commerce et d'accès au marché... bien que celles-ci puissent à nouveau se poser, notamment dans le domaine du numérique. Même sans cette distraction, les discussions seront longues et souvent difficiles, car il s'agit de domaines relativement nouveaux dans lesquels les deux parties peuvent même manquer de lois, de réglementations et d'autorités chargées de leur application effective - ce qui ne favorise pas la confiance mutuelle.

Mais le programme du TTC, aussi bon soit-il, est insuffisant. D'autant plus que les autorités de régulation des deux côtés ont du retard à rattraper, ayant été anormalement restreintes par la dynamique des négociations du PTCl, une situation aggravée lorsque la confiance s'est effondrée pendant les années de la présidence Trump.

Heureusement, les activités dans certains domaines de coopération se sont poursuivies, et d'autres reprennent, bien que souvent à un niveau faible et technique. L'exemple le plus frappant est peut-être celui des vaccinations Covid, lorsque la pandémie a obligé la FDA et l'Agence européenne des médicaments à partager des données, des résultats et

même des approbations à un niveau sans précédent - un niveau qui n'aurait pas pu être atteint si les deux agences n'avaient pas eu derrière elles deux décennies de coopération de plus en plus importante.

C'est de ce genre d'efforts dont le public des deux côtés de l'Atlantique a besoin, dans bien d'autres domaines. Cela ne signifie pas que ces activités doivent relever du CCT ; bien au contraire. Plutôt, l'Union européenne et les États-Unis devraient, dans un premier pas, dépeussier le forum de coopération réglementaire de haut niveau sous l'égide de la Maison Blanche (OIRA et NSC) et du Secrétariat général de la Commission. Il faudrait commencer par dresser un rapide inventaire des efforts de coopération réglementaire transatlantique existants, en relevant notamment les raisons des échecs précédents. Il faudrait demander à toutes les agences de dresser une liste des domaines où une collaboration future est envisageable et en discuter, puis inviter les parties prenantes à faire part de leurs commentaires à ce sujet. Ce processus pourrait aider à déterminer les domaines prioritaires de collaboration, qui pourraient à leur tour gagner en prééminence et être stimulés par un processus de surveillance de haut niveau. Un peu comme le CET, mais amélioré.

L'amélioration viendrait en partie d'un recadrage des objectifs : une coopération réglementaire visant non pas à réduire les « barrières commerciales », mais à promouvoir l'efficience et l'efficacité des autorités de régulation.

Cela étant, chacune des activités individuelles de coopération réglementaire pourrait supprimer les « obstacles » au commerce et à la compétitivité transatlantiques - lorsque les autorités de régulation elles-mêmes ont appris par le dialogue que les niveaux de protection qu'elles recherchent sont équivalents, et lorsqu'elles ont confiance dans le fait que l'autre partie peut et veut mettre en œuvre son cadre législatif.

Ces deux concepts - l'équivalence et l'application effective - sont essentiels. L'Union européenne est plus habituée à l'équivalence ; c'est le fondement du marché unique. De l'autre côté de l'Atlantique, cela peut être plus difficile, notamment parce que les lois américaines sont très différentes des lois européennes. Pourtant, comme nous l'avons démontré ci-dessus, les autorités de régulation américaines et européennes savent reconnaître l'équivalence quand elles la voient. L'un des meilleurs exemples est le suivant : à la suite du complot d'août 2006 visant à introduire des explosifs à bord des vols Londres-États-Unis¹⁹, les autorités américaines ont d'abord interdit les liquides dans tous les avions, avant de se résigner à autoriser les bouteilles d'une contenance de 3 onces²⁰, un petit format courant aux États-Unis. Cependant, l'Europe n'utilise normalement pas de bouteilles de 88,7 millilitres

19. Projet d'attentats sur les lignes aériennes transatlantiques de 2006 : https://fr.wikipedia.org/wiki/Projet_d%27attentats_sur_les_lignes_aériennes_transatlantiques_de_2006

20. J. Sharkey, « Turns Out There's a Reason for Those 3-Ounce Bottles », *NY Times*, 11 septembre 2007 : <https://www.nytimes.com/2007/09/11/business/11road.html>.

et s'en est plainte ; très rapidement, les États-Unis ont accepté que, pour les besoins de cette règle, 100 ml était équivalent à 3 onces. Ce qui n'est pas le cas, mais 100 ml répondraient également à l'objectif réglementaire (très prudent) des États-Unis, car ils étaient également trop petits pour un dispositif explosif efficace.

L'application effective, comme indiqué ci-dessus, est également essentielle, et elle est plus problématique en Europe. L'UE souhaite que tous les États membres soient traités de la même manière. Mais en réalité, les capacités d'application effective du cadre normatif varient. Au sein de l'UE, cette variation est problématique, mais la Commission et les autorités des États membres travaillent constamment avec leurs homologues pour résoudre les problèmes qui se posent. Pour les autorités de régulation américaines, cependant, cette situation est difficile à accepter ; elles ne connaissent peut-être pas chacune des autorités de régulation des États membres de l'UE et ne peuvent pas immédiatement leur accorder la confiance nécessaire. L'exigence pour l'UE de bénéficier d'une égalité de traitement pourrait ralentir tout accord réglementaire transatlantique. Mais, de manière pragmatique, les deux parties sont souvent parvenues à un compromis en vertu duquel un accord entre les États-Unis et l'Union européenne ne s'applique initialement qu'aux États membres qui représentent une « masse critique » d'exportateurs de l'UE vers les États-Unis, les autres étant ajoutés au fur et à mesure que la confiance mutuelle augmente. Une autre approche a été utilisée dans l'accord de reconnaissance mutuelle États-Unis-Union européenne de 2016 sur les bonnes pratiques de fabrication des principes actifs pharmaceutiques ; ici, la Commission européenne a démontré à la FDA, pendant plus d'un an, qu'elle disposait d'un processus permettant d'assurer une surveillance efficace de la fabrication des produits pharmaceutiques dans tous les États membres. Comme la Commission n'avait pas effectué de telles inspections pendant plusieurs années avant que la FDA ait soulevé des questions à ce sujet, ce processus a considérablement renforcé les protections réglementaires au sein de l'UE.

Conclusion

Malgré la réalité d'une économie transatlantique profondément intégrée, basée sur des investissements de plusieurs milliers de milliards de dollars, les États-Unis et l'Union européenne semblent trop souvent trébucher sur leurs propres pieds lorsqu'ils traitent de questions commerciales bilatérales.

Mais ils ne doivent pas se laisser arrêter par l'expérience traumatisante des négociations du PTCl ; dans le monde actuel, beaucoup plus compétitif, les travailleurs européens et américains ne peuvent pas se permettre d'avoir des politiciens et des responsables politiques qui craignent de prendre des mesures ambitieuses.

Les partenaires transatlantiques doivent au contraire tirer une leçon différente du PTCl. Ils doivent réaffirmer leur ambition de développer un marché transatlantique sans barrières, mais en recadrant ses objectifs. De nombreuses mesures peuvent être prises dès aujourd'hui dans le cadre d'un accord de libre-échange ambitieux entre l'Union européenne et les États-Unis pour réduire les coûts des chaînes d'approvisionnement intra-groupe transatlantiques intégrées, indépendamment des processus sous l'égide du CCT, et indépendamment de la coopération réglementaire évoquée plus haut.

Dans le même temps, il faut encourager les autorités de régulation de l'Union européenne et des États-Unis à collaborer, dans leur propre intérêt ainsi que dans celui de leurs citoyens, plutôt que dans le contexte d'un accord de libre-échange. Elles peuvent le faire et le feront, même dans le domaine délicat de la réglementation de la sécurité des aliments non-OGM, où de nombreux « obstacles » reflètent davantage des pesanteurs bureaucratiques que de réelles préoccupations en matière de sécurité alimentaire. En effet, des progrès constructifs peuvent également être réalisés dans le domaine le plus sensible de la « modification génétique », en particulier si les États-Unis peuvent commencer par reconnaître que le processus d'évaluation rigoureux de l'UE est légitime et que l'exportation de semences est moins importante que l'approbation de l'importation et de l'utilisation de produits de base.

La coopération réglementaire transatlantique s'est atrophiée. Cela devrait changer. L'Union européenne et l'administration Biden ont l'occasion de la redynamiser... si elles ont la sagesse d'en recadrer également les objectifs.



Laurent Cohen-Tanugi • Avocat international et essayiste⁷

L'Europe comme puissance normative internationale : état des lieux et perspectives

100

Vingt ans après un premier état des lieux², l'Europe entend toujours se définir comme une puissance qui s'affirme, non par la force militaire, mais par l'édition de règles ou de normes de comportement internationales. Dès les années 1970, ce qui allait devenir l'Union européenne était déjà qualifiée de « puissance civile » par la doctrine des relations internationales³.

Si le statut de puissance européenne reste à construire, il passe par la consolidation de l'influence de l'Union dans la production internationale de normes. L'influence correspond au pouvoir social et politique d'une personne ou d'un groupe, permettant d'agir sur le cours des événements et de produire du changement de manière indirecte et non coercitive⁴. La normativité est qualifiée de « *processus consenti d'harmonisation des préférences d'acteurs en vue de la réalisation d'un intérêt conjoint au travers du respect contraignant d'un certain nombre de règles* »⁵. L'influence normative de l'Union européenne, qu'on a pu qualifier d'« effet Bruxelles »⁶, peut se décliner en trois volets :

- la capacité à élaborer sa loi et à en imposer le respect sur son territoire, voire au-delà (extraterritorialité) ;

- la capacité à influencer sur le contenu de normes (juridiques, techniques) résultant d'un processus de négocia-

tion internationale au sein de différentes enceintes multilatérales ; et

- la capacité à servir de modèle normatif volontaire au sein de la communauté internationale⁷.

Le recours à la norme comme vecteur d'influence reflète tout d'abord le projet même de la construction européenne. L'Europe exprime en effet une préférence originelle pour la norme, d'où elle tire sa légitimité interne. C'est par la norme commune, issue d'une résolution pacifique et négociée des conflits entre des Etats-nations historiquement ennemis, que s'est construit le projet européen pour garantir la paix sur la Vieux Continent.

Si l'idée de puissance renvoie traditionnellement à la capacité diplomatique et militaire, l'influence normative est aujourd'hui d'autant plus nécessaire que les conflits internationaux ont eu tendance à troquer l'uniforme militaire pour les habits plus civils de l'économie, du droit et de la technologie. Les controverses autour de l'application extraterritoriale du droit américain en sont une illustration. Dans un monde interdépendant, la régulation par un ensemble d'institutions, de règles de droit et de procédures est devenue essentielle, et la normativité constitue alors une expression des stratégies de puissance. Il convient donc de se pencher, non plus sur l'existence en tant que telle, mais sur les degrés de l'influence normative européenne aujourd'hui.

Seront ainsi analysés en premier lieu les succès de l'Union européenne comme puissance normative internationale à partir d'exemples concrets dans des domaines divers. La seconde partie fera apparaître les obstacles entravant cette ambition, avant de conclure sur l'importance et les limites de la normativité elle-même comme instrument de puissance.

1. L'Europe, puissance normative internationale : ambitions déclarées et réalisations

Se positionnant très tôt comme une Communauté de droit, l'Europe a pu en tirer des succès incontestables pour asseoir sa puissance normative.

1.A. L'Europe, Communauté de droit

Le projet européen s'est très tôt positionné comme instance normative, « communauté de droit ». Cette construction juridique de l'Union européenne s'est d'abord faite en son sein même par la création d'un système institutionnel créateur de normes. Outre le Conseil, au sein duquel le vote à la majorité qualifiée dans de nombreux domaines a été une force motrice d'intégration, et le rôle clé de la Commission, la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE »), aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »), a développé très vite une jurisprudence innovante ayant accéléré et accentué la capacité normative du projet européen grâce

1. Avec la collaboration de Martin Méric.

2. L. Cohen-Tanugi, *L'influence normative de l'Union européenne : une ambition entravée*, Les notes de l'IFRI, n° 40, Paris, IFRI, 2002.

3. F. Duchêne, "The European Community and the uncertainties of Interdependence", in M. Kohnstamm, et W. Hager (eds.), *A Nation Writ Large? Foreign Policy Problems Before the European Community*, Mac Millan, Basingstoke, 1973.

4. Dictionnaire Larousse, « Influence », édition 2021.

5. Z. Lăiđi, *Les conséquences inattendues de la puissance européenne*, 2007, p. 3.

6. A. Bradford, "The Brussels Effect", *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, No. 1, 2012, *Columbia Law and Economics Working Paper* No. 533 ; A. Bradford, « Penser l'Union européenne dans la mondialisation : l'effet Bruxelles », *Revue européenne du droit*, mars 2021, n°2.

7. L. Cohen-Tanugi, *Ibid.*, p. 11.

à son monopole d'interprétation des traités⁸. Dès 1964, la Cour affirmait la primauté du droit communautaire sur les droits internes de ses Etats membres⁹, y compris sur leurs normes constitutionnelles des Etats membres¹⁰. Ce principe de primauté, qui a permis d'éviter une érosion du droit communautaire par les législations internes, a été progressivement admis par les juridictions nationales. Un an plus tôt, en 1963, la CJCE avait déjà reconnu le principe de l'effet direct du droit communautaire, en vertu duquel les particuliers peuvent se prévaloir des dispositions du traité et des actes de droit dérivé dès lors que leurs dispositions leur confèrent expressément des droits et imposent aux Etats membres des obligations si claires, précises et inconditionnelles qu'elles se passent de mesures d'application¹¹. Par la conjonction de la primauté, de l'applicabilité directe du droit européen et de son contrôle de la conformité des législations nationales à cet ordre juridique¹², la CJCE a ouvert la voie de la constitutionnalisation des traités européens selon l'expression du juge Federico Mancini¹³. Elle a ainsi fait sortir le projet européen de son lit de simple organisation intergouvernementale où il aurait pu demeurer pour en faire une institution de nature fédérative.

L'Union européenne a également influencé ses Etats membres par l'affirmation d'un certain nombre de valeurs cardinales dans ses traités constitutifs, telles les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, ou de l'État de droit¹⁴. Le respect de ces valeurs par les Etats est même une condition *sine qua non* d'entrée dans l'Union¹⁵, et leur violation par un Etat membre l'expose à des sanctions allant jusqu'à la suspension de son droit de vote au sein du Conseil¹⁶. Il constitue donc une première étape de la puissance normative de l'Union. S'y ajoute la normativité prépondérante de l'Union dans le domaine des droits humains et des libertés individuelles. Les deux guerres mondiales ont en effet amené la communauté internationale et notamment les Européens, particulièrement démunis en la matière, à énoncer et à constitutionnaliser les droits fondamentaux, parfois sous le contrôle de cours supranationales. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au niveau de la « grande Europe » est une force motrice, l'Union n'est pas en reste puisqu'elle a adopté en 2000 une Charte européenne des droits fondamen-

taux¹⁷. Comme les traités, cette Charte est juridiquement contraignante depuis le traité de Lisbonne de 2007¹⁸. Elle présente aussi un objet plus large puisqu'elle affirme un certain nombre de droits sociaux, économiques et environnementaux (droit à l'éducation, conditions de travail, protection de l'environnement). Elle contraste aussi avec la marginalisation des Etats-Unis dans l'élaboration d'une jurisprudence internationale des droits de l'homme. La réticence américaine à ratifier les conventions internationales (Protocole de Kyoto, Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, retrait de l'Accord de Paris sous l'administration Trump), y compris dans le domaine du droit humanitaire, est, elle, une constante de la politique étrangère américaine qu'accentue le refus de reconnaître leur primauté sur le droit interne.

Cette construction normative s'est aussi appuyée sur les quatre libertés de circulation¹⁹. En ouvrant le marché entre ses Etats membres, l'Union a créé les conditions pour rendre incontournable la loi le régissant. En effet, c'est principalement à travers le Marché unique et le traité, les directives et les règlements qui le régissent, que l'Europe s'est donnée un « territoire », et partant, un droit de plus en plus uniforme au poids de plus en plus conséquent.

1.B. La puissance normative européenne : des succès incontestables à l'international

- *L'Union européenne, producteur régional de normes de portée mondiale*

La construction du Marché unique a permis à l'Union d'élaborer sa propre loi et d'en imposer le respect sur son propre territoire. Le droit de la concurrence est le terrain où cette forme d'expression de la puissance normative européenne a été la plus marquante, grâce à la compétence exclusive de l'Union en ce domaine²⁰. Ainsi, la théorie dite « des effets » affirmée dans l'arrêt « Pâtes de bois » de la CJCE interdit les pratiques restrictives de concurrence des entreprises établies hors de l'Union dès lors que les effets des accords ou des pratiques incriminés auxquels elles ont participé sont ressentis au sein de l'Union²¹. De même, au-delà de certains seuils, la Commission contrôle et peut interdire toute opération de concentration ou d'alliance entre entreprises susceptibles d'affecter la concurrence sur le Marché unique²². Ce contrôle de la Commission

8. Article 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

9. CJCE, Aff. 6/64, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL* Rec., 1964, p. 585.

10. CJCE, Aff. 11/70, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

11. CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *Van Gend & Loos c/ Netherlands fiscal administration*, Rec., 1963, p. 1.

12. Articles 256 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

13. F. Mancini, "The Making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review*, vol. 26, n° 4, 1989.

14. Articles 2 et 3 du Traité de l'Union européenne.

15. Article 2 du Traité de l'Union européenne.

16. Article 7 du Traité de l'Union européenne.

17. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, adaptée le 12 décembre 2007.

18. Article 6.1 du Traité sur l'Union européenne.

19. Liberté de circulation des marchandises (Articles 28 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), des personnes (Article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), d'établissement (Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), des services (Article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et des capitaux (Article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

20. Article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

21. CJUE, C-89/95, 27 septembre 1988, *Affaires « Pâtes de bois »*.

22. Règlements 4064/89 du 21 décembre 1989 et 139/2004 du 20 janvier 2004 relatifs au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »).

s'applique aux entreprises européennes, mais également extra-européennes. La récente procédure d'examen du rachat de Grail par Illumina, deux sociétés américaines, illustre la souveraineté du droit européen sur les conditions de concurrence au sein du Marché unique et ailleurs²³.

La protection des données personnelles est un autre domaine où l'Europe impose ses vues au-delà de ses frontières. La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 a été le premier jalon pour harmoniser les législations des Etats membres et empêcher le transfert des données collectées en Europe vers des pays tiers où un niveau de protection adéquate n'était pas assuré²⁴. Les entreprises américaines étaient libres d'adhérer volontairement à un système de protection peu ou prou similaire à celui applicable à leurs homologues européennes. La jurisprudence de la CJUE a aussi consacré l'exigence de faire respecter le droit à l'oubli des utilisateurs européens des plateformes américaines²⁵. Cette normativité européenne en la matière a pris un nouvel élan avec l'adoption du règlement 2016/679 général sur la protection des données personnelles (« RGPD »), dont l'extraterritorialité est clairement assumée²⁶. C'est sur le fondement du RGPD que, dans son arrêt Schrems II du 16 juillet 2020, la CJUE a invalidé l'accord entre les Etats Unis et l'Union européenne de 2016 sur le transfert de données de l'Europe vers l'Amérique (le « *Privacy Shield* »)²⁷. Ce *Privacy Shield* faisait lui-même suite à l'annulation en 2015 par la même Cour du précédent dispositif transatlantique d'autorisation de transfert de données, dénommé « *Safe Harbor* »²⁸. En 2020, la Cour a retenu que les limitations de la protection des données à caractère personnel qui découlent de la réglementation interne des États-Unis portant sur l'accès et l'utilisation, par les autorités publiques américaines, de telles données transférées depuis l'Union vers ce pays tiers, et que la Commission avait évaluées dans la décision 2016/1250 (validant le *Privacy Shield*), ne sont pas encadrées d'une manière à répondre à des exigences substantiellement équivalentes à celles requises par l'Union²⁹.

23. Commission européenne, Concentrations : la Commission ouvre une enquête sur une possible violation de l'obligation de suspension dans l'opération Illumina/GRAIL, communiqué de presse, 20 août 2021.
24. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 pp. 31-50.
25. CJUE, gr. ch., C-131/12, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*, para. 88.
26. Article 3 du Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).
27. CJUE, gr. ch., C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Maximilian Schrems et Facebook Ireland*, 16 juillet 2020, dit *Max Schrems II*.
28. CJUE, gr. ch., C-362/14, *Max Schrems c. Data Protection Commissioner*, 6 octobre 2015, dit *Max Schrems I*.
29. CJUE, gr. ch., C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Maximilian Schrems et Facebook Ireland*, 16 juillet 2020, dit *Max Schrems II*, para. 185.

La protection des données personnelles témoigne donc d'une normativité européenne « par le haut » avec la définition de standards les plus élevés. Elle trouve sa force et sa légitimité sur des choix cohérents et incontestés par les Etats membres, ce qui a permis à l'Union d'atteindre un pouvoir de négociation rarement atteint dans ses relations bilatérales avec les États-Unis.

La puissance normative européenne s'exprime aussi par une foisonnante législation européenne en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le changement climatique. L'Union est ainsi signataire du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 et de l'Accord de Paris sur le climat de 2015. De nombreux actes européens ont été adoptés sur des sujets aussi divers que la qualité de l'air³⁰, l'émission de gaz à effet de serre³¹, la maîtrise des dangers liés aux substances chimiques³², la gestion des déchets électroniques³³ ou la protection de la biodiversité³⁴. De nombreux autres instruments de droit européen posent les jalons d'une puissance normative environnementale de l'Union³⁵, à laquelle la nécessité d'opérer sur le Marché unique incite les entreprises à se conformer. Le Pacte européen pour le climat (« *Green Deal* ») présenté en décembre 2020 par la Commission marque une nouvelle étape décisive dans la construction d'une influence normative européenne en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le changement climatique.

Cette facette de la puissance normative pourrait trouver un nouvel avatar dans le possible devoir de vigilance européen, dont une proposition a été adoptée par le Parlement européen en mars 2021³⁶. Issue de la *soft law* internationale, l'idée d'un devoir de vigilance a été reprise et « durcie » par les législations nationales des Etats

30. Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe.
31. Directive (UE) 2015/2193 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des installations de combustion moyennes (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).
32. Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.
33. Directive 2012/19/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE).
34. Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, réformée par le Règlement (UE) 2019/1010 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur l'alignement des obligations en matière de communication d'informations dans le domaine de la législation liée à l'environnement.
35. Pour une liste des instruments de droit européen relatifs à la protection de l'environnement et à la lutte contre le changement climatique : https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/20.html?expand=230807,2020#arrow_2020.
36. Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises (2020/2129(INL))

membres de l'Union³⁷, aux Pays-Bas³⁸, ou en France³⁹ ou en Allemagne⁴⁰. Dans l'attente de la copie de la Commission, la proposition du Parlement européen de mars 2021 a une dimension extraterritoriale assumée. Le devoir de vigilance serait en effet applicable aux entreprises qui ne seraient pas établies sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne dès lors qu'elles opèrent sur le marché intérieur en fournissant des biens ou services⁴¹. Il aurait pour effet de diffuser les standards sociaux, sanitaires et environnementaux européens très élevés sur l'ensemble de la chaîne de valeur au niveau mondial et constituerait donc un instrument de puissance normative européenne.

- *L'union européenne, acteur influent des négociations internationales*

Une deuxième sphère d'influence normative réside dans l'intense activité de négociation bilatérale et multilatérale de l'Europe. La politique commerciale commune et le droit international de l'investissement, où l'Union jouit d'une compétence exclusive⁴², représentent un relais stratégique privilégié de cette manière d'exercer la puissance normative européenne. En atteste en matière d'investissement le modèle original de la Cour d'investissement de l'*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (« CETA ») dont la ratification par tous les Etats membres de l'UE est encore attendue⁴³. Outre la promotion des normes sanitaires, sociales et environnementales européennes⁴⁴, cet accord de libre-échange instaure en effet pour la première fois un tribunal permanent des investissements⁴⁵. Le tribunal sera composé de quinze membres nommés par l'Union et le Canada, et non d'arbitres désignés par l'investisseur et l'Etat défendeur. Le tribunal statuera en formations de trois membres désignés selon un mode aléatoire. Un tribunal d'appel qui révisera les décisions du tribunal est institué par le traité⁴⁶. L'Union européenne promeut ce modèle, afin d'aboutir à terme à une Cour multilatérale d'investissement, au sein d'institutions multilatérales comme la Commission des

Nations Unies pour le droit du commerce international⁴⁷. Le fonctionnement de cette Cour serait similaire au tribunal établi par le CETA⁴⁸.

- *L'Union européenne, modèle normatif pour le monde*

Enfin, la puissance normative s'exprime par la capacité à servir de modèle normatif volontaire au sein de la communauté internationale. L'influence normative de l'Europe hors de ses frontières réside d'abord dans l'exemplarité de son propre modèle d'organisation, tel qu'il a été défini par les traités de Rome, Maastricht et Lisbonne. La construction européenne incarne d'abord une expérience sans précédent de constitution pacifique et réussie d'un ensemble économique et politique régional, à partir d'Etats-nations culturellement divers et historiquement ennemis. Le miracle politique que constitue cette aventure et le génie institutionnel qui la sous-tend confèrent à l'Union européenne une réelle aura aux yeux du reste du monde en matière d'élaboration de relations internationales modernes et progressistes. L'Union a sans conteste inspiré les zones d'intégration régionales en Amérique latine (Mercosur), en Asie (ASEAN) ou en Afrique (CDEAO, CEDAC, Union africaine).

L'influence de certaines législations européennes va en effet bien au-delà de leur seule application extraterritoriale. Des Etats ont puisé dans le modèle européen de régulation leur inspiration pour se doter de leur propre corps de règles. C'est en matière de données européennes que le modèle du Vieux Continent, porté par le RGPD, a essaimé. On peut penser au *California Consumer Privacy Act* (« CCPA »), là même où les géants mondiaux du numérique ont leur siège⁴⁹, ou à la loi japonaise réformée en juin 2020.

2. Une ambition entravée

Les succès incontestables de la construction d'une normativité européenne ne doivent toutefois pas masquer les limites et les freins auxquels se heurte cette ambition.

2.A. Les handicaps insitutionnels internes

Le Traité de Lisbonne a levé de nombreux obstacles à l'affirmation de la puissance normative européenne : la répartition expresse entre les compétences exclusives de l'Union et celles partagées entre cette dernière et ses Etats membres, issue de Lisbonne, clarifie ainsi les domaines d'intervention de l'Union⁵⁰. On pense aussi à la consécration de la personnalité juridique de l'Union lui permettant de conclure des conventions internationales, d'ester en justice ou d'être membre d'une organisation internatio-

37. C. Coslin, L. Naidoo, M. Renard, « Entreprises et droits humains : d'une impulsion internationale aux applications européennes », *Revue européenne du droit*, septembre 2020, n° 1.

38. Dutch Child Labour Due Diligence Act, 14 mai 2019.

39. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

40. German Bill for "Supply Chain Act" (*Sorgfaltspflichtengesetz*).

41. Article 2.3 of the Recommendations for drawing up a directive of the European Parliament and of the Council on corporate due diligence and corporate accountability.

42. Article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

43. Pour le modèle de règlement des différends développé par le CETA, voir Articles 8.18 et suivants de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part.

44. Chapitres 8, 23 et 24 de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part.

45. Articles 8.18 et suivants de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part.

46. Articles 8.28 et suivants de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part.

47. Conseil de l'UE, Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 12981/17, 20 mars 2018, para. 6-7.

48. Conseil de l'Union européenne, Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 12981/17, 20 mars 2018, para. 10.

49. *California Consumer Privacy Act* (CCPA) of 2018 [1798.100 - 1798.199.100].

50. Articles 3 et 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

nale⁵¹. Néanmoins, tous les freins n'ont pas été éliminés.

L'Union reste en effet dépendante du principe d'unanimité des Etats membres au sein du Conseil pour faire prospérer son influence normative. L'unanimité est toujours requise pour des domaines aussi divers que la matière fiscale⁵², le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur⁵³, certains aspects de la construction de l'Europe sociale⁵⁴, ou encore les accords commerciaux dans le domaine des services culturels risquant de porter atteinte à l'exception culturelle⁵⁵. Si l'on prend l'exemple fiscal, les projets de taxation des géants numériques sont ralentis par la réticence irlandaise.

De même, la personnalité juridique de l'Union lui permettant de conclure des accords internationaux n'est pas la panacée. L'Union reste dépendante de la répartition des compétences exclusives et partagées en cas d'accords mixtes, c'est-à-dire en cas d'accords dont l'objet ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union : les Etats membres sont alors également tenus de les signer selon leurs règles constitutionnelles internes⁵⁶. Cette division ralentit et limite la capacité de l'Union à parler d'une seule voix pour mener des négociations internationales et y imposer ses normes et standards.

Par ailleurs, l'Union européenne voit son ambition normative freinée par une participation dans les instances de normalisation technique qui reste imparfaite. Des progrès ont été réalisés en vingt ans⁵⁷ : l'Union a en effet adhéré à certains organes de normalisation technique comme le Codex Alimentarius en matière de sécurité alimentaire⁵⁸, ou a reconnu le rôle du Comité européen de normalisation (« CEN ») comme organe de normalisation⁵⁹ travaillant en coopération avec l'Organisation internationale de normalisation (« ISO »). Toutefois, le CEN n'est pas membre de l'ISO. Le Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique ne l'est pas non plus de l'International Electrotechnical Commission (« IEC »). Une participation accrue aux organes de normalisation technique devient un marqueur de la puissance normative, dans lequel la Chine s'investit pleinement. L'annonce du plan China Standards 2035, par lequel l'Empire du

Milieu se donne pour objectif de devenir le principal exportateur de standards techniques internationaux sur les dix prochaines années, en est une illustration⁶⁰. L'Union doit répondre sur ce terrain si elle entend assumer son leadership en termes de normativité.

Enfin, la pratique de l'harmonisation minimale par directives, par laquelle sont laissés aux Etats membres le choix des moyens et la possibilité de maintenir ou d'établir des règles plus protectrices, a toujours court. L'activité législative de l'Union ne remplit alors pas son office d'unification puisque les choix législatifs dépendent de la volonté des Etats membres. L'harmonisation minimale affaiblit la capacité d'influence réglementaire de l'Union et la marge de négociation des institutions européennes. La France se montre par exemple frileuse à l'idée d'adopter des mesures allant au-delà de l'exigence minimale⁶¹.

Face à ces freins, la fédéralisation est donc la voie la plus sûre pour que la puissance normative européenne acquière toute son efficacité. Légiférer par la voie de règlements, qui sont, contrairement aux directives, de portée générale et directement applicables dans tous les Etats membres⁶², est le canal le plus efficace pour exercer une influence. Plus les disparités législatives entre les Etats membres seront réduites, plus l'Union constituera un ensemble cohérent pesant autant que les autres puissances normatives, comme elle le démontre dès à présent dans les domaines où l'intégration est la plus poussée (concurrence, politiques monétaire et commerciale).

2.B. L'Europe face aux droits étrangers d'application extraterritorialité

L'internationalisation des échanges, alliée à la dématérialisation des flux, ont accentué la dilution de la territorialité du droit et favorisé l'avènement de normes dotées d'une large portée extraterritoriale. Si, comme on l'a vu, l'Union européenne a largement recours à l'extraterritorialité pour faire appliquer ses normes concurrentielles ou protectrices des données personnelles, d'autres Etats ne sont pas en reste. Les lois et poursuites extraterritoriales américaines en matière de lutte contre la corruption ou de sanctions économiques alimentent le débat public et juridique⁶³.

Pour contrer ces incursions, l'Union s'est dotée d'ins-

51. Article 47 du Traité sur l'Union européenne.

52. Article 113 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

53. Article 115 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

54. Article 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

55. Article 207.4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

56. CJCE, Avis C-1/94 du 15 novembre 1994 - Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE.

57. L. Cohen-Tanugi, *Ibid.*, pp. 29-30 et Annexe.

58. Article 1 de la décision du Conseil du 17 novembre 2003 relative à l'admission de la Communauté européenne à la commission du Code alimentaire, 2003/822/CE.

59. Règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne.

60. A. Gargeyas, "China's 'Standards 2035' Project Could Result in a Technological Cold War", *The Diplomat*, 18 septembre 2021. Consulté le 14 octobre 2021.

61. Circulaire du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact, qui proscrit, par principe, toute mesure allant au-delà des exigences minimales de la directive, sauf à ce que cela fasse l'objet d'un choix assumé et confirmé par le cabinet du Premier ministre.

62. Article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union obligatoire.

63. J-M. Sauvé, La territorialité du droit, Introduction lors de la Rencontre inter-réseaux (franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois) sur le thème « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique? », Collège de France, 10-12 avril 2012 ; K. Berger, P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, 5 octobre 2016 ; R. Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, 26 juin 2019.

truments juridiques à l'efficacité douteuse. Le règlement dit de blocage européen, qui interdit aux personnes établies sur le territoire de l'Union de se conformer aux prescriptions de juridictions étrangères⁶⁴, ne fut d'aucune utilité lorsque l'administration Trump décida d'imposer de nouvelles sanctions unilatérales contre l'Iran. Le « *special corporate vehicle* » établissant un système de troc entre l'UE et l'Iran pour faire face à ces sanctions unilatérales n'a pas convaincu non plus les entreprises européennes.

La bonne réponse consiste à mettre l'Europe à niveau dans les domaines où s'exerce l'extraterritorialité des droits étrangers. S'agissant de la lutte contre la corruption, la France et le Royaume-Uni ont réformé leur droit national à la hauteur des exigences internationales de l'OCDE⁶⁵ et des Etats-Unis. La loi française du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » impose notamment aux entreprises d'une certaine taille d'adopter des mesures préventives contre la corruption, introduit la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») dans les affaires de manquement à la probité impliquant des personnes morales, ou encore ouvre les poursuites en France de faits de corruption d'agent public étranger contre toute personne exerçant « *tout ou partie de son activité économique sur le territoire français* »⁶⁶.

L'Union serait bien inspirée de suivre une telle stratégie, la seule de nature à combler les vides où viennent s'engouffrer les législations étrangères d'une part, et à crédibiliser la réponse européenne d'autre part. Des propositions existent par exemple pour renforcer le régime européen de lutte contre la corruption⁶⁷. Jusqu'ici, l'Union européenne s'est insuffisamment saisie de ces sujets de délinquance économique et financière. Elle pourrait utilement passer par la voie de la procédure législative ordinaire pour légiférer, grâce à l'article 83.1 du TFUE⁶⁸.

Plus généralement, la puissance normative européenne ne peut être sanctionnée que si l'Union se dote d'un bras armé efficace veillant à son application, à l'instar de la Commission européenne en droit de la concurrence. En effet, l'Europe ne dispose pas encore d'autorités de poursuites aussi efficaces que le Département de la Justice américain, l'*Office of Foreign Assets Control* attaché au Trésor américain, ou la Securities and Exchange Commission américaine dans leurs compétences respectives. Le Parquet européen ne dispose que d'une compétence aujourd'hui limitée aux seules atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne, à savoir la fraude, la fraude transfrontalière à la TVA, le blanchiment d'argent, le détournement de fonds

et la corruption⁶⁹. A l'avenir, on peut souhaiter une extension de sa compétence à la délinquance économique et financière intra-européenne, au droit de l'environnement ou à la lutte contre le terrorisme, le hissant en acteur clé de la puissance normative européenne.

2.C. La remise en cause populiste des principes fondateurs du projet européen

Enfin, l'ambition d'une puissance normative européenne se voit aujourd'hui sapée par les attaques croissantes que lui portent en son sein certains de ses États membres.

On l'a vu, le respect de l'État de droit et des droits de l'Homme constitue des valeurs cardinales de l'Union qui conditionnent l'entrée de nouveaux États membres⁷⁰. Leur violation est susceptible de faire suspendre les droits de vote d'un État membre au sein du Conseil⁷¹. Pourtant, malgré cette affirmation nette, prospère au sein de l'Union l'illibéralisme de certains États membres comme la Hongrie ou la Pologne qui s'inscrivent en faux contre ces principes. La capacité réglementaire de l'Union en sort affaiblie puisque les États membres, en tentant le rapatriement du pouvoir normatif en leur sein, fragilisent l'unité de la puissance normative européenne.

La récente décision du Tribunal constitutionnel polonais, composé de juges nommés par le parti europhobe Droit et Justice dans des conditions critiquées par la CJUE en juillet 2021⁷², va un cran plus loin. Il a en effet jugé que la constitution polonaise était supérieure aux traités qui constituent le droit primaire de l'Union européenne⁷³. En somme, la primauté du droit européen, l'un des principaux piliers de la construction hérités de l'arrêt de la CJCE *Costa c. Enel de 1964*, vacille.

Même les juridictions des États membres les plus européens mettent parfois en branle l'ordre juridique européen construit par la jurisprudence de la CJCE, puis de la CJUE. Dans une décision du 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande avait affirmé que la BCE avait outrepassé son mandat avec son programme d'achat d'obligations, même si cette politique avait été confirmée par la CJCE. Cette décision comportait une remise en cause indirecte du principe de primauté du droit européen qu'avait rappelé la Présidente de la Commission européenne⁷⁴. S'agissant de la France, le Conseil constitutionnel a récemment et pour la première fois donné un contenu à un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » en y

64. Art. 5 du règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, dit « loi de blocage de l'UE ».

65. OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012.

66. Loi n° 20161691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II ».

67. Club des juristes, Rapport – Pour un droit européen de la compliance, nov. 2020.

68. Article 83.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

69. Article 4 du Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

70. Article 2 du Traité sur l'Union européenne.

71. Article 7 du Traité de l'Union européenne.

72. CJUE, aff. C-791/19, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*.

73. C. Chatignoux, « La justice polonaise défie l'UE sur la primauté du droit européen », *Les Echos*, 7 octobre 2021. Accessible via : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/la-justice-polonaise-defie-lue-sur-la-primaute-du-droit-europeen-1353069>.

74. Déclaration de la Présidente Von der Leyen, 10 mai 2020. Accessible via : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_20_846.

intégrant en effet « l'interdiction de déléguer l'exercice de la force publique à des personnes privées » pour contrôler des dispositions législatives issues de la transposition d'une directive qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de ses dispositions inconditionnelles et précises⁷⁵.

La remise en cause polonaise est à distinguer des efforts des Etats membres pour adapter leurs constitutions nationales au droit européen, en vue d'éliminer tout conflit. On pense en France aux révisions constitutionnelle successives et au Titre XV de la Constitution, plus particulièrement à son article 88-1 dont l'interprétation avait fondé l'affirmation indirecte du principe de primauté du droit de l'Union à l'occasion de l'examen du Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁷⁶. Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler les actes de transposition des directives⁷⁷, sous la seule réserve de ceux heurtant des principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale⁷⁸, témoigne également de l'adaptation des ordres juridiques nationaux aux principes fondateurs du droit européen.

La primauté interne du droit européen est une condition *sine qua non* de la puissance normative internationale de l'Union.

3. Pertinence et limites de la normativité comme instrument de puissance au 21^{ème} siècle

Au-delà des freins et des menaces qu'on vient d'évoquer, se posent les questions plus fondamentales des inconvénients, de la pérennité et des limites du positionnement de l'Union européenne comme puissance normative internationale.

Parmi les inconvénients, on relèvera en premier lieu la critique selon laquelle l'Europe utilise la réglementation comme l'arme du pauvre pour contrer les succès technologiques et économiques des Etats-Unis et de la Chine. On pense naturellement ici aux réactions américaines face aux offensives de la Commission européenne contre les GAFAM en matière de droit de la concurrence ou de fiscalité. Si l'Europe a désormais marqué des points sur ces deux terrains dans les enceintes internationales et américaines, l'idée selon laquelle la puissance normative ne saurait suppléer à la faiblesse technologique et industrielle européenne reste valide.

Un second inconvénient, plus dommageable pour l'Europe, est le risque de voir l'Union européenne s'imposer et imposer à ses entreprises et à ses citoyens des règles vertueuses contraignantes sans être suivie par ses principaux concurrents, avec pour conséquence des distorsions de concurrence à son propre détriment. On songe ici à son régime de sanctions internationales, et plus encore

75. Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Air France*.

76. Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, para. 12.

77. Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, para. 9.

78. Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, para. 19.

à la transition climatique et à la bataille stratégique en cours sur la taxinomie de l'information extra-financière des sociétés. Le choix européen de la « double matérialité » en matière d'évaluation et de *reporting* des impacts environnementaux⁷⁹ et la prise en compte de l'ensemble des problématiques de responsabilité sociale des entreprises (RSE) contrastent avec l'approche internationale, qui privilégie la matérialité simple et les seuls aspects climatiques, et handicaperont de ce fait les entreprises européennes par des exigences beaucoup plus fortes.

La pérennité de l'influence normative européenne dans la sphère internationale est également en question, à mesure que le poids économique et démographique relatif de l'Union européenne et de son marché intérieur se réduisent face à la montée en puissance des grands pays émergents, au premier rang desquels la Chine et l'Inde. Dès lors que la taille du marché potentiel est pour les entreprises la première incitation à appliquer les normes régissant ce marché, il est probable qu'elles préféreront appliquer les normes moins exigeantes d'un marché plus vaste.

Enfin, on peut se demander si une stratégie de puissance (ou d'autonomie stratégique) fondée sur la norme comme substitut de la force ne participe pas d'une tendance historique du projet européen à se définir par ses valeurs et sa vertu au détriment de ses intérêts, et à s'interdire par là toute conscience et affirmation géopolitiques. Louable en soi, cette tendance était pertinente dans le moment libéral et internationaliste des dernières décennies du XX^{ème} siècle, quand la construction européenne pouvait espérer servir de modèle à la gouvernance mondiale. Mais le tournant du XXI^{ème} siècle a malheureusement douché ces espoirs et marqué le retour de la géopolitique et de la politique de puissance, régression que l'Union européenne a tardé à percevoir et dont elle n'a commencé que très récemment à tirer les conséquences. Ce retard n'est sans doute pas fortuit, car l'affirmation géopolitique de l'Europe suppose résolus les différences, contradictions et conflits d'intérêts entre ses Etats membres qui ont jusqu'ici entravé ses velléités de politique étrangère et de défense communes.

Qu'on ne s'y trompe pas : l'enjeu normatif est essentiel dans le monde du XXI^{ème} siècle, où les avancées technologiques, en matière d'intelligence artificielle et de biotechnologie notamment, requièrent de plus en plus des garde-fous juridiques et éthiques. Et l'Europe a un rôle capital à y jouer pour défendre ses valeurs humanistes face à l'autoritarisme chinois et au libéralisme économique américain. Mais elle ne pourra y parvenir qu'à la triple condition de s'intégrer davantage, de renforcer son potentiel industriel et technologique, et de se doter d'une pensée et d'une capacité stratégique et militaire.

79. La matérialité simple se définit comme l'analyse de l'impact des risques environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) sur l'entreprise (« *outside-in* »). La double matérialité combine l'analyse des risques ESG sur l'entreprise (« *outside-in* ») et celle de l'impact de l'entreprise sur l'environnement et la société (« *inside-out* »).



Hubert Tardieu • Membre indépendant du conseil d'administration de Gaia-X, ex-président du Conseil d'administration

Boris Otto • Membre du conseil d'administration de Gaia-X, Directeur Exécutif Fraunhofer ISST

Souveraineté digitale : Puissance européenne pour les Données et le Cloud, *in varietate concordia*

Le chemin vers la puissance européenne est reconnu comme un débat critique par les États membres, la Commission européenne et le Parlement européen. A l'heure où une nouvelle directive de réglementation sur les « marchés contestables et équitables dans le secteur numérique » est proposée par la Commission européenne au Parlement européen et de la publication d'une Boussole numérique 2030¹ par la Commission européenne, proposant une voie européenne pour la Décennie numérique via des projets multi-pays (en particulier sur l'infrastructure paneuropéenne de traitement des données permettant un échange et un partage faciles des données, notamment pour les espaces européens communs de données), la souveraineté européenne dans l'espace numérique sera un sujet majeur de la Présidence Française du Conseil européen (PFUE). Alors que différentes interprétations de ce sujet peuvent être observées en Europe, notamment entre la France et l'Allemagne, cet article, rédigé conjointement par un universitaire allemand et un professionnel de l'informatique français, entend proposer une nouvelle voie vers la puissance européenne basée sur l'exemple du lancement de l'Association européenne pour les données et le cloud Gaia-X².

Au cours des deux dernières années, une équipe franco-allemande, soutenue principalement par les deux ministres de l'Économie, a pu créer une association qui compte aujourd'hui plus de 300 membres dont les principaux utilisateurs européens, tous les fournisseurs de services cloud européens, américains et chinois importants et avec une gouvernance construite pour répondre aux exigences de la DG Concurrence tout en limitant le conseil

d'administration aux compagnies, associations et institutions académiques ayant leur siège social en Europe. Gaia-X est ouvert à tous ceux qui partagent ses valeurs et respectent ses principes. Le plan européen pour la relance et la résilience consacre 20 % de son montant total de 750 milliards d'euros à la transformation numérique et propose un nouvel outil pour piloter la Décennie numérique : la Boussole numérique comprenant une nouvelle structure de gouvernance et « un mécanisme pour organiser avec les États membres les projets multi-pays qui sont nécessaires pour construire la transition numérique de l'Europe dans des domaines critiques ».

Dans ce contexte, la mise en place de l'association Gaia-X peut être considérée comme un exemple intéressant, peut-être même un modèle pour un mécanisme approprié aidant les gouvernements des États membres à sélectionner les projets stratégiques en termes d'espaces de données et d'infrastructure.

1. Souveraineté Numérique vs Autonomie Stratégique

Le projet Gaia-X a été lancé dans le cadre d'Industrie 4.0 car le partage de données industrielles requiert un cadre de confiance mais aussi en réponse au changement massif de l'industrie automobile allemande, déplaçant ses données vers les fournisseurs de services cloud américains (par exemple Amazon, Microsoft et Google). La motivation pour la migration vers le cloud réside principalement dans la capacité des plateformes cloud à permettre la croissance des entreprises grâce à des scénarios d'innovation axés sur les données, d'une part, et d'autre part à des gains de flexibilité et de réduction des coûts par rapport aux centres de données traditionnels. Au-delà de l'automobile, la situation de l'Europe peut être caractérisée par deux chiffres : seulement 26 % des entreprises européennes utilisent le cloud, dont respectivement 21 % en France et 20 % en Allemagne. Ces chiffres se comparent à plus de 60 % d'adoption du cloud en Scandinavie et à plus de 50 % aux États-Unis. Ne pas utiliser le cloud rend l'industrie européenne moins compétitive en termes de coûts, ainsi qu'en termes de flexibilité et d'agilité lorsqu'il s'agit de tirer parti de modèles commerciaux innovants. La plateforme Doctolib³ qui vise à la mise en relation entre patients et professionnels de santé, n'aurait par exemple pas pu organiser 15 millions de rendez-vous en janvier 2021 sans utiliser le cloud de manière massive. Les plateformes cloud permettent un partage de données entre plusieurs partenaires d'une chaîne de valeur et aident à surmonter les silos internes traditionnels de l'entreprise. Le deuxième chiffre reflète l'origine des fournisseurs de services cloud qui sont pour plus de 70% américains et chinois avec une seule entreprise dans le top 3 dans un pays européen : OVH en France.

Les principales raisons qui ont empêché une adoption plus rapide du cloud en Europe ont été identifiées. Elles

1. Voir la communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil Économique et Social Européen et au Comité des Régions en date du 9 mars 2021.

2. Voir <https://www.gaia-x.eu/>.

3. Voir <https://www.doctolib.fr/>.

tiennent tant à un objectif de portabilité (pouvoir passer d'un fournisseur de services cloud à un autre à un coût minimal pour les applications, les données et l'infrastructure), d'interopérabilité (soit la capacité d'échanger des données entre des entreprises utilisant différents fournisseurs de services cloud) et à la souveraineté des données (soit la capacité des détenteurs de données à définir leurs options concernant leurs données, par exemple en leur permettant de partager des données avec des « conditions générales » spécifiant l'utilisation autorisée des données).

L'industrie a maintenant lancé de grands projets d'espaces de données pour partager des données, par exemple entre les principaux constructeurs automobiles, les fabricants de pièces et les équipementiers (en Allemagne avec CATENA-X) ou entre les avionneurs et les compagnies aériennes (avec Skywise). Par ailleurs, la création d'espaces de données est en cours dans de nombreux domaines : Smart Farming, Santé, Énergie, Finance, Énergie, Mobilité, Smart City avec un plan bien défini regroupant les principaux acteurs⁴.

L'ambition de la Décennie européenne du numérique d'ici 2030 de « 75 % des entreprises européennes ayant adopté les services d'informatique dans le cloud, le big data et l'intelligence artificielle » représente une autre façon de dire que les données et le cloud en Europe seront correctement utilisés par 75 % des entreprises européennes en 2030.

Le dilemme souveraineté numérique⁵ vs autonomie stratégique⁶ est désormais bien énoncé : quel est le meilleur parcours pour permettre aux entreprises européennes de bénéficier de l'économie des données industrielles ? Faut-il essayer de créer un prestataire de services européen capable de concurrencer les *hyperscalers* américains ou plutôt de construire une autonomie stratégique dans les secteurs les plus critiques : automobile, santé, énergie, *manufacturing* en utilisant une combinaison de fournisseurs de services cloud (dont des fournisseurs

4. Voir https://gaia-x.eu/sites/default/files/2021-08/Gaia-X_DSBC_PositionPaper.pdf

5. La souveraineté numérique désigne l'application des principes de souveraineté aux domaines des technologies de l'information et de la communication. La souveraineté numérique s'est souvent confondue avec le développement et la mise en œuvre de systèmes informatiques alternatifs à ceux régis par le droit américain (systèmes d'exploitation, messagerie, outil de recherche). De plus en plus, étendant la notion de souveraineté digitale, nous parlons plutôt de souveraineté des données pour insister sur le libre arbitre du porteur des données personnelles ou industrielles plutôt que de la nationalité des outils.

6. Reprenant les conclusions du Conseil européen de décembre 2013, nous proposons de définir l'autonomie stratégique comme la capacité de l'Union européenne à défendre l'Europe et agir militairement dans son voisinage sans trop de dépendance vis-à-vis des États-Unis. Initialement conçu dans le cadre de la défense, l'autonomie stratégique englobe aujourd'hui l'économie, l'énergie et le numérique. En complément au « *level playing field* » qui vise à des règles du jeu équitables ce qui est de la responsabilité de la DG Concurrence, l'objectif de l'autonomie stratégique est d'assurer une dépendance limitée vis-à-vis des États-Unis dans chacun des domaines stratégiques de l'Europe.

non européens) à condition qu'ils respectent les règles en termes de portabilité, interopérabilité et souveraineté des données.

La France a connu la première option en 2012 avec Numergy et Cloudwatt lancés par SFR et Orange avec le soutien du gouvernement Français ; elle a été stoppée début 2015 par manque d'adhésion des utilisateurs.

Fin 2021 plusieurs pays comme l'Allemagne, la France ou l'Italie ont initié pour le secteur public et les domaines sensibles un cloud de confiance où la pénétration du cloud est considérée comme prioritaire (Cloud au centre du Gouvernement français) et où les technologies cloud non européennes sont acceptées à condition qu'elles soient entièrement opérées par des entreprises européennes (Orange, Deutsche Telekom,...).

Pour le reste de l'industrie, la tendance est un système « *push/pull* » où l'attraction est créée par les incitations du partage de données au sein des espaces de données et le « *push* » est une combinaison de coût et de flexibilité attrayante et de libération des obstacles au cloud sur la portabilité, l'interopérabilité et la souveraineté des données.

La pandémie a soudainement accéléré la transition numérique en apportant un montant de financement sans précédent grâce à un tout nouveau mécanisme de distribution s'appuyant sur des plans de relance et de résilience des pays.

Dans ce contexte, Gaia-X peut être considéré comme une voie pour mobiliser des ressources en Europe en vue de renforcer sa souveraineté numérique et, au même moment, bénéficier d'une coopération ouverte dans un environnement multilatéral.

2. Le rôle des Facilités pour la Reprise et la Résilience dans les États membres européens

La Facilité pour la Reprise et la Résilience (FRR) fournit des subventions d'un montant maximum de 338 milliards d'euros et des prêts d'un montant maximum de 390 milliards d'euros. Les pays de l'Union européenne ont soumis des plans nationaux de FRR qui décrivent les réformes et les projets d'investissement public qu'ils prévoient de mettre en œuvre avec le soutien du FRR.

Dans chaque plan, les pays ont présenté des composantes vertes et numériques qui doivent respectivement atteindre au moins 37% et 20% du montant total. Les principaux pays d'Europe ont satisfait à cette exigence, la France recevant pour le numérique 10,3 milliards (25%), l'Allemagne 14,7 milliards (52%), l'Italie 55,9 milliards (29%), l'Espagne 20,6 milliards (29%), le Portugal 3,7 milliards (22%) totalisant au niveau européen 136,6 milliards d'euros (28%)⁷.

7. Analyse du FRR par l'Institut Bruegel 14 juillet 2021. Certains pays n'ont pas soumis leurs plans RRF lorsque ces chiffres ont été collectés (comme la Hollande) expliquant l'écart entre 136,6 milliards d'euros et les 150 milliards d'euros attendus pour le numérique.

Les dépenses du FRR seront principalement opérées d'ici 2025 avec un pic en 2022.

En résumé, la plupart des 136 milliards d'euros seront dépensés pour le numérique dans cinq ans avec une priorité globale de l'industrie sur les transports, l'énergie et la construction.

Un tel plan est tout à fait inédit, depuis que le numérique existe, pour deux raisons : (1) le montant du financement à dépenser en cinq ans et (2) sa gouvernance laissant à chaque pays la responsabilité de son orientation stratégique et de son exécution, la Commission européenne ayant défini l'objectif général de la décennie numérique et assumant une responsabilité de *check and balance* pour sa mise en œuvre.

3. Le cas du numérique avec 150 milliards d'euros de financement dans les cinq prochaines années

L'objectif de 75 % des entreprises européennes utilisant les services cloud, le Big Data et l'intelligence artificielle d'ici 2030 laisse une certaine flexibilité pour l'étape intermédiaire en 2025 que nous proposons de positionner à 50 % qui est déjà dépassé en Scandinavie et qui est estimée être le niveau atteint aujourd'hui aux États-Unis.

La boussole numérique, mentionnée précédemment, décrit plusieurs projets multi-pays actuellement en discussion dans le cadre de la FRR parmi lesquels :

« Construire une infrastructure paneuropéenne commune et polyvalente de traitement des données interconnectées, à utiliser dans le plein respect des droits fondamentaux, développer des capacités de traitements périphériques en temps réel (latence très faible) pour répondre aux besoins des utilisateurs finaux à proximité de l'endroit où les données sont générées (c'est-à-dire à la périphérie des réseaux de télécommunications), concevoir une plate-forme middleware sécurisée, à faible consommation d'énergie et interopérable pour des utilisations sectorielles, et permettre des échanges et un partage faciles des données, notamment pour les espaces communs de données européens ».

Il est trop tôt pour avoir une image précise de l'articulation du plan du RRF mais on voit déjà les grands piliers du plan d'action pour les données et le cloud :

- **Infrastructure** : un effort majeur dédié aux fournisseurs de services cloud européens pour préparer l'ère du cloud en périphérie rendue possible par la prolifération de la 5G. Cet effort entre autres est abordé par le Projet important d'intérêt européen commun (PIIEC) actuellement en préparation.

- **Innovations économiques spécifiques à un domaine** : de multiples créations d'espaces communs de données spécifiques couvrant plusieurs écosystèmes coordonnés dans les principales industries requises dans le FRR : transport, énergie, construction, manufacturing, agriculture. L'effort est triple : (1) créer l'écosystème avant de

mettre en évidence les avantages du partage de données, (2) construire les plateformes de données industrielles en convenant d'un mécanisme de partage de données et (3) préparer la méthodologie et le processus pour construire des espaces de données. Ces efforts ont commencé dans les transports : Skywise (Airbus et 130 compagnies aériennes) et Catena-X (BMW, Mercedes, Volkswagen, ...). Le financement public en tant que FRR ne peut être utile que si l'industrie prend les devants, mais les progrès des espaces de données sont difficiles à mesurer nécessitant une étude de l'économie de l'espace de données.

- **Réglementation** : supprimer les obstacles en termes de portabilité, d'interopérabilité et de souveraineté des données tout en contribuant aux nouvelles réglementations numériques (*Digital Service Act, Digital Market Act et Data Governance Act*). La seule voie pour ce troisième effort est un consensus articulé entre les utilisateurs, les fournisseurs européens et les fournisseurs internationaux de services cloud. La Commission européenne a l'intention de mettre en place un livre européen de règles sur le cloud qui peut trouver sa source dans les règles de bonne pratique convenues.

Le défi sans précédent est de coordonner et de mettre en œuvre ce plan d'action avec « de nombreux cuisiniers dans la cuisine » : (1) les pays avec leur RFF, (2) la Commission européenne surveillant et mesurant l'effort, (3) les industries créant des Espaces De Données certainement pas au niveau national mais au niveau européen, (4) les fournisseurs européens de services cloud investissant conjointement pour le cloud périphérique de nouvelle génération, (5) la Commission européenne et Parlement européen préparant le nouveau cycle de réglementations sans oublier (6) les GAFAs et les acteurs chinois attirés par un doublement du marché du cloud en Europe mais pas prêts à renoncer facilement aux avantages concurrentiels qu'ils ont acquis sur le marché grand public.

On nous a souvent posé la question : pourquoi est-ce spécial à l'Europe ? Aux États-Unis, il est communément admis que Google ou Microsoft sont légitimes pour construire la prochaine génération de plateformes de santé, une option impossible en Europe ; en outre personne ne s'attend à ce que General Motors et Ford forment une alliance pour partager les données comme nous le voyons se produire dans CATENA-X. En Chine, il est difficile de deviner comment se terminera le nouveau cycle de réglementations en préparation pour favoriser la « prospérité commune ».

4. Réglementation vs Innovation : le difficile équilibre entre Protection et Ouverture

Lors du « Sommet du Bien Commun » organisé en mai 2021 par Jean Tirole, un panel réunissait à la fois le prix Nobel d'économie Bengt Holmström et le Commissaire Thierry Breton. Le professeur du MIT a déclaré que parce que l'Europe est un ensemble de pays, elle préfère réglementer plutôt que d'innover, une opinion qui n'était évidemment pas partagée par le Commissaire. Tout le

monde en Europe s'accorde à dire que la réglementation du numérique sur le marché de la consommation est arrivée trop tard après que les GAFAs ont pris une avance incontestée et que, par conséquent, la réglementation du partage de données industrielles et de l'utilisation du cloud est considérée comme urgente avant que soient prises des positions dominantes. Si l'on examine les trois principaux efforts mentionnés ci-dessus : la création d'une industrie européenne du cloud de périphérie est simple sur cet aspect, mais les deux suivantes posent des défis importants : (1) l'établissement d'espaces de données peut être considéré comme créant un cartel dans les deux principaux cas de partage de données : partage entre concurrents comme Here⁸ dans la collecte de données automobiles (Audi, BMW et Daimler) ou entre partenaires d'une chaîne de valeur comme Skywise (Airbus, Easyjet, United Airlines) et (2) la mise en place de pratiques communes dans l'utilisation du cloud pour la portabilité, l'interopérabilité et la souveraineté numérique conduisant éventuellement à des normes est sévèrement réglementée par la DG Concurrence afin de donner des chances équitables de participer à tout fournisseur opérant légalement sur le marché européen. Afin d'accélérer le processus, une combinaison de bacs à sable réglementaires (supprimant temporairement des réglementations restrictives) et l'utilisation systématique de la conformité ex-ante est indispensable, ce qui signifie que les meilleures pratiques convenues pendant la période de bac à sable doivent être adoptées par les fournisseurs dans les offres qu'ils proposent.

5. Une infrastructure fédérée de logiciels et de données à travers l'Europe

En abordant la souveraineté numérique de l'Europe lors du « Digital Gipfel » 2019 à Dortmund, la chancelière allemande Angela Merkel a souligné que l'Europe devrait avoir l'ambition d'être « capable de tout cela par elle-même ». Ainsi, l'Europe devrait s'efforcer non seulement de réglementer, mais aussi plus important de construire elle-même l'infrastructure logicielle et de données pour le marché unique européen.

Les leçons tirées des efforts passés montrent qu'une simple « stratégie de suivi » pourrait ne pas être l'approche la plus sage pour atteindre cet objectif. En revanche, l'Europe doit trouver sa propre voie architecturale lorsqu'il s'agit de concevoir un logiciel et une infrastructure de données, car la souveraineté numérique - ainsi que les exigences de portabilité et d'interopérabilité en matière de données et de services - représentent une manifestation des valeurs européennes fondamentales. Un juste équilibre entre l'intérêt du détenteur des données individuelles et l'intérêt légitime

de la communauté à utiliser les données existantes (par exemple, à des fins de soins de santé, pas seulement en temps de pandémie actuelle) est au centre du débat sur la manière de concevoir l'économie européenne des données. L'équilibre entre les intérêts des individus et les intérêts communs conduit à une conception d'infrastructure différente de ce qui est disponible dans les offres actuelles des fournisseurs de plateformes privées américains ou chinois.

L'hypothèse d'une conception plus « démocratiques » des plateformes est étayée par des développements récents concernant les infrastructures de données scientifiques et de recherche. La Commission européenne promeut l'European Open Science Cloud, par exemple, et les États Unis prévoient également une « infrastructure de recherche partagée »⁹ pour les chercheurs et les étudiants en Intelligence Artificielle.

Toutes les parties prenantes s'accordent à dire que l'infrastructure de données et de logiciels de l'Europe doit empêcher l'émergence d'une centralisation du pouvoir en matière de données. C'est essentiel dans la mesure où cela nécessite d'empêcher que les effets de réseau conduisent à une situation où « le gagnant prend tout ». En fait, l'architecture de l'infrastructure doit être conçue de manière à éviter les effets monopolistiques tout en utilisant les effets de réseau pour une adoption maximale.

Les infrastructures européennes sont conçues comme une fédération. Elles ne nécessitent pas de fonctionnalités centrales de stockage, de traitement ou de distribution des données. Au lieu de cela, l'infrastructure est formée de nœuds distribués dans un réseau de données et de services. Les nœuds peuvent fournir ou utiliser des ressources telles que des données. Les fournisseurs restent indépendants et libres en ce qui concerne leurs données et autres ressources ; le réseau est ouvert et non discriminatoire et enfin les utilisateurs et les fournisseurs se font mutuellement confiance.

Ceci est réalisé grâce à la création de quatre services de fédération. Tout d'abord, un catalogue fédéré fonctionne comme un registre de toutes les ressources disponibles sur le réseau. Les entrées du catalogue comprennent des descriptions des ressources mêmes (telles que les données et les services) ainsi que les politiques auxquelles les services adhèrent (par exemple, le RGPD) et les conditions dans lesquelles les ressources peuvent être utilisées par d'autres participants au réseau. Deuxièmement, l'échange souverain de données permet la définition, l'échange, le traitement et le suivi des politiques d'utilisation des données. Ceux-ci peuvent être compris comme les termes et conditions de l'économie des données. Les exemples sont la limitation du nombre d'actions de lecture sur les données, l'interdiction de distribuer davantage les don-

8. Here est une compagnie possédée par les trois principaux constructeurs automobiles allemands qui fournit des services de cartographie et de localisation aux automobilistes et autres compagnies en utilisant les données collectées par les voitures connectées des constructeurs.

9. Voir : <https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/23/2021-15660/request-for-information-rfi-on-an-implementation-plan-for-a-national-artificial-intelligence>

nées, l'obligation d'utiliser les données uniquement dans une certaine zone géographique, etc. Troisièmement, la gestion des identités garantit la confiance entre les fournisseurs et les utilisateurs du réseau. Enfin, les services de conformité garantissent le respect de la réglementation ainsi que des attentes des utilisateurs, telles que énoncées dans l'auto-description.

Les services de fédération facilitent l'émergence et le fonctionnement des espaces de données. Les espaces de données sont un concept d'intégration de données qui ne nécessite pas de consolidation des données en un seul endroit central, ni l'utilisation d'un seul schéma de base de données. En revanche, l'intégration des données est réalisée au niveau sémantique et des redondances de données sont possibles. Ainsi, la conception naturelle des espaces de données correspond efficacement à la nature fédérée de l'approche de l'Europe en matière d'infrastructure de données et de logiciels.

En plus de soutenir la souveraineté des données, l'interopérabilité et la portabilité des données, une infrastructure fédérée de données et de logiciels est également plus flexible que les approches de plateforme centrale. Les nœuds du réseau peuvent varier en portée, en taille et en fonction. Il peut s'agir de grands centres de données cloud, mais aussi de petits services cloud périphériques qui fonctionnent sur l'Internet des objets, à côté d'une ligne de production individuelle ou dans une voiture, par exemple.

Un tel paysage multi-cloud répondrait également à des exigences diverses tout au long de la chaîne de valeur des données. En médecine de précision, par exemple, les données seraient collectées à la « périphérie », c'est-à-dire à proximité par des appareils de santé portables puis seraient traitées sur de grandes plateformes cloud avec plus de ressources informatiques et, enfin, les résultats de l'analyse des données seraient redistribués au patient tout en respectant les normes de confiance et de souveraineté des données.

Un cadre de conformité et de labellisation tel qu'envisagé par Gaia-X permet d'assurer le contrôle et la gouvernance des services fédérés d'infrastructures et de données. Conformité et labellisation sont étroitement imbriqués. Les labels permettent de garantir le niveau de confiance désiré sans avoir à procéder à des inspections longues et difficiles alors que la conformité fait référence au processus de validation de règles automatisées pour permettre de vérifier le niveau minimum d'auto-description pour la compatibilité des formats de fichiers et de syntaxe ainsi que la validation des signatures cryptographiques.

6. Une feuille de route possible pour les Données et le Cloud à la périphérie durant les quatre prochaines années critiques du plan de relance : où en sommes-nous techniquement ?

L'Europe devrait créer une vision selon laquelle, d'ici la fin de cette décennie, la souveraineté des données ne

sera plus un sujet de discussion parce qu'elle sera simplement mise en œuvre dans tous les services cloud proposés et utilisés dans le marché unique européen.

Une feuille de route vers cette vision doit reposer sur un ensemble de mesures stratégiques. Tout d'abord, il faut comprendre que la voie de l'Europe dans l'économie des plateformes contraste avec les voies évolutives habituelles. Les plateformes contrôlées par une société unique (telles que les hyperscalers) suivent un chemin consistant en le développement de plateformes, puis l'adoption par différentes parties (fournisseurs, utilisateurs, intégrateurs) et enfin le passage à l'échelle. Dans le cas de l'infrastructure fédérée de données et de logiciels de l'Europe, l'adoption de l'idée vient en premier, avant le développement de la plateforme. De plus, le processus n'est pas géré par un seul agent, mais plutôt par un écosystème entier composé de plusieurs parties prenantes. Cela a un énorme potentiel en ce qui concerne l'adoption, mais est lent en ce qui concerne la conception et le développement. Ainsi, la conception de l'infrastructure ne doit pas seulement se concentrer sur le développement de services logiciels, mais également définir une norme certifiable qui peut être adoptée par des développeurs tiers. Les livrables du parcours de l'Europe vers une infrastructure fédérée de données et de logiciels doivent donc être triples et comprendre une spécification de conception, une implémentation logicielle open source et un moyen de tester et de certifier l'adhésion des services à la spécification.

Deuxièmement, l'Europe devrait embrasser la variété et la diversité du futur paysage des services cloud dans le marché unique européen, qui sera caractérisé (1) par de grands centres de données cloud d'une part et (2) par un nombre beaucoup plus élevé de petits services cloud de périphérie d'autre part. Le premier sera à l'avenir dominé par de grands fournisseurs de plateformes, principalement de l'extérieur de l'Europe, c'est pourquoi l'Europe devrait avoir un fort intérêt à ce que sa norme de cloud certifiable soit adoptée par ces fournisseurs de plateformes. Ces derniers, c'est-à-dire les services cloud de périphérie, sont un segment de marché où l'Europe a un grand potentiel pour atteindre des parts de marché importantes par elle-même. L'Europe est leader en ce qui concerne l'industrie 4.0, l'Internet des objets et les systèmes embarqués, qui sont tous étroitement liés au cloud de périphérie. Ainsi, les mesures stratégiques de financement et d'investissement (telles que le PIIEC pour le cloud périphérique et les services) devraient se concentrer sur la périphérie. Il est donc important que l'Europe soit ouverte à la collaboration avec des partenaires non européens lorsqu'il s'agit d'établir des normes certifiables et de se concentrer sur les fournisseurs européens de services cloud de périphérie lorsqu'il s'agit d'investir de l'argent dans le plan de relance.

Troisièmement, comme mentionné brièvement précédemment, l'Europe devrait suivre une stratégie claire en matière de logiciels open source (OSS) en ce qui concerne

ses données et son infrastructure logicielle. OSS est un ancrage de confiance car le code source est ouvert à la lecture et à la contribution de tous. Ainsi, les « boîtes noires » sont évitées. En outre, il permet l'activation du plus grand nombre, ce qui est une réaction appropriée au fait qu'en Europe, il n'existe pas un seul agent qui soit à la fois disposé et capable d'investir la quantité de ressources nécessaires pour construire une alternative compétitive aux plateformes américaines. En dehors de cela, la nature « pour tous » d'une infrastructure correspond aux principes fondamentaux de gouvernance et de développement des logiciels libres.

De plus, l'approche ouverte de l'infrastructure des données et des logiciels contribue de manière significative à la stratégie globale de l'OSS en Europe qui se fonde sur des principes tels que la réutilisation, le partage, la sécurité et les processus d'innovation ouverts¹⁰.

Quatrièmement, l'Europe doit favoriser l'adoption et le passage à l'échelle de son infrastructure fédérée de données et de logiciels, ce qui exige également que le secteur public soit un utilisateur du cloud et des services de données. La nature fédérée empêche les « centres de gravité des données » de se développer, mais l'infrastructure suit toujours les principes de l'effet de réseau. Plus la demande de ressources de données est créée par les agents publics, plus elle sera attrayante pour les fournisseurs de données. Enfin, l'Europe ne devrait pas s'arrêter à l'adoption de projets de loi en matière de réglementation, mais devrait également adopter la notion de « conformité par conception ». Le logiciel fédéré et l'infrastructure de données doivent être conçus de manière à permettre le test automatisé et la surveillance de la conformité des services aux normes et réglementations.

L'Europe repose sur un trésor de données. Une infrastructure fédérée de données et de logiciels est une condition préalable obligatoire pour pouvoir exploiter ce trésor de données à son propre avantage et pour s'assurer de ne pas devenir une colonie qui sera exploitée dans l'espace numérique.

7. L'approche pionnière de Gaia-X : comment créer une légitimité dans la formulation du besoin d'Autonomie Stratégique

Le projet Gaia-X a été initialement annoncé au Digital Gipfel de Dortmund en octobre 2019. La première tâche de l'équipe franco-allemande a été de convenir d'un document de position commune (en ligne avec l'annonce commune de Peter Altmaier et Bruno Lemaire) décrivant les objectifs de Gaia-X qui a été publié en février 2020¹¹ la veille de la publication par la Commission européenne de

la stratégie européenne pour les données¹². Ce document identifie comme objectifs clés les deuxième et troisième piliers mentionnés à la section 3.

Le 4 juin 2020, un groupe de vingt-deux entreprises (onze françaises, onze allemandes) composé de sept entreprises utilisatrices, onze fournisseurs de services cloud, deux institutions académiques et deux associations industrielles annoncent leur intention de créer une association à but non lucratif de droit belge pour mettre en œuvre les objectifs de Gaia-X. L'été 2020 a été consacré à l'établissement des statuts, à la mise en place de la base technique de l'Association en termes de règles de politique, d'architecture des normes et de mise en œuvre de référence.

Le principal obstacle était de forger un consensus vis-à-vis des fournisseurs de services cloud non européens : les accueillir en tant que membres mais limiter le conseil d'administration aux représentants des entreprises européennes. À la mi-septembre, l'association a été créée en tant qu'ASBL en vertu de la loi belge exigeant un arrêté royal pour la création effective à fin février 2021.

Pour rassembler la communauté qui s'était créée autour d'une vision partagée, un premier sommet a été organisé qui a réuni plus de 4.500 participants. Les utilisateurs ont envoyé leurs dirigeants pour expliquer comment ils entendaient créer des espaces de données, la plupart des fournisseurs de services cloud européens enfin tous les grands fournisseurs de services américains ont présenté leurs attentes et leur contribution. Début mars 2021, le conseil d'administration réunissant un représentant de chacun des vingt-deux membres a été créé et le PDG et le directeur technique ont été recrutés. À ce moment-là, plus de deux cents entreprises ont déclaré leur intention de devenir membre de Gaia-X provenant d'environ vingt pays.

Il était également nécessaire d'obtenir l'adhésion des pays européens ; nous avons décidé de créer des hubs nationaux pour regrouper les acteurs nationaux notamment pour construire des écosystèmes locaux d'utilisateurs. Mi-2021, nous avons déjà quatorze hubs dans la plupart des grands pays européens avec un lien étroit avec les gouvernements locaux ; cela s'avère essentiel dans l'approche multi-pays choisie pour la décennie numérique.

Fin 2021, Gaia-X est pleinement opérationnel avec un nouveau conseil élu début juin 2021 comprenant des représentants de sept pays européens et une stratégie claire sur cinq ans approuvée par les États membres à travers leur participation aux hubs nationaux et au conseil consultatif gouvernemental. Des Hubs en dehors de l'Europe sont en préparation.

10. Voir Commission européenne (2020), Open Source Software Strategy 2020 – 2023 (Think Open), Bruxelles.

11. Voir <https://cris.vtt.fi/en/publications/franco-german-position-paper-on-speaking-up-industrial-ai-and-trustworthiness>

12. Voir la communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, Une stratégie européenne pour les données, 19 février 2020.

Gaia-X prend part aux stratégies des Etats membres en matière de cloud en contribuant à la fois à la création des Plateformes comme Catena-X qui a indiqué souhaiter ré-utiliser l'architecture et les services de Gaia-X ainsi qu'au lancement des stratégies des cloud de confiance telles qu'évoquées plus haut.

La stratégie française Secnumcloud annoncée en mai 2021 fait explicitement référence à Gaia-X. Cette stratégie autorise les « GAFAM » à licencier leurs logiciels aux fournisseurs français qui pourront les opérer dans leurs propres cloud souverains. Gaia-X soutient cette approche qui devrait se généraliser au niveau européen avec le lancement prochain d'EUCS (*European Cybersecurity Certification Scheme for Cloud Services*) visant à harmoniser au niveau européen les principes de certification des différents Etats membres.

8. Gaia-X dans le contexte de la Stratégie Européenne pour l'Intelligence Artificielle ?

Le succès de Gaia-X permettra, espérons-le, à la moitié des entreprises européennes de contribuer aux espaces de données et d'utiliser les services cloud d'ici 2025 ; il s'agit d'une première étape nécessaire qui doit être complétée par un effort similaire en matière d'analyse de données et d'intelligence artificielle pour l'industrie. La France et l'Allemagne ont eu deux initiatives distinctes : « Grand défi » en France et « *Platform Lernende Systeme* » en Allemagne qui ont décidé fin 2020 d'unir leurs efforts pour définir position franco-allemande : « Accélérer l'IA industrielle et la fiabilité » présentée lors d'une conférence en mars 2021¹³. Le paysage présente de nombreuses similitudes avec celui de Gaia-X : différence entre l'IA pour les consommateurs et l'IA industrielle, adoption nécessaire par les utilisateurs, domination des acteurs américains et chinois, maturité croissante du sujet donnant un rôle clé aux universitaires. Le programme multi-pays est en préparation et le financement du RRF est également dédié à l'IA.

L'accès aux données industrielles est essentiel pour le développement et l'adoption de l'IA dans l'industrie. La création d'espace de données est une première étape nécessaire qui se traduira par des contrats entre les différents partenaires de la plateforme. De nombreux domaines tels que la santé ou les matériaux nécessitent en outre la combinaison de données industrielles et de données scientifiques. Un potentiel d'innovation important peut être réalisé en reliant ces domaines de données qui existent jusqu'à présent indépendamment les uns des autres. Gaia-X soutient cet effort en tenant compte des exigences d'utilisation des deux domaines. C'est peut-être une des raisons pour lesquelles entreprises privées et institutions académiques soutiennent les initiatives de science ouverte et souhaitent combiner données indus-

trielles et données scientifiques mises à disposition dans le cadre de la recherche académique. Il appartiendra à la régulation de la gouvernance des données de faciliter cette coopération entre universitaires et industriels largement représentés dans Gaia-X.

9. Vers un modèle pour les écosystèmes européens de l'innovation

Les quatre prochaines années seront cruciales pour la transformation numérique de l'industrie européenne. La définition de la stratégie industrielle a été marquée par une diversité d'approches entre les pays sur les rôles respectifs de l'industrie et des pays dans sa mise en œuvre. La Commission européenne ouvre un nouveau système avec la boussole numérique laissant aux États membres la responsabilité de concevoir leurs plans de redressement dans le cadre des objectifs globaux à dix ans. La stratégie pour les Données et Cloud est explicitement mentionnée comme un domaine où cette image « multi-parties prenantes » sera appliquée. De par sa conception, une stratégie européenne pour les données et le cloud ne peut pas être mise en œuvre séparément dans chaque pays, car les gains d'efficacité sont liés à l'économie d'échelle et à l'économie de portée.

Par conséquent, une coordination entre les États membres est nécessaire, qui doit s'appuyer sur des principes convenus: (1) une approche combinée de l'établissement de normes techniques « descendantes » et du soutien de l'initiative « ascendante » des espaces de données, (2) un partenariat public/privé multidimensionnel combinant Commission européenne/États membres, fournisseurs/utilisateurs, technologie européenne/internationale, (3) des dispositions claires et convenues selon lesquelles le soutien du plan de redressement ne peut être acquis que lorsque les normes sont utilisées/mises en œuvre.

À l'initiative des Industries, des Associations telles que Gaia-X AISBL doivent être formées pour exprimer « La voix de l'Industrie » et orchestrer le processus multipartite en établissant à la fois un forum par industrie (Santé, Automobile, Energie...) et des pôles nationaux.

La raison sous-jacente - qui est, selon nous, une valeur européenne fondamentale - est le pouvoir du partage ; il sera soit organisé par des entreprises internationales prêtes à dépenser ce qu'il faut pour confisquer les bénéfices du partage (comme cela s'est produit sur le marché de la consommation), soit par l'industrie elle-même en profitant de l'occasion unique du plan de relance soutenu par les gouvernements européens.

13. <https://cris.vtt.fi/en/publications/franco-german-position-paper-on-speeding-up-industrial-ai-and-trustworthiness>



Joëlle Toledano • Professeur émérite en économie, membre du Conseil national du numérique, auteur de *GAFAs : reprenons le pouvoir*

Jean Cattani • Docteur en droit, secrétaire général du Conseil national du numérique

Le *Digital Markets Act* permettra-t-il à l'Europe de reprendre le pouvoir sur les GAFAs ? Probablement pas tout de suite

1. Les ressorts de la puissance des GAFAs

Dans les années 50, l'Europe se dotait d'un droit de la concurrence toujours en vigueur¹. Dans les années 90, nous commençons à voir émerger l'Internet grand public et son foisonnement d'initiatives individuelles et entrepreneuriales. En 2001, il y a vingt ans, l'Europe adoptait la directive eCommerce. Désormais, nous passons l'essentiel de notre temps en ligne sur des sites appartenant à environ trois groupes commerciaux. Nos terminaux pour accéder à internet sont essentiellement pilotés par deux systèmes d'exploitation dont un est ultra-dominant. La capitalisation boursière de ces entreprises est sans égal dans l'histoire de l'économie, de quoi envoyer des Hommes dans l'espace ou poursuivre des rêves transhumanistes débridés.

Comment l'Europe se positionne-t-elle face à une domination du web essentiellement américaine et peut-être demain chinoise mais probablement pas européenne ? Elle le fait sur un terrain qu'elle a l'habitude d'occuper : celui des normes juridiques, dans l'espoir de pouvoir dompter des acteurs économiques sans nul autre pareil. A défaut d'être actrice de la compétition, l'Europe se rêve en arbitre et tente de préserver ses principes de diversité, de saine concurrence et de respect de ses principes démocratiques.

En adoptant la directive eCommerce il y a vingt ans, c'était donc aussi sur le terrain réglementaire que, dans le sillage des États-Unis, l'Europe s'était positionnée dans cette compétition mondiale naissante. Mais l'objectif n'était pas de dompter des géants. L'objectif était d'encourager le développement des services en ligne et de permettre à tout un chacun de saisir sa chance. En ce sens, la directive eCommerce a institué un régime très libéral, favorable aux acteurs du web, qu'il s'agisse d'acteurs commerciaux ou non. Ce régime prend appui sur notamment

deux principes : la clause du marché intérieur, qui empêche tout État membre d'adopter des règles plus contraignantes en matière de régulation des acteurs en ligne ; le principe de responsabilité allégée des hébergeurs, soit une très grande partie des acteurs en ligne dont les contenus sont générés par les utilisateurs.

Certains voient dans ce régime libéral une des clefs de la domination d'une poignée d'acteurs américains sur l'économie en ligne. Les quelques Google, Facebook, Amazon, Apple en sont venus, avec des comportements très différents, à régenter une partie de nos vies. Leur puissance est devenue immense et aucun outil réglementaire n'a été en mesure de remettre en question cet état de fait. Le droit de la concurrence n'a pas plus réussi à cantonner l'exercice de leur pouvoir de marché que plus récemment le droit des données personnelles, dont ce n'est d'ailleurs pas la vocation.

Les entreprises en cause ont bâti des écosystèmes à partir de plateformes numériques dominantes et ont abusé et abusent de leur pouvoir de marché pour les verrouiller. Chacun des GAFAs s'est créé un modèle économique spécifique à partir d'une activité cœur : moteur de recherche (Google), réseau social (Facebook), vente de livre puis de biens en ligne (Amazon), un terminal en particulier (Apple). Ils se sont développés à partir de plateformes dites « structurantes » en s'appuyant sur des économies d'échelle et des effets de réseaux importants « en tache d'huile » et avec de plus en plus d'activités et de services. Que ces services leurs soient propres ou viennent de plus en plus d'entreprises se greffant sur leurs développements. Ils l'ont fait avec des modalités variées : *marketplaces*, régies publicitaires, magasins d'applications, imposition de standards techniques, etc.

L'objectif commun de ces services d'une très grande qualité est de pousser l'utilisateur à rester dans un écosystème de services. Au besoin, l'utilisation des sciences comportementales par ces acteurs leur permettra de créer des mécanismes parfois dénoncés comme générateurs de logiques d'enfermement si ce n'est d'addiction (polarisation des opinions, dissémination de fausses informations). Sur les réseaux sociaux en particulier, la maximisation de l'engagement de l'utilisateur est recherchée en permanence, au travers de la personnalisation à la fois instantanée et permanente des flux. D'un point de vue plus économique, il s'agira de stratégies de verrouillage multidimensionnelles et usant d'acquisitions, d'effets de levier, de gratuité provisoire, de collecte et d'exploitation de masses de données, etc.

C'est à travers des algorithmes, c'est-à-dire du code informatique, que sont fixées les règles d'organisation de ces écosystèmes. Chacun se retrouve à la fois juge, jury et bourreau. Les GAFAs sont devenus les régulateurs privés de tous les acteurs économiques qui offrent des services via leur infrastructure numérique : les commerçants ayant recours à la place de marché d'Amazon, les développeurs d'appli-

1. Cette contribution ne saurait engager d'autre personne ou institution que ses auteurs.

cation d'Apple, les annonceurs, médias numériques et tous ceux qui vivent de la publicité ou de leur simple présence sur Google, Booking ou Facebook. Cette régulation privée définit tout particulièrement le partage de la valeur qui sera opéré entre les acteurs en cause.

Il n'est désormais plus acceptable que l'opacité de ces lignes de code se transforme en opacité des règles et des lois qui de fait régissent les écosystèmes. Plus que jamais, il est temps de prendre acte que oui *Code is Law*. Il ne s'agit plus de répéter cette formule de manière incantatoire. Non, il s'agit d'en tirer toutes les conséquences d'un point de vue réglementaire.

2. Un constat partagé

Face à ces évolutions et pour une large part, le droit de la concurrence n'a pas été en mesure de traiter ces situations de domination économique. Avec son standard de preuve et les outils dont il dispose actuellement, il a été difficile pour les autorités européennes de la concurrence d'aborder les cas de gratuité ou encore plus largement des marchés bifaces. Il existe aussi une asymétrie d'information à laquelle les autorités de la concurrence sont confrontées. Il est enfin difficile pour les autorités de la concurrence, de par la position qui est la leur, d'imposer des remèdes pertinents.

Pour pallier cette défaillance structurelle - et en aucun cas individuelle ou conjoncturelle - la Commission européenne a, sous la houlette des commissaires Margrethe Vestager et Thierry Breton, initié un chantier législatif d'ampleur visant à réguler les acteurs dominants de l'économie numérique. Cette initiative s'est traduite à travers deux textes : le *Digital Markets Act* et le *Digital Services Act*. Le premier touche aux aspects économiques des plateformes en ligne. Le second vise à encadrer les aspects de régulation à la fois commerciale et sociétale qu'emporte la fonction de modération notamment des plateformes en ligne. Ces deux propositions de règlements européens ont été publiées en décembre 2020. A eux deux, ces textes viennent compléter et partiellement remplacer le dispositif réglementaire existant, dominé par la logique et les principes de non régulation instillé par la directive eCommerce.

Le DMA et le DSA sont le fruit d'une conjonction de facteurs et entendent répondre tous deux à une analyse et des objectifs que nous partageons. Tout d'abord, des acteurs privés ont pu s'imposer jusqu'à devenir incontournables grâce à une exceptionnelle qualité de services. Cette croissance monumentale s'est faite alors que les acteurs économiques, politiques et académiques souffraient d'une certaine incompréhension des dynamiques économiques à l'œuvre. Faute d'autre externalités à prendre en compte, l'innovation ne pouvait alors être que perçue comme positive et les acteurs qui appréciaient ces innovations faisaient comme ils pouvaient avec des méthodes qui leur appartenaient. Ce qui a conduit à l'échec des politiques antérieures qui s'appuyaient sur les deux piliers évoqués : le droit de la concurrence et le régime de res-

ponsabilité allégée issu de la directive eCommerce, soit un régime d'autorégulation des acteurs par leur propre code.

On retrouve en partie cette analyse de la situation au considérant 10 du DMA : « Le présent règlement poursuit un objectif complémentaire, mais différent de la protection d'une concurrence non faussée sur tout marché, au sens du droit de la concurrence, qui est de veiller à ce que les marchés sur lesquels les contrôleurs d'accès opèrent sont et restent contestables et équitables, indépendamment des effets réels, éventuels ou présumés sur la concurrence sur un marché donné du comportement d'un contrôleur d'accès couvert par ce règlement. » Remarquons particulièrement la référence aux enjeux de contestabilité et d'équité, qui ne relèvent pas en tant que tels des objectifs du droit de la concurrence. En l'occurrence, il s'agit d'assurer un partage de la valeur, ce qui est un objectif autre que celui du droit de la concurrence et qui vient utilement le compléter.

Quant au DSA, le dispositif proposé est essentiellement un dispositif de supervision en matière de modération des contenus. Il ne sera pas question ci-après du DSA mais on pourra regretter qu'il soit décorrélé des aspects économiques du fonctionnement des plateformes visés par le DMA. En effet, si l'on s'accorde sur le fait que les problèmes de contenus constatés sur les plateformes tiennent pour beaucoup au modèle économique développé, pourquoi ne pas se servir d'une régulation économique pour atteindre des objectifs visant à la protection contre les contenus néfastes ?

Si l'on s'attache plus spécifiquement au DMA, comment entend-il permettre à l'Union européenne de reprendre le contrôle sur les GAFAs ? La méthodologie déployée dans la proposition de règlement se décompose en trois étapes que nous pourrions présenter de façon sommaire avant de discerner certaines de leurs lacunes. Car malheureusement, la proposition de règlement présente des défauts à de nombreux égards. Ce qui ne signifie pas que les choses n'iront pas en s'améliorant. Mais la régulation et la construction d'un cadre qui lui soit adapté sont des choses qui s'apprennent au fil du temps et marchent rarement du premier coup.

3. Une myriade d'acteurs inutilement concernés

La première étape de la méthodologie inscrite dans le DMA revient à identifier les acteurs concernés. Pour cela, le règlement crée une nouvelle notion, celle de « contrôleur d'accès ». En bref, il s'agit à travers cette notion d'identifier les acteurs incontournables de l'économie numérique, sur lesquels d'autres acteurs dépendent en vue d'exercer leurs activités. Sont ainsi présumés être des contrôleurs d'accès les plateformes cumulant certains critères qualitatifs (type de service) et quantitatifs (chiffre d'affaires et nombre d'utilisateurs). Les acteurs visés doivent être des services de plateforme essentiels fournissant des services tels que l'intermédiation en ligne, des moteurs de recherche, de partage de vidéos, de réseaux

sociaux, de publicités, etc. D'un point de vue quantitatif, les critères sont posés en chiffre d'affaires européen annuel (6,5 milliards d'euros), capitalisation (65 milliards d'euros) et nombre d'utilisateurs (45 millions d'utilisateurs actifs chaque mois en Europe). Pour les acteurs qui ne rempliraient pas ces critères a priori, une identification au fil de l'eau est possible en référence à d'autres critères (taille de l'entreprise, nombre d'entreprises en dépendant, leur captivité éventuelle, effets d'échelle, etc.).

On observe ici qu'à la différence de la logique qui guide la lutte contre les abus de positions dominantes ou les régulations pro-concurrentielles comme en matière de télécoms, le critère des parts de marché est absent. Ce qui permet de s'épargner l'exercice difficile de définition des parts de marché.

A ce stade, on pourra regretter que le DMA ne s'attaque pas aux écosystèmes et partant à la manière dont une architecture technique sert un modèle économique. Si l'on veut que les pratiques changent et que le partage de la valeur évolue, il faut donner les bonnes incitations aux acteurs. Ce ne sera pas le cas si on ne traite pas les modèles économiques dans leur globalité, si on ne travaille pas sur les algorithmes, pour les expliquer et comprendre leurs effets sur les comportements, si on n'associe pas les questions relatives à la publicité ou si l'on exclut - ce qui est le cas en l'état - les navigateurs de l'ensemble de l'analyse.

De fait, le risque est que, contrairement à l'objectif visé, trop d'acteurs soient régulés par un même jeu de réglementation. Ce qui induit un double risque : mener trop de combats à la fois et ne pas s'attaquer à ce qui fait la force des GAFA.

4. Le recours inadapté d'une logique de type réglementaire

Ensuite, sont identifiées les pratiques dites « déloyales » que le projet de règlement entend condamner sous réserve de suspension, exemption et possibles mises à jour par la Commission. Étrangement, les obligations listées ressemblent pour la plupart à des cas plus ou moins traités par la Commission dans différentes procédures de la DG Concurrence ou les autorités de concurrence européennes (clauses paritaires, combinaison de données issues de différents services, exclusivité, traitements plus favorables, etc.). D'autres obligations concernent spécifiquement les comportements de certains acteurs comme celles applicables uniquement aux fournisseurs de système d'exploitation.

Ce décorticage et cette volonté de frappe chirurgicale sur certains comportements en particulier est probablement la plus importante des lacunes observées : le DMA a recours à une logique de réglementation basée sur des interdictions strictes contrôlées essentiellement par la Commission. Ce qui est proprement sous-optimal dans des marchés guidés par l'innovation et des évolutions rapides.

A l'inverse, le DMA aurait dû suivre une logique de

régulation établie sur la poursuite d'objectifs généraux soutenus par un arsenal souple à la disposition d'autorités de régulation. En ce sens, une logique de régulation pro-concurrentielle telle que celle mise en œuvre avec succès dans des secteurs comme les télécoms aurait été probablement plus profitable. De tels cadres de régulation interviennent sur des marchés jugés pertinents lorsqu'il est considéré que le droit de la concurrence à lui seul ne suffit pas. D'un point de vue de méthode, ils permettent alors d'associer les acteurs économiques tant à la définition des problèmes constatés qu'à la définition des remèdes idoines (transparence, non-discrimination, partage ou séparation des données, interopérabilité, etc.).

5. Une centralisation regrettable de la mise en œuvre

Enfin, le projet de règlement met en place un cadre procédural destiné à sa mise en œuvre. Il est prévu qu'elle s'opère essentiellement au travers d'enquêtes de marché. En cas de non-respect, la Commission est dotée d'un pouvoir de constatation des manquements des contrôleurs d'accès et de sanction de ces derniers à travers des amendes et astreintes. Afin d'assurer la mise en œuvre par la Commission de ses pouvoirs, il lui est possible de demander accès aux données détenues par les plateformes. Un comité consultatif européen est également institué.

Les problèmes constatés se reflètent très concrètement dans l'organigramme projeté. En premier lieu et au regard des annonces faites, il est fort probable que les moyens humains se révèlent lacunaires (80 personnes en 2025). Pour affronter ces géants, il est question de quelques dizaines de personnes au sein de la Commission là où les autorités de régulation sectorielles (à l'exemple de l'ARCEP en France) ou les autorités de la concurrence européennes comptent des milliers d'agents sur l'ensemble du territoire européen.

Tout aussi concrètement, l'ambiguïté du DMA tient au fait que l'organisation en charge de son application au sein de la Commission n'apparaît pas en tant que telle. Le texte est porté de fait par la DG COMP et fait référence à « trois DG chefs de file » : marché intérieur (DG GROW), services numériques (DG CNECT) et la protection de la concurrence (DG COMP).

Dissocier la mise en œuvre du DMA de l'application du droit de la concurrence aurait permis à l'inverse de faire jouer une dialectique fructueuse entre les deux édifices, comme celle qui existe entre les autorités de concurrence et de régulation nationales. Alors qu'en l'espèce nous risquons la paralysie.

Dans un système alternatif, il pourrait être envisagé, autour d'un noyau central clairement identifié à la Commission et indépendant de la DG COMP, que la puissance de frappe des autorités de régulation nationales soit mise à contribution pour recueillir les plaintes nationales, éventuellement les évaluer, les faire remonter et assurer

un suivi des pratiques et des algorithmes déployés. Car pour ce qui est des algorithmes, la Commission ne donne pas les moyens à l'Europe de renverser la vapeur et d'assurer un contrôle adéquat. Tout juste est-il possible de demander des informations au cas par cas.

A l'inverse, ce dont nous avons besoin est probablement d'un accès global et systématique à la compréhension des règles de fonctionnement déployées par les plateformes. En ce sens, sont à soutenir des initiatives telles que la création du « Pôle d'expertise de la régulation numérique » (Peren) en France. En mettant en place des équipes dédiées à la compréhension du fonctionnement des algorithmes, cette entité rattachée à Bercy est probablement un embryon de ce qu'il faudrait développer et généraliser en Europe et pas seulement du côté des administrations. Des équipes académiques voire des ONG pourraient partager ces objectifs. Le but global est d'évaluer le fonctionnement des algorithmes et leurs impacts sur les consommateurs comme les entreprises. La com-

préhension de leurs objectifs au regard de tel ou tel critère et de leurs liens avec les modèles économiques, la mise au jour des éventuels biais nécessitera probablement un accès réglementé et continue à certaines données, ainsi que de la connaissance de la mise à jour des logiciels. Autant de compétences qui pourraient profiter aussi au DSA.

Appliquées tant au DMA qu'au DSA, ces propositions nous semblent aller dans le sens des conclusions à tirer des auditions et analyses ayant eu lieu en France et en Europe suite aux révélations les plus récentes sur le fonctionnement de certains réseaux sociaux. Et nous pouvons espérer que ce soit vers ce type de pratiques que tendra le cadre réglementaire européen. En attendant, il est fort probable que les textes actuels nous permettent, d'ores et déjà et malgré tout, d'avancer vers une meilleure situation que celle que nous connaissons actuellement. Charge alors aux autorités publiques nationales et européennes d'en tirer le meilleur et de procéder aux améliorations nécessaires en fonction de l'expérience acquise.



Philippe Dupichot • Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Dessiner un droit des affaires commun

118

Le constat s'impose aisément à tout observateur : dans la sphère juridique, l'intégration européenne est loin d'être achevée¹. Il est en effet des domaines où la construction juridique communautaire doit être améliorée, voire approfondie, pour que l'on puisse un jour considérer que les règles du jeu commercial sont véritablement uniformes au sein du marché unique ou, pour le moins, au sein de la zone euro.

C'est pour vérifier la pertinence de cette intuition que l'Association Henri Capitant a souhaité, il y a quelques années déjà, dresser un inventaire de l'acquis communautaire en droit des affaires. L'inventaire trilingue qui en a résulté, publié sous le titre *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives* (ed. Lextenso, octobre 2016), a permis de dresser un bilan volontairement synthétique de l'apport de l'Union européenne dans douze matières fondamentales du droit des affaires au sens large : droit du marché, droit du commerce électronique, droit des sociétés, droit des sûretés, droit de l'exécution, droit des entreprises en difficulté, droit bancaire, droit des assurances, droit des marchés financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit social et droit fiscal.

Curieusement, une telle entreprise n'avait guère été conduite auparavant ; son principal enseignement est simple : le droit européen des affaires reste largement à construire. Or, si le projet a logiquement suscité des critiques stimulantes², il n'apparaît pas que le diagnostic ait été contesté par quiconque.

De là, un glissement (inévitabile) de l'analyse vers l'ini-

1. Cet article est une version révisée de la contribution de l'auteur aux *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Lextenso, p 373 et s.
2. Voir en particulier, L. d'Avout, « L'étonnante initiative en faveur d'un code européen des affaires », *JCP G*, 2019, 559 ; L. d'Avout, « La France et l'Allemagne en quête d'un droit des affaires commun », *JCP E*, 2019, 1276.

tiative qu'ont souhaité conduire des juristes de tous horizons : un projet de Code européen des affaires³. Le projet s'intègre dans une longue histoire, qui suggère d'ailleurs nettement que l'édification d'un droit commercial contribue à structurer les échanges et la Cité elle-même. Jadis, les foires du Moyen Âge ont joué un rôle important dans la construction d'une Europe des échanges : on leur doit en partie le développement des techniques cambiaires, la sévérité des anciennes banqueroutes et l'importance attachée au respect de la parole donnée dans le commerce de marchandises. Et ainsi que le relevait Reiner Schulze en 2016 : « [e]n Allemagne, la codification du droit commercial au cours du 19^e siècle a largement précédé la naissance du Code civil - pratiquement de quatre décennies en ce qui concerne le « Code général du commerce allemand ». En Espagne, le Code de commerce a même vu le jour soixante ans auparavant. À la naissance de ces marchés nationaux, un Code de commerce est apparu comme une nécessité impérieuse aux fins de faciliter le commerce et de renforcer l'économie. Les commerçants et les entreprises ont eu besoin du Code de commerce pour franchir les anciennes frontières du nouveau « marché intérieur » national de l'époque »⁴.

Dans cette contribution, on présentera d'abord les *raisons* du projet de Code européen des affaires (1), puis l'état actuel de sa *réception* dans la sphère politique (2) et enfin quelques questions posées par son *élaboration* (3).

1. Les raisons

Un Code européen des affaires serait formidablement utile. Les raisons de s'y atteler sont d'ordre juridique certes (A) mais aussi économique (B) et politique (C).

1.A. Des raisons juridiques

Le droit des affaires européen souffre formellement d'un déficit majeur d'accessibilité et d'intelligibilité. La consultation du site « Eur-Lex »⁵ - qui tend pourtant à « L'accès au droit de l'Union européenne » - en est la preuve, tellement est-elle malaisée pour quiconque souhaite se renseigner sur le droit européen des affaires. Les « synthèses de la législation de l'UE », destinées pourtant à un public non spécialisé, sont « classées en 32 domaines d'action (*sic*) »⁶. Or, ces domaines sont profondément éclatés et plus de la moitié d'entre eux intéressent le droit des affaires. En particulier, l'entrée « Entreprises » est d'une parfaite indigence puisqu'elle se contente de renvoyer incomplètement à d'autres domaines d'actions (« Marché intérieur », « Concurrence », « Commerce extérieur »,

3. Voir, P. Dupichot, « Du Brexit au Code européen des affaires », *Dr et patr.*, 2016, n° 262 ; « Vom Brexit zum Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch », *ZEUP*, 2017, n° 2, p. 245 et s. ; L. Bélanger, « Un code européen des affaires, le droit au cœur de la consolidation de l'Europe », *JCP*, 2017, 790.
4. Voir, R. Schulze, « Initiative pour un code européen des affaires », discours inédit au CNB, 1^{er} juillet 2016.
5. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.
6. <https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html>.

« Fiscalité », « Douanes »). Pareille situation est d'autant plus regrettable que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi est, pour le moins aux yeux du juriste français, un objectif de valeur constitutionnelle⁷.

L'Union européenne semble prendre conscience de ces insuffisances. Le 13 avril 2016, un accord interinstitutionnel a du reste été conclu entre la Commission, le Conseil et le Parlement européen, intitulé « Mieux légiférer », qui « vise à améliorer la manière dont l'UE légifère et à faire en sorte que la législation de l'UE serve mieux les citoyens et les entreprises. Il devrait rendre le processus législatif de l'UE plus transparent, plus ouvert aux contributions des acteurs concernés et plus facile à comprendre. Il contribuera également à évaluer l'incidence de la législation de l'UE sur les petites et moyennes entreprises, l'industrie locale et le grand public ». L'esprit de l'accord se retrouve aussi dans l'initiative « *Better Regulation* » de la Commission, visant notamment à garantir une meilleure qualité de la législation⁸. Toutefois, ces accords ou programmes tendent surtout à limiter le nombre de nouveaux règlements et directives, plutôt qu'à les ordonner logiquement ; à ce titre, ils remettent souvent en exergue les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁹.

En effet, le périmètre et l'étendue de la construction juridique communautaire sont tributaires de la répartition des compétences résultant du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). Aussi, l'acquis communautaire est-il naturellement plus fort en matière de droit de la concurrence - qui relève de la compétence exclusive de l'Union - que dans les domaines relevant de compétences partagées et justiciables des principes de subsidiarité et de proportionnalité (marché intérieur par exemple) ou *a fortiori* de la fiscalité, encore soumise à la règle de l'unanimité. Cet éclatement des compétences aura été un puissant frein à l'adoption de règles matérielles uniformes : la construction communautaire dans le champ du droit des affaires s'est effectuée d'une façon profondément hétérogène. Riche sur certains thèmes (marché, commerce électronique, propriété industrielle, sociétés, etc.), elle est parcellaire sur d'autres (sûretés, voies d'exécution, opérations bancaires, fiscalité, etc.).

1.B. Des raisons économiques

Plus de soixante-trois ans après la signature du Traité de Rome, il devient chaque jour plus étrange que les 27 États membres commercent entre eux sous l'empire de droits des affaires éclatés et, pour 19 d'entre eux, moyennant une monnaie commune.

7. Voir, Cons. const., 16 déc. 1999, DC, n° 99-421 - Cons. const., 27 juillet 2006, DC n° 2006-540.

8. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_fr.

9. Voir, par ex. Communication de la Commission Junker, « Améliorer la réglementation : de meilleurs résultats pour une Union plus forte », 14 septembre 2016, COM/2016/0615.

Le qualificatif si connu de « marché commun » sied mal pour désigner une zone de commerce au sein de laquelle subsistent des disparités notables entre les droits nationaux des affaires. Pour ne donner que deux exemples bien connus, les taux de l'impôt sur les sociétés varient du simple au triple entre États membres, et nul ne niera que les législations sociales diffèrent grandement. Partant, les États membres se font parfois concurrence entre eux - plutôt que de présenter un front uni à l'égard des autres pays - et le *law shopping* s'en trouve favorisé.

Or, entendu en un sens large, le droit des affaires détermine les règles du jeu commercial. Le Président Giscard d'Estaing l'a d'ailleurs finement relevé : « [L]e droit de l'entreprise est un vecteur puissant de la convergence économique, fiscale et sociale. Cette convergence est essentielle à la consolidation de l'Euro qui est aujourd'hui la colonne vertébrale de la construction européenne. (...) ce droit, qui régit le quotidien des entreprises, n'a pas été suffisamment pris en compte par les dirigeants européens »¹⁰. Ce sont bien ces centaines de milliers d'entreprises, de petite, moyenne et plus grande taille, qui sont les forces vives des économies européennes et de leur nécessaire convergence. Ils constituent la source première de la création de richesses, de la croissance et de l'emploi et doivent évoluer dans un environnement juridique, fiscal et social convergent, dès lors qu'ils opèrent au sein d'un espace monétaire unifié, de libre circulation des biens, des services, des capitaux et du travail.

C'est pourquoi il est temps d'adosser la monnaie unique, l'Euro, à un socle de droit unifié des affaires. Un tel socle de droit unifié des affaires pourrait faire gagner de précieux points de croissance aux États membres et être un vecteur de richesse pour les entreprises européennes. Il faciliterait grandement le développement des échanges intracommunautaires en incitant TPE et PME à commercer au-delà de leurs frontières, avec une plus grande sécurité et en toute confiance. Il faut en effet rappeler que, comparé au commerce entre États fédérés des États-Unis d'Amérique, le commerce entre États membres de l'Union est encore peu développé¹¹.

Un rapide tour d'horizon suggère en effet qu'il n'est

10. Voir, V. Giscard d'Estaing, préface à *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, Lextenso, 2016.

11. Voir, K. Head, et T. Mayer (2002), « Non-Europe : The Magnitude and Causes of Market Fragmentation in the EU », *Review of World Economics*, 2(136) : 285-314, cité par V. Gomez Bassac, « Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires », 8 juillet 2019, p. 37 ; *adde*, V. Aussilloux, Ch. Emlinger, L. Fontagné, « Y a-t-il encore des gains à l'achèvement du marché unique européen ? », *Lettre du CEPII 2011*, n° 316 concluant que : « l'élimination de toutes les barrières au commerce subsistant au sein de l'Union européenne apporterait des gains deux à trois fois supérieurs à ceux déjà obtenus. Un tel objectif d'élimination des barrières constitue une hypothèse extrême, voire irréaliste. Néanmoins, l'ampleur des gains potentiels est telle que ces résultats démontrent que la poursuite de l'intégration européenne constitue l'un des principaux leviers de la croissance européenne ».

guère de grande zone d'échange sans droit uniforme. L'Union européenne se distingue sur ce point malencontreusement par la faible intégration juridique de son droit des affaires. Les barrières linguistiques et culturelles n'expliquent pas tout ; donc, un socle de droit unifié des affaires contribuerait-il grandement à améliorer « le fonctionnement du marché intérieur » au sens de l'article 26 du TFUE.

1.C. Des raisons politiques

L'Europe est de nos jours en proie au doute : ébranlée par le Brexit, bousculée par les phénomènes migratoires et par la crise sanitaire, elle subit le réveil économique de la Chine et s'incline devant la supériorité technologique des États-Unis d'Amérique. La place prise par les GAFAM tout à la fois la paralyse et la fascine... Sauf à nourrir un sentiment antieuropéen pour d'autres raisons, il importe de redonner du sens et du souffle à l'Union européenne.

À l'intérieur des frontières de l'Union européenne, montrer que l'Europe s'intéresse à ses entrepreneurs et à ses entreprises paraît une nécessité. En effet, à l'exception notable des règles intéressant la concurrence, le commerce électronique et la propriété industrielle, la construction européenne en droit des affaires s'est insuffisamment intéressée à la pratique quotidienne des commerçants et entreprises de l'UE (TPE et PME) et, plus généralement, de ceux qui ne sont ni banquiers, ni assureurs, ni consommateurs¹². Si ces dernières thématiques sont fondamentales, leur récurrence et leur omniprésence dans l'arsenal législatif de l'Union accablent dangereusement l'image - chère aux europhobes et aux extrêmes - d'un droit éloigné des préoccupations des très petites et moyennes entreprises, plus « financier » que véritablement « commercial ».

Aussi, se réjouira-t-on que le commissaire européen au Marché intérieur, Thierry Breton, semble vouloir réorienter la politique de l'UE. Il affirmait ainsi dans un grand quotidien¹³ que « la politique industrielle en Europe ne peut plus être conduite avec pour seul but de réduire les prix pour le consommateur. Nos entreprises à la base de nos emplois, de nos progrès et de notre souveraineté doivent être replacées au cœur de nos politiques (...) il y aura un avant et un après-Commission von der Leyen ». Il importe donc de replacer l'UE au service des citoyens et des entrepreneurs, afin que celle-ci soit, à nouveau, considérée comme un espace de liberté et non de contrainte.

À l'extérieur des frontières européennes, le droit de l'Union doit tendre à embrasser la valeur d'un modèle : devenir une source d'inspiration pour les législateurs

12. Mentionnons toutefois les utiles acquis suivants : Groupement Européen d'Intérêt Économique, Société Européenne, titre exécutoire européen, saisie conservatoire européenne de comptes bancaires, marque européenne, dessins et modèles européens, droit des garanties financières, assiette de la TVA, etc.
13. Voir, Thierry Breton, *Le Figaro*, 2 mars 2020, <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/thierry-breton-l-ue-ne-doit-plus-avoir-pour-seul-but-de-reduire-les-prix-pour-le-consommateur-20200302>.

étrangers, de réflexion pour les juristes de tous pays, de sécurité juridique pour les investisseurs. À cette condition seulement, il rayonnera, et l'Europe avec lui. C'est sans doute là un enjeu de civilisation : un droit est porteur de concepts et de valeurs qui sont le produit d'une culture et d'un mode de vie. Parce qu'il y a une civilisation européenne, il doit y avoir un droit européen des affaires accessible et intelligible. Or, quoique l'Union européenne se soit construite par le droit et sur le droit, ce dernier n'est guère pour l'heure un phare de la civilisation européenne dans le champ des échanges économiques.

2. La réception

Simple initiative d'une société savante, le projet de Code européen des affaires revêtait logiquement les allures d'une pure utopie lors de son lancement¹⁴. Tel n'est plus le cas aujourd'hui : l'idée que l'Europe a besoin d'un droit des affaires intégré et codifié se diffuse chaque jour davantage. Elle rencontre ainsi une adhésion croissante dans la sphère politique, non seulement au sein du couple franco-allemand (A) mais au-delà (B).

2.A. Par le couple franco-allemand

Après un démarrage français, l'objectif d'unification du droit européen des affaires recueille un écho favorable au sein du couple franco-allemand, dont l'importance n'est plus à démontrer pour l'avenir de l'Europe. Dans son discours sur l'Europe prononcé en Sorbonne le 26 septembre 2017, le Président Emmanuel Macron a logiquement entendu s'appuyer sur ce moteur franco-allemand pour appeler à l'intégration des droits des affaires : « À ceux qui disent que c'est trop dur, je dis : pensez à Robert Schuman, cinq ans après une guerre dont le sang séchait à peine. Sur tous les sujets que j'ai évoqués, nous pouvons donner une impulsion franco-allemande décisive et concrète (...). Pourquoi ne pas se donner d'ici à 2024 l'objectif d'intégrer totalement nos marchés en appliquant les mêmes règles à nos entreprises, du droit des affaires au droit des faillites ? ». L'annonce était d'importance : l'impulsion sera franco-allemande ou ne sera pas¹⁵.

Puis, le 22 janvier 2018, le Bundestag et l'Assemblée nationale ont adopté une résolution commune plaidant pour « la réalisation d'un espace économique franco-allemand avec des règles harmonisées, notamment en ce qui concerne le droit des sociétés et l'encadrement des faillites d'entreprises ». Plus récemment, un rapport parlementaire du 29 novembre 2018 rédigé par les députés Christophe Naegelen et Sylvain Waserman, sur l'Avenir de la zone euro, reprenait à son compte - parmi quatre propositions pour renforcer la zone euro - « Le projet de Code Européen des Affaires » porté par l'Association Henri Capitant¹⁶, en précé-

14. Le travail ayant conduit à l'inventaire a été mené de mi 2015 à octobre 2016 ; les travaux de rédaction d'un projet de Code ont été initiés en mars 2017.
15. Voir, R. Krüse et F. Riestler, « Pour un code européen des affaires », *Le Monde*, 5 mai 2018.
16. Voir, Ch. Naegelen et S. Waserman, Rapport d'information AN, 29 nov. 2018, n° 1453, « L'avenir de la zone euro », p. 85 à 91.

nisant de lui donner une assise franco-allemande.

Dans le prolongement de ce rapport, un important « Traité franco-allemand sur la coopération et l'intégration franco-allemandes » a été signé à Aix-la-Chapelle, le 22 janvier 2019, lequel accorde une place de choix à l'intégration des droits des affaires. Son article 20 § 1 dispose ainsi que : « (1) Les deux États approfondissent l'intégration de leurs économies afin d'instituer une zone économique franco-allemande dotée de règles communes. Le Conseil économique et financier franco-allemand favorise l'harmonisation bilatérale de leurs législations, notamment dans le domaine du droit des affaires, et coordonne de façon régulière les politiques économiques entre la République française et la République fédérale d'Allemagne afin de favoriser la convergence entre les deux États et d'améliorer la compétitivité de leurs économies ». Ce Traité a été ratifié par la loi n° 2019-1066 du 21 octobre 2019 et remplace le Traité de l'Élysée du 22 janvier 1963.

Constituée de 50 députés français et de 50 députés allemands, la nouvelle assemblée parlementaire franco-allemande (APFA) a, dès sa troisième réunion, adopté, le 6 février 2020, une « Délibération instituant un groupe de travail 'Harmonisation du droit français et du droit allemand des affaires et des faillites' ». Elle s'est par ailleurs « fixée pour objectif concret d'élaborer un code franco-allemand des affaires qui soit juridiquement contraignant » ce qui constitue un évènement considérable.

Quelques semaines après l'adoption du Traité d'Aix-la-Chapelle, un décret du 13 février 2019 du Premier ministre Édouard Philippe confiait à Valérie Gomez Bassac, universitaire et députée, une « mission parlementaire temporaire ayant pour objet l'élaboration d'un code européen des affaires ». Au terme de près de 46 auditions en France et de 32 conduites dans cinq grandes capitales européennes (Berlin, Bruxelles, Budapest, Dublin, Rome), Valérie Gomez-Bassac a rendu son rapport le 8 juillet 2019. Au vu notamment des travaux engagés par l'Association Henri Capitant, elle y relève que « le Brexit ainsi que le renouvellement opéré au Parlement européen comme à la Commission européenne sont autant d'opportunités pour avancer rapidement vers la création d'un Code européen des affaires lisible, exigeant et adapté à toutes les entreprises, et répondant à une vraie attente des acteurs économiques, partout en Europe ; (...) l'Europe doit être une chance pour tous, et le marché européen ne peut pas être une opportunité uniquement pour les grands groupes. Pour créer de l'adhésion au libre-échange européen, chacun doit pouvoir y trouver une opportunité pour développer son entreprise, quelle que soit sa taille »¹⁷.

2.B. Au-delà du couple franco-allemand

Les réflexions actuelles se diffusent opportunément au-delà du couple franco-allemand.

17. Voir, V. Gomez Bassac, « Rapport sur l'élaboration d'un Code européen des affaires », 8 juillet 2019, et communiqué de presse.

Dans son Livre Blanc sur l'avenir de l'Europe, publié le 1er mars 2017, la commission Juncker identifiait, à l'horizon 2025, un 3^e scénario parmi 5 scénarios possibles (intitulé « Ceux qui veulent plus font plus »), consistant à ce qu'« un groupe de pays travaille en collaboration et convient d'un « code de droit des affaires » commun unifiant le droit des sociétés, le droit commercial et des domaines connexes, qui aide les entreprises de toute taille à exercer facilement leurs activités au-delà des frontières ».

Et la Commission de rappeler qu'il est loisible « aux États membres qui le souhaitent d'avancer ensemble dans des domaines spécifiques » autour de « coalition de pays volontaires » s'accordant sur des modalités juridiques particulières de coopération. On songe au premier chef ici à la possibilité de recourir au dispositif de la « coopération renforcée », laquelle a vu ses modalités assouplies par le Traité de Lisbonne¹⁸. Impliquant la participation d'au moins neuf États membres, la coopération renforcée peut être instituée dans tous les domaines de l'action européenne pourvu qu'elle ne porte pas sur une compétence exclusive de l'UE - à l'instar du droit de la concurrence -, qu'elle permette de renforcer le processus d'intégration de l'Union et soit autorisée par le Conseil des ministres.

Mais on pourrait rêver à une adoption à l'échelle de l'Union elle-même, à la demande du Conseil européen et donc des gouvernements, et ce quitte à affronter la règle de l'unanimité des 27. Il serait à cet égard mortifère pour l'Union que l'impulsion franco-allemande ne serve pas l'objectif d'intégration des droits des affaires de tous les États membres qui le souhaitent. La France et l'Allemagne ne sont fortes que lorsqu'elles ouvrent une nouvelle voie, ouverte aux autres pays, sans risquer d'apparaître aux yeux de leurs voisins comme un club fermé de deux membres. Aussi, on se réjouira que la délibération de l'Assemblée franco-allemande précitée du 6 février 2020 mentionne, au-delà de l'ambition concrète de l'élaboration d'un code franco-allemand des affaires, « l'objectif d'une codification du droit des affaires européen tout entier » à plus long terme. Les années à venir seront, en toute hypothèse, déterminantes.

3. L'élaboration

Comment élaborer un tel Code européen des affaires ? Il reviendra aux gouvernements des États membres de l'Union de se prononcer, le cas échéant, en faveur d'un tel projet et, dans l'affirmative, d'en arrêter le processus rédactionnel¹⁹. On se limitera donc à présenter ici l'offre de Code européen préparée au sein de l'Association Henri Capitant en partenariat avec la Fondation pour le droit continental. L'élaboration dudit projet au sein de l'Asso-

18. Art. 20 Traité UE et art. 326 et s. TFUE.

19. Même s'agissant du projet de code franco-allemand dont le principe est acté, les modalités précises d'organisation des travaux du groupe de travail « Harmonisation du droit français et du droit allemand des affaires et des faillites » sont, à ce jour, inconnues.

ciation Henri Capitant repose sur la codification (A) et s'inscrit dans une vision²⁰ de ce que pourrait être un droit européen des affaires plus intégré (B).

3.A. La codification

Le choix de la codification s'impose au regard de ses qualités. Michel Grimaldi décrivait avec profondeur les qualités et valeurs intrinsèques d'un droit continental qui - à la différence de la *common law* - ne s'inscrit pas dans une culture du contentieux et dont la codification facilite grandement l'accessibilité tant matérielle qu'intellectuelle : « matérielle, parce qu'elle est plus facile à connaître lorsqu'elle est contenue dans une loi ou dans un code que lorsqu'il faut l'extraire d'un ensemble de décisions ; intellectuelle, parce qu'elle est plus facile à comprendre lorsqu'elle est formulée en termes généraux et abstraits que lorsqu'elle est enrobée dans les faits d'une espèce particulière »²¹.

La codification dessine un droit sûr qui n'oblige pas à aller chercher le contenu de la règle de droit devant le juge et donc peu coûteux car il prévient la chicane. Elle est la garantie d'un droit accessible et intelligible, répondant à un impératif démocratique, et le vecteur d'un droit équilibré qui prend en considération l'efficacité économique sans pour autant lui sacrifier son âme, sachant introduire une dimension raisonnée de protection du faible.

On entend parfois que la codification serait une « spécificité franco-française », qu'il ne faudrait surtout pas porter à l'échelon de l'Union (à peine de réveiller le démon des conquêtes napoléoniennes, lequel exporta le Code civil par la force des baïonnettes ?). De telles réticences sont pour le moins surprenantes.

D'une part, l'immense majorité des États membres de l'Union a reçu le droit continental en partage. Et depuis le départ du Royaume-Uni, seuls 3 pays sur 27 restent attachés à la *common law* : Chypre, Irlande et Malte, lesquels ne comptent que 6,5 millions d'habitants sur un total post Brexit de 446 millions²². On ne saurait donc sérieusement redouter que la perspective d'adoption

d'un Code de droit des affaires au sein de l'Union méconnaisse « les différents systèmes et traditions juridiques des États membres » (article 67 TFUE). La codification pourrait au contraire constituer un marqueur d'une culture juridique européenne, d'une façon de penser et d'écrire le droit afin de lui donner un plan et une structure qui lui font défaut.

D'autre part, les atouts d'une codification du droit des affaires sont tels que la première puissance économique au monde, pourtant de *common law*, a codifié son droit commercial via le UCC : or, si un éminent comparatiste français a douté qu'il s'agisse là d'un code *stricto sensu*²³, le juriste nord-américain y voit volontiers le triomphe d'une technique romaniste de codification, d'inspiration française, dont il souligne les vertus²⁴ !

C'est dire s'il est permis de rêver à l'adoption, un jour, d'un Code bleu et or qui aura pour mission d'accroître la lisibilité du droit de l'Union et de le réincarner à l'attention des entreprises européennes.

3.B. La vision

La vision portée par l'Association Henri Capitant est celle d'un Code, c'est-à-dire de « l'ensemble des dispositions légales relatives à une matière spéciale ou réunies par le législateur »²⁵ ou, suivant le *Vocabulaire juridique*, de « l'ensemble cohérent des règles qui gouvernent une matière (...) (en général selon un plan systématique) »²⁶. L'œuvre apparaîtra d'emblée comme impossible à réaliser et de (très...) longue haleine : elle n'en doit pas moins constituer dès à présent une direction, un objectif à atteindre de nature à inspirer d'ores et déjà le législateur européen qui entend « Mieux légiférer ».

Au cas présent, le choix a été fait de se placer du point de vue d'un entrepreneur européen souhaitant commercer dans l'Union sur un marché intérieur défragmenté, et ce dans une perspective « B to B ». Son périmètre couvre le droit commercial général²⁷, le droit du marché, le droit du commerce électronique, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'exécution, le droit des entreprises en difficulté, le droit bancaire, le droit des assurances, le droit des marchés financiers, le droit de la propriété intellectuelle, le droit social, le droit fiscal.

20. Voir sur la question, M. Lehmann, « Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch ? », *ZHR*, 181 (2017) 9-42 ; M. Lehmann, « Das Europäische Wirtschafts-gesetzbuch – Eine Projektskizze », *GPR* 6/2017, p. 262 et s. ; M. Lehmann, J. Schmidt et R. Schulze, « Das Projekt eines Europäischen Wirtschafts-gesetzbuchs », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2017, n° 8, p. 225 et s. ; *Le projet d'un Code européen des affaires*, Les Journées franco-allemandes de l'Association Henri Capitant, vol. 34, éd. SLC, 2020.

21. Voir, M. Grimaldi, « Le droit continental face à la mondialisation », *Études à la mémoire de Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 293 et s., spéc. n° 4 et 5.

22. Voir déjà, sur la question, les réflexions de M. Bussani, « Faut-il se passer du *common law* (européen) ? Réflexions sur un Code civil continental dans le droit mondialisé », *RIDC*, janv. 2010, p. 7 et s., spéc. p. 13. Comp. les chiffres de l'étude de l'Université d'Ottawa repris in Étude du Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, La Documentation française, 2001, p. 21 et 22 : la *civil law* était alors, à l'état pur, le système de presque 24 % de la population mondiale tandis que seulement 6,5 % de cette population vit sous un système de pure *common law*.

23. Voir, D. Tallon, « Le Code de commerce uniforme des États-Unis », *RIDC*, 1971, p. 617 et s., selon qui le UCC « n'est pas un code et encore moins un Code de commerce » car, plus qu'une refonte systématique de tout le droit ou une renaissance du droit commercial en pays de *common law*, il traduirait une « abdication des juristes devant la pratique » et une mise bout à bout d'une série de lois uniformes souvent préexistantes.

24. Voir en ce sens, William D. Hawkland, « The Uniform Commercial Code and the Civil Codes », *Louisiana Law Review*, volume 56, Number 1, Fall 1995. Comp. M. Franklin, « On the legal method of the uniform commercial code », 16 *Law & Contemp. Prob.*, 330, 333 (1951), citant les travaux de la Commission Julliot de la Morandière.

25. Voir, Dictionnaire d'E. Littré, 3e entrée.

26. Voir, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant*, sous la dir. G. Cornu, éd. PUF, Quadrige, 13e éd., 2020, V° « Code ».

27. Le contrat de vente n'a pas été pour l'heure intégré aux travaux.

Il sera susceptible d'évoluer au gré des contraintes et priorités du législateur européen²⁸, pourvu qu'une cohérence soit conservée aux matières abordées.

Si la nature et le contenu des travaux différeront inévitablement suivant les matières, et ce compte tenu de l'hétérogénéité de l'acquis communautaire et de la ventilation des compétences entre les États membres et l'Union, il ne saurait être question de consolidation rationnelle dans les matières délaissées jusqu'à présent par l'UE (droit des sûretés, contrats d'assurance, etc.) mais seulement d'œuvre créatrice. Le travail de codification-compilation est certes utile pour répondre au déficit d'accessibilité mais il ne permettrait pas l'avènement d'un marché authentiquement européen. Il s'agira notamment de proposer des nouveaux instruments contractuels, répondant aux besoins des entreprises de l'Union : besoin d'une structure adaptée par une Société Européenne Simplifiée²⁹ ; de financement par un prêt européen susceptible d'être garanti par une euro-hypothèque, euro-gage et euro-cautionnement ; de couverture par une assurance européenne, etc.

Les travaux de l'Association tendent à l'élaboration de règles matérielles uniformes (de « règlements » et non de simples « directives ») susceptibles de rayonner au-delà même de la zone euro. Idéalement, un tel Code serait pleinement général, se substituerait totalement aux droits nationaux et serait interprété uniformément par la CJUE³⁰. Pratiquement, la réponse différera des matières. En droit des pratiques anticoncurrentielles et s'agissant d'une compétence exclusive de l'UE, il importera tout particulièrement que le Livre se substitue aux droits nationaux, afin de remédier à l'actuelle superposition.

En droits bancaire, des sociétés ou des sûretés, au contraire, les Livres n'auront pas vocation à supprimer les droits nationaux mais plutôt à les enrichir de nouveaux instruments offerts. Il conviendra donc, au cas par cas, de penser cette articulation des droits afin de limiter leur superposition : le recours à certains principes directeurs (dérivés des droits nationaux et/ou de l'acquis sans leur être substitués) pourrait alors être une voie médiane et réaliste.

La perméabilité des différentes dispositions d'un code européen à la liberté contractuelle sera pareillement variable. Les acteurs devront souvent courber l'échine devant l'impérativité du droit de la concurrence ou du droit fiscal. Mais ils auront le loisir de choisir ou non tel instrument européen nouveau et donc, le cas échéant, de mettre en concurrence ces nouveaux outils avec ceux prévus par les droits nationaux : la SES ne chassera ainsi ni la SAS, ni la SARL, ni la GmbH, ni la BV mais elle pourra leur faire de l'ombre.

L'aventure semblera volontiers impossible. Mais Sénèque ne disait-il pas que « ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas, mais parce que nous n'osons pas qu'elles sont difficiles » ?

La France et les États ayant en partage le génie de la codification ont la responsabilité d'en faire le précieux don à l'Europe pour l'aider à triompher des secousses qui l'ébranlent. Dessiner un droit des affaires commun et l'ordonner autour d'un plan cohérent redonnerait enfin du *sens* et une *direction* à l'Union.

28. Notamment, l'inclusion du droit social et du droit fiscal ne manquera pas de susciter des débats passionnés. Elle n'en est pas moins fondamentale à l'avènement d'un marché unique.

29. Appellation retenue par le groupe de travail de droit des sociétés (voir notre édito BJS, 118q8, juin 2018, p 1), préférentiellement à celle de « SAS européenne ».

30. Voir les pénétrantes remarques de R. Cabrillac, « Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne », *D.*, 13 juin 2019, n° 15, militant pour un Code non optionnel, donc se substituant aux droits nationaux et dont le contenu pourrait faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation devant la CJUE (art. 267 TFUE).



Jacques-Philippe Gunther • Avocat
à la Cour, Latham & Watkins¹

Quel équilibre entre recherche d'une concurrence parfaite et développement de l'industrie européenne ?

Lorsqu'Emmanuel Combe, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence, écrit que « *la politique de concurrence est, à sa manière, une forme minimaliste de politique industrielle* »², il souligne l'ambivalence conceptuelle entre deux types de politiques économiques : alors que la première est fondée sur des règles visant à améliorer l'efficacité du marché au bénéfice des consommateurs, la seconde repose quant à elle sur des considérations d'ordre politique et de compétitivité.

Si ces deux types de politiques n'apparaissent pas d'emblée incompatibles, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité) entérine pourtant une forme de subordination de la politique industrielle à la politique de concurrence. En effet, l'obligation qui est faite à l'Union européenne et aux États membres d'accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ne saurait toutefois entraîner de « *distorsions de concurrence* »³. C'est ainsi que les discussions, parfois vives, sur la nécessité pour l'Union européenne de faire preuve d'un principe de réalité dans un environnement économique mondialisé se heurtent à un corpus de règles dont le statut est « *quasiconstitutionnel* »⁴. L'interdiction de la fusion *Siemens/Alstom* par la Commission européenne a redonné voix aux tenants d'une politique industrielle européenne plus assumée.

La mise en œuvre de la politique de concurrence de l'Union européenne est essentiellement conférée à la Commission européenne par les articles 101 à 109 du Trai-

té, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, et repose sur trois principaux volets : (i) la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, (ii) le contrôle des opérations de concentrations, et (iii) le contrôle des aides d'État. Ce sont ces deux derniers instruments qui cristallisent l'ensemble des débats et pourraient, nous semble-t-il, gagner à se teinter de considérations de politique industrielle.

L'introduction du contrôle des concentrations au début des années 1990 doit être appréciée à la lumière des objectifs de création d'un marché intérieur et d'intégration européenne, initialement destinés à garantir un équilibre entre les différents intérêts qui coexistaient au sein de l'Union européenne. Les rapprochements entre des entreprises souhaitant s'implanter dans plusieurs pays européens pouvaient, dans certains cas, porter préjudice aux consommateurs si elles avaient pour conséquence de faire monter les prix, de réduire le choix des produits disponibles ou de freiner l'innovation⁵. Un contrôle préalable de ces opérations permettait ainsi de ne pas affaiblir les effets positifs de l'intégration européenne.

Le contrôle des aides d'État est quant à lui un instrument inédit, propre à l'Union européenne et introduit par le traité de Rome, qui apparaissait également essentiel dans le cadre de la construction du marché commun en ce qu'il permettait, dès la fin des années 1960, d'éviter que des États membres ne substituent aux droits de douane des subventions pour protéger leurs entreprises de la concurrence.

Le premier constat qu'il est permis de dresser est que ces deux instruments, souvent présentés comme vertueux, ont été établis afin de régir les rapports de concurrence entre les États membres de l'Union, dans un contexte d'intégration. Pour autant, c'est dans une perspective comparative et plus globale que la nature et, parfois, la rigidité de tels contrôles posent désormais question. Certes, les partisans d'une politique de concurrence pure et dure pourront mettre en avant la sécurité juridique qui en résulte, car la prise en compte d'enjeux industriels pourrait ouvrir la porte à des considérations politiques et conjoncturelles. Mais, justement, ne faudrait-il pas réserver une part de l'analyse à ces considérations ? Par exemple, ne faut-il pas s'interroger sur l'adéquation des règles européennes sur les ententes avec les objectifs présidentiels du plan « France 2030 », dans lequel pas moins de dix secteurs d'activité sont fortement incités à promouvoir des projets entre concurrents ? Or, si plusieurs ajustements sont en cours de discussion⁶, l'absence

1. L'auteur remercie très chaleureusement Louis Bouyala, avocat, pour sa précieuse contribution.

2. E. Combe, « Politique industrielle : oui, mais avec de la concurrence », *L'Opinion*, 19 mai, 2020.

3. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Article 173.

4. Fondation Robert Schuman, « Politique de concurrence et Politique industrielle : pour une réforme du droit européen », 2020.

5. F. Ilzkovitz et A. Dierx, « 60 ans de politique de concurrence européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2018.

6. Notamment, il est anticipé que la communication relative à la définition des marchés pertinents en matière de contrôle des concentrations soit révisée (*Commission Staff Working Document Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997*, SWD (2021) 199 final). En outre, une proposition de Règlement visant à réguler

de modifications substantielles des règles de concurrence depuis l'époque des traités fondateurs conduit à ce que l'Union européenne ne soit pas suffisamment armée pour répondre efficacement aux enjeux posés par la montée en puissance de certaines économies, notamment digitales.

Ainsi, si l'absence d'homogénéité dans l'application des règles de concurrence au niveau mondial inflige aux entreprises européennes un désavantage concurrentiel certain sur la scène internationale (1), une véritable volonté de l'Union européenne de remédier à ces déséquilibres, quoique perfectible, se dessine (2).

1. L'absence d'homogénéité dans l'application des règles de concurrence au niveau mondial : un désavantage concurrentiel certain pour l'Union européenne sur la scène internationale

Lorsque l'on compare les règles applicables en Union européenne avec celles prévalant aux États-Unis ou en Chine, on observe de puissants déséquilibres dans la mise en œuvre des règles de concurrence qui pèsent, à terme, sur la compétitivité de l'Union européenne sur la scène internationale. Ces déséquilibres se matérialisent en matière de contrôle des opérations de concentration (A), dont la prévisibilité a été récemment mise à l'épreuve par la possibilité pour la Commission européenne d'examiner des opérations sous les seuils de notification obligatoires (B). Cela mériterait que soit adoptée une approche plus pragmatique (C), en ce compris sur le plan du contrôle des aides d'État (D).

1.A. L'existence d'importants écarts entre les différentes puissances en matière de contrôle des concentrations

En Chine, le contrôle des concentrations résulte de la loi chinoise anti-monopole, adoptée en 2008, dont l'esprit est diamétralement opposé à ce qui sous-tend la politique de concurrence de l'Union européenne. On relèvera par exemple que les entreprises étatiques, qui « *mettent en œuvre l'agenda économique du gouvernement chinois* »⁷, sont exclues du champ d'application de cette loi, que le « *développement économique national* » et la « *politique industrielle* » figurent au nombre des critères pris en compte par l'autorité de concurrence chinoise, ou encore que celle-ci a toléré que le rapprochement en 2009 entre deux acteurs majeurs du secteur des télécommunications, China Unicom et China Telecom, n'ait pas été notifié.

Le déséquilibre est d'autant plus marqué que la préférence donnée aux entreprises nationales en Chine procède d'une approche résolument protectionniste. Selon une étude citée par la fondation Robert Schuman, entre 2008 et 2013, seulement 15% des concentrations notifiées

en Chine concernaient des entreprises chinoises, alors que 45% concernaient des entreprises non-chinoises. A l'inverse, sur la même période, 47% des concentrations notifiées à la Commission européenne concernaient des sociétés purement européennes, tandis que seulement 16% concernaient des rapprochements entre des groupes non-européens⁸.

Si la comparaison est, certes, caricaturale, il n'en demeure pas moins qu'elle donne un indice du déficit de compétitivité dont peuvent pâtir les entreprises européennes lorsque leur sont rigoureusement appliquées les règles de concurrence de l'Union. L'exemple le plus emblématique concerne le secteur ferroviaire : alors qu'en 2015, le gouvernement chinois soutenait et encourageait avec insistance la fusion entre deux groupes publics afin de créer le géant de la construction ferroviaire, CRRC, la Commission européenne interdisait, quatre ans plus tard, le rapprochement entre Alstom et Siemens, pourtant à même de créer un « *champion européen* » du ferroviaire. Les appels des États membres à prendre en considération les opérations de concentration dans un contexte mondial, qui se faisaient déjà entendre dès le début des années 2010⁹, se sont démultipliés à l'occasion de cette interdiction¹⁰.

La comparaison avec les États-Unis n'est pas davantage encourageante. La politique de concurrence poursuivie par les États-Unis, pourtant pionniers du démantèlement des « *trust* », apparaît moins stricte que celle de l'Union européenne en matière de contrôle des concentrations. Il faut d'abord relever la possibilité pour certains secteurs d'activité d'être exemptés de l'application du droit de la concurrence, tels que le service postal ou les entreprises appartenant à des secteurs régulés. Par exemple, en matière de télécommunications, la Cour suprême américaine a écarté, dans deux arrêts rendus en 2004¹¹ et 2009¹², l'application concurrente du droit de la concurrence et du droit de la régulation. Par comparaison, il n'existe en Union européenne aucune imperméabilité comparable entre ces deux franges du droit, le droit de la concurrence

8. Fondation Robert Schuman, « Politique de concurrence et Politique industrielle : pour une réforme du droit européen », 2020.

9. J.-L. Beffa, G. Cromme, « Compétitivité et croissance en Europe : groupe de travail franco-allemand », Rapport public du 30 mai 2011.

10. Rapport d'information n°551 de M. Martial Bourquin, fait au nom de la mission commune d'information sur Alstom, déposé le 6 juin 2018, « Faire gagner la France dans la compétition industrielle mondiale » ; Rapport d'information n°449 de M. Martial Bourquin, fait au nom de la mission commune d'information sur Alstom, déposé le 18 avril 2018, « Siemens – Alstom : pour un géant du ferroviaire véritablement franco-allemand ».

11. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004) : « *When there exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny* ».

12. *Pacific Bell Telephone Co. v. Linklinecommunications Inc.* (No. 07-512) 503 F.3d 876.

les marchés numériques est en cours d'examen (Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842 final).

7. Rapport de l'Inspection générale des finances « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », A. Perrot *et al.*, avril 2019.

s'appliquant parallèlement au droit de la régulation. Les évolutions des vingt dernières années suggèrent également la tendance à une plus grande souplesse dans l'application du contrôle des concentrations aux États-Unis : si l'on pense, classiquement, à l'émergence des géants américains du numérique (Google, Apple, Facebook, Amazon), certains travaux constatent que les secteurs des transports, de la finance ou des industries de réseaux sont considérablement plus concentrés qu'il y a quinze ans, et attribuent ce phénomène à un affaiblissement de la politique « *antitrust* » au cours des années 2000¹³.

1.B. La prévisibilité du contrôle des concentrations européen à l'épreuve de l'examen par la Commission européenne d'opérations sous les seuils de notification obligatoire

Il faut reconnaître aux règlements « concentrations » successifs de 1989¹⁴ et 2004¹⁵ la capacité de conférer une sécurité juridique quasi certaine aux entreprises opérant au sein de l'Union européenne. D'une part, le règlement de 1989 a fixé des seuils de notification exprimés en chiffre d'affaires au-delà desquels les opérations de concentration doivent faire l'objet d'une notification et d'un examen par la Commission européenne préalablement à leur réalisation. D'autre part, sur le fond, à « *la création ou le renforcement d'une position dominante* »¹⁶, principal critère qui peut conduire à ne pas prendre en compte le risque réel que présentent certaines opérations, s'est ajoutée une analyse de l'atteinte substantielle à la concurrence (*substantial lessening of competition*)¹⁷, plus appropriée.

La montée en puissance récente de l'économie numérique a fait cependant apparaître certaines opérations sensibles du point de vue de la concurrence ; en effet, bien souvent, des cibles d'acquisition payées très cher ne réalisent quasiment aucun chiffre d'affaires et tombent donc sous les seuils de notification (les « *killer acquisitions* »).

Dans des orientations détaillant l'application d'un nouveau mécanisme connu sous le nom d'Article 22 (du Règlement n° 139/2004), qui, dans la pratique ne permettait aux États membres de ne « renvoyer » que des opérations entrant dans les seuils de notification nationaux à l'examen de la Commission européenne, celle-ci vient d'indiquer que désormais les opérations pouvant faire l'objet d'un renvoi sont celles pour lesquelles le chiffre d'affaires d'au moins l'une des entreprises concernées

« *ne reflète pas le potentiel concurrentiel réel ou futur* », et donne l'exemple du « *nouvel arrivant qui dispose d'un potentiel concurrentiel substantiel et auquel il reste encore à développer ou à mettre en œuvre un modèle d'entreprise générateur de recettes importantes* »¹⁸. Ainsi, toutes les opérations même sous les seuils de notification peuvent en théorie être examinées si elles rentrent dans les critères flous mentionnés ci-dessus.

Cette nouvelle pratique, inaugurée lors de l'acquisition par la société américaine Illumina de la société Grail dans le domaine des tests sanguins contre le cancer, a toutefois un effet profondément préjudiciable sur la sécurité juridique, dans la mesure où la mise en œuvre de cet outil offre la faculté à la Commission européenne d'effectuer un contrôle dit *ex-post* des opérations, jusqu'à 6 mois après leur réalisation, ce qui peut la conduire à intervenir sur des opérations déjà bouclées.

Ce mécanisme est, en outre, à mettre en parallèle avec les dispositions du projet de *Digital Markets Act* (le projet de règlement concernant les plateformes dans le secteur numérique), qui prévoient d'imposer aux plateformes l'obligation d'informer la Commission européenne de toute opération « *impliquant un autre fournisseur de services de plateforme essentiels ou de tous autres services fournis dans le secteur numérique* »¹⁹, sans que les seuils de contrôle européens n'aient à être franchis.

Ainsi, l'équilibre originel entre la recherche d'un modèle de concurrence avec un fort degré de sécurité juridique afin de préserver une concurrence libre et non faussée dans le marché intérieur et le besoin d'un pragmatisme économique, au cas par cas, apparaît ainsi particulièrement fragile.

1.C. La Commission européenne mène une appréciation au fond des opérations jugée plus sévère que ses homologues

Dans la plupart des pays, le contrôle des opérations de concentrations est réalisé *ex ante*, c'est-à-dire que les autorités de concurrence mènent une analyse prospective des effets concurrentiels de l'opération sur la base d'un dossier notifié en amont de la réalisation de celle-ci. Dans ce cadre, les autorités peuvent, lorsque des problèmes de concurrence sont identifiés, soumettre l'autorisation de l'opération à des « remèdes », qui sont de nature structurelle (essentiellement des cessions d'actifs) ou comportementale (tels que des modifications de contrats, l'accès à une technologie ou la suppression de liens avec les concurrents).

Là où la Commission européenne se distingue de ses

13. Trésor-Eco, « Concurrence et concentration des entreprises aux États-Unis », décembre 2018.

14. Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

15. Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

16. Article 2 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989.

17. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03).

18. Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, 31 mars 2021.

19. Art. 12 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, 15 déc. 2020.

homologues, c'est par sa tendance plus forte à conditionner ses autorisations de concentration à des remèdes de nature structurelle et ainsi, parfois, à vider de leur substance les synergies qu'un rapprochement entre deux entreprises aurait pu faire naître. Aux termes de l'un de ses jeux de lignes directrices, la Commission européenne indique en effet que seuls des remèdes structurels permettent « *d'empêcher durablement les problèmes de concurrence qui résulteraient de la concentration et, en outre, ne nécessitent pas de mesures de surveillance à moyen ou long terme* »²⁰. Ce sont ainsi moins de 20% des opérations approuvées sous conditions par la Commission européenne en 2017 et 2018 qui ont fait l'objet d'engagements comportementaux, contre environ 80% en Chine sur la même période²¹. Au-delà du fait que cette approche impose des contraintes fortes aux opérateurs économiques européens et peut entraîner des conséquences irréversibles en cas de mauvaise anticipation du marché, depuis 2010, la cession d'actifs stratégiques pour remédier aux préoccupations de concurrence a été effectuée dans près de 50% des cas au profit de concurrents non-européens²². C'est donc autant d'actifs, souvent de grande qualité, qui ont échappé à l'industrie européenne à l'issue d'une concentration souvent destinée à muscler cette dernière.

Il est également régulièrement reproché à la Commission européenne de ne pas suffisamment tenir compte des gains d'efficacité résultant des opérations et, *a contrario*, de surestimer les atteintes potentielles au niveau de concurrence. C'est ainsi qu'en 2016, dans le secteur des télécommunications, la Commission européenne a autorisé le rapprochement des troisième et quatrième plus importants opérateurs du marché italien de la téléphonie, à la condition que les actifs cédés permettent à un nouvel opérateur d'entrer sur le marché. La Commission européenne a ainsi autorisé le passage de quatre à trois opérateurs sur ce marché... à condition que les remèdes imposés permettent l'arrivée d'un quatrième opérateur²³. On pourrait ainsi s'interroger sur la pertinence économique d'un chiffre magique d'opérateurs télécom minimum par État membre.

Nous partageons donc à cet égard l'avis du Sénat français selon lequel les remèdes structurels imposés aux entreprises sont trop lourds et les laisseraient aux prises avec le dilemme suivant : renoncer à se rapprocher ou le faire au prix de cessions d'actifs trop importantes pour leur permettre de rivaliser pleinement avec leurs concurrents internationaux²⁴.

20. Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004.

21. Rapport de l'Inspection générale des finances « La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE », Anne Perrot *et al.*, avril 2019.

22. *Ibid.*

23. Décision de la Commission européenne du 1er septembre 2016, *Hutchinson 3G Italy/Wind/JV*, COMP/M.7758.

24. Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques et de la commission des affaires européennes sur la modernisation de la politique européenne de concurrence, 8 juillet 2020.

1.D. Le différentiel de compétitivité résultant d'un contrôle inédit des aides publiques

Les différences de gouvernance économique entre l'Union européenne, la Chine et les États-Unis sont plus radicales en matière d'octroi de subventions publiques à des entreprises. En effet, le droit européen établit un principe général d'interdiction des aides publiques, qui est rarement partagé par ses partenaires commerciaux situés dans des pays tiers. Les distorsions de concurrence ne sont toutefois pas tout à fait de même nature que celles constatées pour le contrôle des opérations de concentrations : les aides publiques deviennent problématiques sur le plan de la compétitivité lorsque certains gouvernements subventionnent leurs entreprises nationales pour les protéger de la concurrence étrangère ou accordent des aides pour attirer les investisseurs étrangers.

À l'Ouest, il est de notoriété publique que l'État chinois soutient sans réserves ses fleurons industriels, à travers des subventions, parfois occultes, des crédits bancaires d'État ou des prises de participation au capital. Par exemple, les quelques 75 milliards de dollars d'aides reçues par Huawei de la part de l'État chinois lui ont permis de devenir le premier équipementier mondial et de développer son réseau de télécommunication 5G. Plus généralement, des travaux européens récents indiquent que 80% des subventions reçues par un échantillon d'entreprises établies en Chine n'auraient pas été déclarées compatibles avec la réglementation européenne en matière d'aides d'État²⁵.

Outre-Atlantique, le concept d'aides publiques n'est tout simplement pas appréhendé et ne répond à aucune qualification juridique particulière. Certains auteurs expliquent ce phénomène par les caractéristiques du droit de *common law*, qui ne s'intéresse pas, fondamentalement, à la propriété publique et au bien commun²⁶. Ainsi, l'aide exceptionnelle de près de 50 milliards de dollars accordée en 2008 au constructeur automobile General Motors et la nationalisation qui l'accompagnait n'aurait sans doute pas été compatible avec les dispositions du Traité relatives aux aides d'État, au vu notamment du caractère particulièrement concurrentiel du marché en cause.

Dans l'Union européenne, les aides d'État sont en principe interdites, sans que ce principe ne soit toutefois absolu : des aides publiques peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur sur le fondement de dérogations sectorielles, d'objectifs de sauvetage et de restructuration, ou encore lorsqu'elles présentent un caractère social ou contribuent à un objectif d'intérêt général. L'utilisation par la Commission européenne des règles relatives aux aides d'État aux fins de poursuivre

25. *State aid support schemes for RDI in the EU's international competitors in the fields of Science, Research and Innovation*, Bird & Bird, novembre 2015.

26. Fondation Robert Schuman, « Politique de concurrence et Politique industrielle : pour une réforme du droit européen », 2020.

une forme de politique industrielle est longtemps apparue timide, et s'est davantage apparentée à la volonté de préserver des pans entiers de l'économie lorsqu'ils étaient menacés. On se souvient notamment de l'approbation de l'ensemble des aides accordées à un total de 112 banques européennes lors de la crise financière de 2008, de l'autorisation simultanée de six mécanismes de soutien dans le secteur de l'électricité afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement dans six États membres en 2018, ou encore plus récemment de l'approbation du projet de la France d'accorder à la compagnie aérienne Air France jusqu'à 7 milliards d'euros en soutien de trésorerie.

Dans l'ensemble, qu'il s'agisse du contrôle des opérations de concentrations ou des aides d'État, les comparaisons internationales révèlent ainsi les distorsions de concurrence auxquelles peuvent faire face les entreprises européennes au niveau mondial, qui sont à l'origine des critiques récurrentes adressées à la Commission européenne par certains États membres.

2. Les évolutions récentes de la politique de concurrence de l'Union européenne : état des lieux et perspectives d'améliorations

Dans le prolongement de l'interdiction de l'opération Siemens/Alstom, on a pu noter un très fort mouvement de critiques à l'encontre de la Commission européenne et de son « allergie » chronique à l'émergence des fameux « champions européens » ou a fortiori nationaux. S'il est désormais nécessaire de réfléchir aux vertus de la prise en compte d'enjeux industriels en matière de contrôle des concentrations et quelques pistes de réflexion sont présentées ci-dessous, (A), force est de constater déjà des signes d'évolution récentes, quoiqu'inégalement convaincantes, entreprises au niveau européen pour tenir compte de considérations de compétitivité (B).

2.A. La nécessaire prise en compte d'enjeux industriels en matière de contrôle des concentrations

Si l'on s'en tient à une approche purement statistique, la Commission européenne n'a rendu que très peu de décisions interdisant des opérations de concentrations depuis 1990 (environ une trentaine, soit moins de 0,5% de l'ensemble des décisions rendues), et seules 3% d'entre elles ont fait l'objet d'un examen approfondi dit de « Phase 2 ». Cette proportion de décisions d'interdictions ne reflète toutefois pas fidèlement la rigueur avec laquelle la Commission européenne a pu appréhender certaines opérations qui présentaient des problèmes de concurrence : sur la même période, ce sont en effet près de 8% des décisions qui ont été rendues « sous conditions », c'est-à-dire en impliquant des remèdes dont la nature structurelle (c'est-à-dire une obligation de cession d'actifs) a pu conduire dans certains cas à réduire très fortement les synergies attendues de l'opération.

L'affaire *Siemens/Alstom* a été particulièrement marquante car il s'agissait d'une opération structurante pour

l'industrie européenne. Selon la Commission européenne, les propositions de cession d'actifs faites par les parties n'étaient pas à la hauteur des problèmes de concurrence identifiés, puisque de telles cessions n'auraient pas permis à un repreneur de concurrencer pleinement le nouveau groupe issu de la fusion. Si cette décision semble toutefois reposer sur une analyse rigoureuse de la situation concurrentielle sur les marchés concernés, notamment sur l'absence d'entrée à court terme d'acteurs chinois et l'affectation de certains concurrents européens sur le marché de la signalisation ferroviaire, l'absence totale de prise en compte d'enjeux industriels européens a choqué les observateurs économiques et politiques, certains qualifiant cette décision de « grossière erreur »²⁷.

La pression est donc de plus en plus intense du côté de la classe politique pour que le droit vienne davantage au soutien de l'industrie en matière de concentrations. De telles tensions ont ressurgi à l'occasion de l'annonce du rapprochement entre TF1 et M6 en France. Alors que le gouvernement déclarait avoir « besoin de groupes forts dans l'audiovisuel privé »²⁸ et que le Conseil supérieur de l'audiovisuel voyait d'un bon œil le fait que certains acteurs « se mettent en ordre de marche »²⁹ face aux géants du numérique américains, l'ancienne Présidente de l'Autorité de la concurrence française estimait quant à elle « compliqué qu'une telle opération puisse être même envisagée », ajoutant qu'« avec 70% de part de marché dans le domaine de la publicité audiovisuelle, cette opération, par principe, paraît impossible »³⁰.

Comment donc concilier ces deux objectifs incompatibles en théorie ? Une façon de concilier le respect des règles de concurrence et la prise en compte d'enjeux industriels pourrait être de militer en faveur (i) d'un assouplissement de la politique de la Commission européenne lors de l'imposition de remèdes, et (ii) la nécessité d'une approche plus dynamique dans la définition des marchés.

Les écueils que présentent les remèdes comportementaux, tels que des obligations d'accès, de non-discrimination, de licence de droits de propriété industriels, (par rapport à des remèdes structurels) tels que la lourdeur du suivi et leur potentielle inadaptation aux conditions futures du marché, expliquent en partie la réticence de la Commission européenne à en faire son instrument privilégié. Il est néanmoins essentiel de prendre conscience du fait que la cession d'actifs dans le cadre de remèdes structurels intervient à près de 50% au profit d'acteurs non-européens.

27. Propos de Bruno Le Maire, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, « Alstom-Siemens : Le droit européen de la concurrence doit se renouveler », *Le Monde*, 5 août 2019.

28. Propos de Roselyne Bachelot, Ministre de la Culture, 31 août 2021.

29. Propos de R.-O. Maistre, président du CSA in : « Les pouvoirs publics voient d'un bon œil la fusion TF1-M6 », *Les Echos*, 8 septembre 2021.

30. Propos d'Isabelle de Silva, ancienne Présidente de l'Autorité de la concurrence in « TF1-M6, Gafa, lobbies : les dernières confidences de la présidente de l'Autorité de la concurrence », *L'Express*, 11 octobre 2021.

Une première option pourrait donc être d'avoir davantage recours aux remèdes comportementaux, tout en exigeant qu'ils présentent de solides garanties d'efficacité, comme le fait par exemple l'Autorité de la concurrence française quitte à allouer davantage de ressources au suivi de tels remèdes, tout en exigeant qu'ils soient révisés en cas d'évolution des données concurrentielles initiales. Une seconde option pourrait consister à conditionner l'acceptation de remèdes comportementaux à la mise en œuvre de remèdes structurels en cas d'échec des premiers à l'issue d'une période de test. En pratique, ce ne serait que si les remèdes comportementaux ne sont *in fine* plus à même de remédier aux préoccupations de concurrence identifiées que la Commission européenne pourrait « déclencher » la mise en œuvre des remèdes structurels proposés.

Quant à l'étape aussi fondamentale qu'est la délimitation des marchés pertinents, c'est-à-dire le périmètre de produits et géographique sur lequel est effectuée l'analyse concurrentielle et qui « permet de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective »³¹, la Commission européenne gagnerait à adopter une approche plus dynamique. A ce jour, des analyses sectorielles sont menées quasi-exclusivement à l'occasion de notifications d'opérations de concentration.

Or, la nature par essence évolutive des marchés nécessite de les appréhender de façon plus régulière, à l'instar de l'Autorité de la concurrence française qui publie de nombreux « avis » dans lesquels sont étudiés en profondeur des marchés d'envergure tels que les transports, l'énergie, les télécommunications et, plus récemment, les FinTechs. Une telle initiative permettrait à la Commission européenne d'évaluer de manière plus fine les dynamiques concurrentielles des « nouveaux » marchés et ainsi d'améliorer la qualité de sa réflexion prospective lors de l'analyse concurrentielle des effets d'une opération. Les entreprises y gagneraient en lisibilité car elles pourraient envisager les analyses que la Commission européenne pourrait engager en cas de fusion sur un de ces marchés.

2.B. Des évolutions récentes encourageantes mais perfectibles

Alors que les évolutions en matière de traitement des subventions provenant d'Etat tiers et d'aides d'Etat apparaissent appropriées, un contrôle des investissements étrangers (« FDI ») peine pour l'instant à émerger au niveau européen.

- Les subventions publiques provenant d'Etats tiers : une réponse adaptée

En octobre 2020, c'est cette fois le Conseil de l'Union européenne qui a souligné la nécessité de mener une po-

litique industrielle européenne ambitieuse afin de rendre l'industrie de l'Union européenne plus durable et plus compétitive à l'échelle mondiale. Dans des conclusions présentées le 16 novembre 2020, il a été demandé à la Commission européenne de mettre à jour sa stratégie industrielle, en tenant compte de l'évolution du paysage concurrentiel³².

C'est ce qu'a fait la Commission européenne le 5 mai 2021, en publiant également une proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur³³. Parmi les nouveaux outils proposés pour lutter efficacement contre ce phénomène, la Commission européenne suggère l'introduction d'une procédure de notification permettant d'examiner des opérations qui impliquent des « contributions financières » de la part de pouvoirs publics de pays tiers, à condition que ces contributions (dont la définition est similaire à celle employée par l'article 107 du Traité pour le contrôle des aides d'État) aient été supérieures à 50 millions d'euros au cours des trois dernières années. Ce nouveau mécanisme, qui vise tous les États tiers, en ce compris la Chine et les États-Unis, se superposerait à celui du contrôle classique des opérations de concentrations et ferait l'objet d'une analyse individuelle.

Il s'agit d'une proposition forte, actuellement discutée devant le Parlement européen, qui prend en compte les risques réels de distorsion de concurrence dans le marché intérieur, et qui pourrait par ailleurs être de nature à remédier aux écueils que présentaient les mesures précédemment adoptées. En effet, cette proposition fait suite à l'adoption d'un règlement en 2016 qui a modernisé le dispositif antisubventions de l'Union européenne, en conférant notamment à la Commission européenne des pouvoirs d'instruction étendus. Néanmoins, deux ans plus tard, alors que les investissements étrangers chinois en France augmentaient de près de 86%, essentiellement dans le domaine industriel³⁴, l'Union européenne fustigeait la complexité des enquêtes, leur longueur et le degré d'exigence de l'instruction³⁵.

L'efficacité d'un tel contrôle suppose cependant que les entreprises provenant d'États tiers fassent preuve de transparence sur les subventions perçues. A cet égard, la faculté dont dispose la Commission européenne d'imposer de conséquentes amendes en cas de défaut de notification (jusqu'à 10% du chiffre d'affaires global de l'entreprise) devrait être suffisamment dissuasif.

31. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, (97/C372/03), 9 décembre 1997.

32. Conseil de l'Union européenne, « Une relance au service de la transition vers une industrie européenne plus dynamique, résiliente et compétitive », 16 novembre 2020.

33. Communiqué de presse de la Commission européenne, « Commission proposes new Regulation to address distortions caused by foreign subsidies in the Single Market », 5 mai 2021.

34. Baker McKenzie, *Chinese FDI in Europe and North America 2018*, janv. 2019.

35. Rapport de la Fondation pour l'innovation politique, *L'Europe face aux nationalismes américain et chinois : les pratiques anticoncurrentielles étrangères*, novembre 2019.

- Des évolutions convaincantes en matière d'aides d'État

En matière d'aides d'État, l'Union européenne semble être sur la bonne voie. La modernisation du contrôle a permis de mieux cibler les aides vers des activités participant à la croissance et à la compétitivité, tout en mettant davantage en balance les effets positifs et négatifs des aides accordées. Différents règlements généraux d'exemption par catégorie ont permis de considérablement élargir les cas d'exemption de notification³⁶, quand un autre a fixé un seuil « *de minimis* » en dessous duquel les aides accordées échappent à l'application des dispositions du Traité³⁷. En outre, l'action de la Commission européenne semble de plus en plus converger avec la stratégie industrielle de l'Union européenne. A titre d'exemple, les nouvelles lignes directrices révisées sur les aides d'État à finalité régionale en date du 29 avril 2021 visent à prendre en compte les nouvelles priorités politiques liées au « *Green Deal* » européen³⁸.

En réaction aux appels toujours plus nombreux à développer la stratégie industrielle de l'Union, la Commission européenne s'est récemment saisie de l'outil juridique des projets importants d'intérêt européen commun (PIIEC). Cet outil, qui lui offre la possibilité depuis la ratification du Traité de déclarer des PIIEC compatibles avec le marché intérieur³⁹, était resté largement inutilisé. C'est à la faveur d'une communication en date de juin 2014⁴⁰ que la Commission européenne a cherché à encourager le recours aux PIIEC, présentés comme des projets apportant une « *contribution très importante à la croissance économique, à l'emploi et à la compétitivité (...) de l'Union* » et situés dans des domaines aussi variés que l'électronique, l'énergie ou le transport.

Confrontée à l'inertie prolongée des États membres face à un outil dont ils étaient pourtant demandeurs, la Commission européenne a pris l'initiative d'identifier en 2018 trois chaînes de valeur stratégiques : la microélectronique, le calcul de haute performance et les batteries, auxquelles se sont entre autres ajoutés par la suite les véhicules autonomes et connectés, la médecine et la santé personnalisée. C'est ainsi que dans la perspective de poursuivre une « *politique industrielle intégrée à l'ère de la*

mondialisation »⁴¹, ce sont par exemple près de 1,75 milliards d'euros d'aides qui ont été accordées en 2018 à un PIIEC concernant la microélectronique dans le cadre du plan français Nano 2022. Plus récemment, la Commission européenne a approuvé le projet, commun à douze États membres, de verser près de 3 milliards d'euros d'aides afin de soutenir la recherche et l'innovation dans l'ensemble de la chaîne de valeur des batteries⁴². En mettant les outils juridiques à sa disposition au service de la stratégie de l'Union, la Commission européenne fait preuve d'un pragmatisme encourageant.

- Des propositions timides en matière d'investissements directs étrangers

Bien qu'il ne relève pas à proprement parler des règles de concurrence, le contrôle des investissements étrangers est un aspect important de la compétitivité de l'Union européenne sur la scène internationale. En la matière, l'absence de mécanisme centralisé conduit à un éclatement du contrôle au sein de chacun des États membres, au détriment de la préservation des intérêts stratégiques de l'Union.

Au vu de ces insuffisances, un Règlement établissant un cadre de filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union a été adopté au mois de mars 2019⁴³. Ce règlement a pour objectif de fournir un cadre européen pour le filtrage des investissements étrangers en provenance de pays tiers, en instituant notamment (i) des procédures de coopération entre les États membres et la Commission européenne s'agissant des investissements étrangers susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public et (ii) la faculté pour la Commission européenne d'émettre des avis, non contraignants, lorsqu'elle considère que des projets présentant un intérêt pour l'Union européenne sont susceptibles d'être affectés.

Si cette harmonisation est la bienvenue, en ce qu'elle crée un embryon de coopération au niveau communautaire, il est regrettable que l'aspect le plus essentiel, à savoir la réciprocité dans le filtrage entre l'Union européenne, d'une part, et les États tiers, d'autre part, n'ait pas été abordé dans le règlement. Par exemple, la situation en Union européenne est incomparable avec la sévérité du mécanisme de filtrage des investissements étrangers aux *États-Unis*, dont la compétence appartient au *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS). D'abord, les critères habilitant le CFIUS à examiner la compatibilité d'un investissement étranger avec la sécurité nationale

36. Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité ; Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

37. Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis*.

38. Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale (2021/C 153/01), 29 avril 2021.

39. Article 107, paragraphe 3, (b), du TFUE.

40. Communication de la Commission, Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun (2014/C 188/02).

41. Communication de la Commission, Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun (2014/C 188/02).

42. Communiqué de presse, Commission européenne, « Aides d'État: la Commission autorise une aide publique de 2,9 milliards d'euros accordée par douze États membres pour un deuxième projet paneuropéen de recherche et d'innovation portant sur l'ensemble de la chaîne de valeur des batteries », 26 janvier 2021.

43. Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

sont excessivement larges : les transactions couvertes sont celles conclues avec « toute personne étrangère » qui pourraient entraîner le « contrôle d'une entreprise américaine ». Ensuite, la compétence du CFIUS a été étendue en 2020 aux investissements étrangers non-contrôlants lorsque sont par exemple en cause des données personnelles sensibles ou des infrastructures dites « critiques », sans davantage de précisions. Enfin, ce mécanisme fait remonter la décision finale au niveau le plus élevé, à savoir la présidence américaine. C'est ainsi que l'action du président Donald Trump a permis d'arrêter certains projets d'investissements, tels que le rachat de la section d'ordinateurs portables d'IBM par le chinois Lenovo.

De notre point de vue, il serait souhaitable que l'Union européenne centralise le filtrage des investissements étrangers, qui pourrait présenter d'intéressantes complémentarités avec le mécanisme de contrôle des subventions provenant d'États tiers. En tout état de cause, le renforcement de la compétitivité de l'Union européenne

sur ce volet ne pourra passer qu'à travers l'adoption par ses homologues de règles du jeu équitables, ou à tout le moins comparables.

Les appels aux changements dans la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union européenne sont nombreux. L'économiste Bruno Alomar considérait ainsi en 2017 que « l'évolution de l'Union européenne au cours des vingt dernières années est incontestablement marquée par le déplacement du curseur, au bénéfice du droit et au détriment de la politique, en particulier pour ce qui concerne le cœur des compétences européennes : la concurrence »⁴⁴. Dans le contexte des enjeux industriels colossaux qui nous attendent, il est urgent de concevoir également les outils de concurrence comme des moyens de conquête hors d'Europe et veiller à ce que les entreprises européennes cessent d'être de bons élèves dans un monde dans lequel les enjeux industriels et politiques ont pris le dessus sur les enjeux de concurrence.

44. « La concurrence et l'Europe : droit ou politique », *La Tribune*, 18 mai 2017.



Pedro Gustavo Teixeira • Directeur Général, Gouvernance et Opérations du Mécanisme de Surveillance Unique, Banque Centrale Européenne (BCE)¹ ; Chargé d'enseignement à l'Institute for Law and Finance de l'Université Goethe, Francfort-sur-le-Main, Allemagne

L'avenir de l'union bancaire après la pandémie

132

La création de l'union bancaire en plein cœur de la crise de l'euro il y a près d'une décennie a été perçue comme la confirmation du total engagement des États membres à poursuivre l'intégration européenne. Le transfert des compétences de supervision à la Banque Centrale Européenne (BCE) devait passer par une mise en commun des risques dans le secteur bancaire, ce qui aurait été une première pour le marché unique. Finalement, cela ne s'est pas concrétisé et le partage des risques reste à ce jour le chaînon manquant à l'achèvement de l'union bancaire. Le marché bancaire unique n'a pas engagé son intégration à la hauteur de son potentiel, loin s'en faut. Par contraste, le partage des risques apparaît comme la principale réponse européenne à une autre crise existentielle, l'urgence pandémique.

Cette contribution vise à mettre en relation l'avenir de l'union bancaire avec celle de l'Union dans son ensemble après la pandémie. Les deux sont inextricablement liés car ils dépendent du développement d'une capacité de stabilisation pour sauvegarder l'intégration européenne et ses acquis. Une telle capacité nécessite un partage durable des risques qui n'a pourtant cessé de faire défaut dans l'histoire de l'intégration européenne. Les États membres sont désireux de partager les avantages de l'intégration mais réticents à en partager les risques et les coûts. C'est là que réside le nœud de l'avenir de l'union bancaire².

1. Aux origines

Lors du sommet de la zone euro du 28 juin 2012, les dirigeants des États concernés furent confrontés à une

1. Les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas forcément la position de la BCE.
2. Une partie de cette contribution renvoie aux arguments développés en détail dans P.G. Teixeira, *The Legal History of the European Banking Union: How European Law Led to the Supranational Integration of the Single Financial Market* (Hart Publishing, Oxford 2020) (*non traduit*).

crise existentielle pour l'union monétaire. Les mesures successives prises pour faire face à la crise de la dette souveraine depuis l'aide financière apportée à la Grèce deux ans auparavant n'avaient pas réussi à stopper la contagion entre les États membres. La crise s'était alors étendue à l'Italie et à l'Espagne, les taux d'intérêt de leur dette souveraine ayant atteint des niveaux insoutenables. Cette amplification fit naître la crainte que les États ne se retrouvent dépassés et contraints de faire défaut. À l'aube du 29 juin, une déclaration brève mais alambiquée annonçait la mesure la plus importante de l'intégration européenne depuis la signature du traité de Maastricht en 1992 : le transfert des compétences nationales en matière de supervision bancaire à la BCE. Il s'agissait là du premier pilier de l'union bancaire³.

Selon le communiqué de presse, la décision du sommet de la zone euro visait à briser tout lien de cause à effet entre la crise bancaire et le risque de déstabilisation des États. Ce lien était né du sauvetage généralisé du secteur bancaire par des fonds publics depuis la grande crise financière de 2008 créant une dépendance mutuelle entre la stabilité des banques et les finances des États membres. L'étape suivante fut de permettre au Mécanisme européen de stabilité (MES) - organisation intergouvernementale créée en dehors des traités pour fournir une assistance aux États membres - de recapitaliser directement les banques de la zone euro⁴. Dans la mesure où le MES était détenu par tous les États membres de la zone euro, il permettrait d'instaurer une responsabilité conjointe pour le sauvetage des banques. Il éviterait ainsi d'affaiblir les finances des États membres dont le secteur bancaire était sous-capitalisé. Il s'agissait d'un pas important vers le partage des risques qui semblait auparavant un repoussoir au sein de l'union monétaire. Ce mécanisme mit toutefois en évidence le dilemme entre, d'une part, le besoin de bénéficier d'un instrument de stabilisation, et, d'autre part, la prévention de l'aléa moral des banques et de leurs États membres respectifs, dont on pouvait craindre qu'ils ne fassent pas le meilleur usage des fonds européens.

Face à cette situation induite par la mise en commun des risques, la solution trouvée fut l'instauration d'un contrôle européen. Le sommet de la zone euro décida que le corollaire à la création du MES devait être la mise en place d'un mécanisme de surveillance unique (MSU) impliquant la BCE. Une autorité européenne se voyait

3. Déclaration du sommet de l'euro zone disponible via <https://www.consilium.europa.eu/media/21387/20120629-euro-area-summit-statement-fr.pdf>.
4. La création du MSU en 2013 a été précédée d'une modification de l'article 136 du TFUE, qui a permis aux États membres de la zone euro d'établir un mécanisme visant à préserver la stabilité de la zone euro en accordant une assistance financière soumise à une stricte conditionnalité. Cette modification a conforté la compatibilité du MSU avec le droit européen, y compris l'interdiction de renflouement (*bail-out*), comme la Cour l'a conclu dans l'affaire Pringle. Voir Gregorio Merino, « Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance », (2012) CMLR 49 1613, 1624-44.

donc confier le mandat de superviser le secteur bancaire dans l'intérêt de tous les États membres et de leurs contribuables. Cette solution fit apparaître le *quid pro quo* entre mise en commun des risques et la nécessaire perte de souveraineté des États membres sur leur secteur bancaire⁵.

L'importance de cette avancée dans l'intégration européenne ne saurait être sous-estimée. Elle visait à corriger l'une des principales failles dans la construction du marché unique des services financiers et de l'union monétaire. Cette insuffisance est apparue à la faveur de la grande crise financière de 2008 : malgré l'intégration financière plus poussée depuis l'introduction de l'euro en 1999, il n'existait pas de compétence à l'échelon européen pour préserver la stabilité financière. Toutes les fonctions de prévention et de gestion des crises demeuraient au niveau national, notamment la supervision bancaire, le rôle de prêteur en dernier ressort des banques centrales, les systèmes de garantie des dépôts et la capacité de recapitaliser les banques avec des fonds publics. Les États membres résistaient à tout empiétement sur leur souveraineté fiscale par le jeu d'un transfert de compétence. Par conséquent, lorsque la grande crise financière atteignit l'Union européenne, les États membres sauvèrent leurs banques nationales avec des fonds publics et isolèrent leurs marchés pour limiter toute contagion les détachant mécaniquement des autres marchés européens. La crise mit ainsi à mal l'illusion d'un marché unique comme un jeu à somme positive, où seuls les bénéfices sont partagés, sans risques ni coûts pour les États membres, leurs citoyens, leurs déposants, leur économie et leurs ressources fiscales⁶. Une dynamique similaire fut à l'œuvre durant la crise de la dette souveraine. La « clause de non-renflouement » (*no bailout*) prévue par l'article 125 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fut interprétée comme interdisant tout partage des risques dans l'union monétaire. Selon cette approche visant à discipliner les États membres, chacun d'eux était seul responsable de ses finances et de la sauvegarde de la stabilité financière de ses marchés. Cela contribua à créer le cercle vicieux entre crise bancaire et crise de la dette souveraine. Cette situation conduisit au paradoxe d'une union monétaire sans capacité de stabilisation ni au niveau européen ni à l'échelon national, entraînant la crise existentielle que l'on connaît⁷.

La préservation de l'euro exigeait donc des solutions européennes. La nécessité de partager les risques entre les États membres mena à la création d'une union bancaire reposant sur un transfert permanent et complet de

compétences relevant en principe de la plus pure souveraineté nationale. Comme l'a écrit Luuk van Middelaar, les États membres ont ainsi conjugué une réponse de court terme - la recapitalisation directe des banques par le MES - avec un engagement à long terme en faveur de l'intégration européenne, la création de l'union bancaire⁸.

2. Le partage des risques

Le transfert des compétences de supervision bancaire à la BCE est le fondement de l'union bancaire. Il repose sur une clause d'habilitation du TFUE - l'article 127 (6) - qui reflète le compromis trouvé à l'époque des travaux préparatoires du traité de Maastricht. Ce dernier consistait à ne pas confier à la BCE une fonction prudentielle en plus de son activité de banque centrale, tout en laissant ouverte cette possibilité pour l'avenir. L'activation de cette clause a structuré la nature de l'union bancaire. Elle a conduit à confier des compétences exclusives à une autorité européenne indépendante appliquant et faisant appliquer directement le droit de l'Union. Ses actes sont soumis à la juridiction directe de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et bénéficient donc d'une primauté sur les autorités et les normes nationales. Ce modèle d'exercice de supervision bancaire par la BCE a été assorti d'un deuxième pilier, un mécanisme de résolution unique (MRU) dont le principal organe est le conseil de résolution unique (CRU). Compte tenu de la base juridique différente - l'article 114 du TFUE - le CRU a été établi en tant qu'agence européenne, ce qui nécessite la participation de la Commission et du Conseil à son processus décisionnel⁹. Le changement opéré par l'union bancaire impliquait donc l'enfermement du secteur bancaire dans un ordre institutionnel et juridique européen détaché des compétences nationales. Cela signifiait l'européanisation des banques soumises à la juridiction de la BCE et du CRU. Les conséquences de cette transformation ont été multiples, notamment la fin des relations entre les autorités du pays d'origine et du pays d'accueil, puisque les autorités européennes concentrent désormais les compétences. Plus important encore, les États membres ne peuvent plus intervenir pour protéger ou sauver leurs secteurs bancaires nationaux¹⁰.

Comment le partage des risques fonctionne-t-il alors au sein de l'union bancaire ?

La réponse la plus directe est que le corollaire de l'union bancaire ne s'est pas concrétisé comme prévu : il n'y a pas eu de déplacement des risques des États membres vers

5. Sur le concept original d'union bancaire, voir J. Pisani-Ferry et G. Wolff, 'The Fiscal Implications of a Banking Union' (2012) 02 *Bruegel Policy Brief*.
6. Sur la gestion de la crise financière en Europe, voir P.G. Teixeira, *The Legal History of the European Banking Union*, 135-49.
7. Pour une explication sur le sens de la « clause de non-renflouement », voir V. Borger, « The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro Crisis » (2020) *Cambridge University Press*, 114-29. Sur les aspects constitutionnels de la crise, voir A.J. Menéndez, « The Existential Crisis of the European Union » (2013) *German Law Journal* 14(5), 453.

8. Voir L. van Middelaar, *Quand L'Europe Improvise: Dix ans de crises politiques*, Gallimard, 2018, pp. 96-100
9. Sur l'usage controversé de l'article 114 TFUE comme le fondement légal du MRU, voir T. Tuominen « The European Banking Union: A Shift in the Internal Market Paradigm? » (2017) 54 *CMLR* 1359, at 1374-7.
10. Sur l'application de l'article 127 (6) du traité, voir P.G. Teixeira, *The Legal History of the Banking Union*, 223-5; et sur son histoire, voir H. James, *Making the European Monetary Union: The Role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank* (Belknap Press of Harvard University Press 2012) 313-7.

l'Union européenne. La possibilité pour le MES de recapitaliser directement les banques n'a pas été utilisée, puis a été complètement abandonnée. Au lieu de cela, le régime introduit par la directive sur le redressement et la résolution des établissements bancaires, à laquelle fait écho le règlement établissant le MRU, a posé les bases d'un partage privé, plutôt que public, des risques. L'utilisation de fonds publics pour sauver les banques a été prohibée et les banques en faillite ou susceptibles de l'être doivent obligatoirement faire l'objet d'une résolution si le CRU estime que l'intérêt public l'exige¹¹. Dans le cas contraire, les banques sont placées en liquidation. En cas de résolution, les actionnaires et les créanciers devront prendre leurs pertes au moins en partie. En d'autres termes, le passif de la banque concernée est annulé sur décision du CRU afin de rééquilibrer son bilan. C'est la première fois que le droit européen fournit ainsi des instruments à une autorité pour lui permettre de porter atteinte aux droits de propriété privée. Le MRU comprend également un Fonds de résolution unique destiné à financer les mesures de résolution prises par le CRU. Il est alimenté par des cotisations annuelles imposées aux banques et non par des fonds publics. Ainsi, l'union bancaire a connu un glissement en faveur de la privatisation des risques. La possibilité pour les États membres d'intervenir pour stabiliser les marchés a été remplacée par l'exposition des banques aux risques d'un marché intégré. En conclusion, l'interdiction d'un renflouement par les finances publiques a supprimé la dépendance mutuelle entre les banques et les États membres¹².

Outre le régime de résolution prévu par le MRU, il était prévu que le partage des risques s'opère également par le biais d'un système européen d'assurance des dépôts (SEAD), le troisième pilier de l'Union bancaire. Un SEAD a pour but d'assurer l'égalité de traitement entre les déposants dans l'ensemble de l'union bancaire, indépendamment de la localisation des banques et des dépôts. Il romprait donc également le lien qui subsiste entre les banques et les États membres, puisque les dépôts restent à ce jour garantis par des systèmes nationaux aux caractéristiques divergentes. Cette persistance d'une hétérogénéité des niveaux de protection implique en pratique que la solidité des banques demeure corrélée à leur localisation. En outre, cela signifie également que la valeur implicite d'un euro mis en dépôt peut varier au sein de l'union monétaire d'un État membre à l'autre. C'est ce que les crises bancaires chypriote et grecque ont démontré avec l'imposition d'un contrôle de capitaux et des restrictions sur les dépôts. En réponse, le SEAD mutualiserait les risques liés à la perte

des dépôts dans l'union bancaire. Toutefois, sa mise en place s'est heurtée à des obstacles importants de la part des États membres. Même si le SEAD serait alimenté par les contributions des banques, d'aucuns craignent que ce mécanisme puisse entraîner le transfert de fonds vers d'autres États membres et créer ainsi un aléa moral. En pratique, cette réticence repose sur le risque que des fonds provenant de banques saines puissent finir par être utilisés pour garantir les dépôts de banques faibles, ce qui pourrait faire obstacle à l'incitation à la réduction par ces dernières de leur niveau de risque¹³.

L'Union bancaire s'est donc éloignée de sa raison d'être initiale, c'est-à-dire la mise en œuvre de la responsabilité conjointe des États membres. L'europanisation juridique et institutionnelle du secteur bancaire, sous la forme du régime de résolution du MRU, n'a pas conduit à un partage des risques à l'échelle publique, mais à l'échelle privée. Cela se justifiait pour plusieurs raisons, notamment la volonté politique d'éviter de nouveaux renflouements publics après les sauvetages de grande ampleur effectués pendant la grande crise financière, mais aussi la préservation de la souveraineté fiscale nationale et la prévention du risque d'aléa moral entre les États membres. Toute forme de mutualisation des risques que pourrait entraîner la répartition des fonds entre les États membres, reste donc un obstacle à la poursuite de l'intégration, comme le confirme l'impossibilité d'établir le SEAD jusqu'à présent. Cette situation est révélatrice de l'interprétation très large de l'interdiction de renflouement prévue par l'article 125 du TFUE. C'est fondamentalement la raison pour laquelle l'union bancaire reste incomplète et n'a pas abouti à un secteur bancaire européen véritablement intégré : le partage des risques échappe encore à l'intégration européenne¹⁴.

3. La question de la légitimité

Le principal argument contre le partage des risques entre les États membres est qu'il impliquerait une transformation profonde du processus d'intégration par la réaffectation de fonds budgétaires d'un État membre à un autre. Cela présuppose, non seulement le renforcement de l'intégration politique, mais aussi de nouvelles sources de légitimité démocratique supranationale. Cela nécessiterait donc un nouveau contrat social entre les États membres au-delà des traités actuels. En effet, jusqu'ici, on admettait que seules des compétences réglementaires/technocratiques, sans impact sur les fonds publics, pouvaient être transférées au niveau européen¹⁵.

Dans ce contexte, l'union bancaire a été un pas en

11. La seule possibilité étroite laissée par la directive sur le redressement et la résolution des établissements bancaires (article 32, paragraphe 4) à un État d'injecter des fonds publics dans une banque est la recapitalisation de « précaution ». Elle est autorisée en dehors du processus de résolution pour les banques jugées solvables par l'autorité de surveillance, mais qui ont besoin de capitaux pour faire face à des pertes futures hypothétiques mises en évidence par le scénario défavorable d'un test de résistance.

12. Voir, K.-P. Wojcik, « Bail-in in the Banking Union » (2016) 53 *Common Market Law Review* 91, 106-112.

13. Pour une proposition précoce de SEAD voir D. Gros et D. Schoemaker, « European Deposit Insurance and Resolution in the Banking Union » (2014) 52 *Journal of Common Market Studies* 529, 529.

14. Dans ce sens, voir M. Draghi, « Risk-reducing and risk-sharing in our Monetary Union », 11 mai 2018.

15. Sur les obstacles à une intégration fiscale au sein de l'union monétaire, voir Alicia Hinarejos Parga, « Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU » (2013) 50 *Common Market Law Review* 1621, 1633-1641.

avant dans le processus d'intégration par le transfert de compétences qui - bien que de nature réglementaire et technocratique - étaient auparavant attachées à la souveraineté nationale en raison de leur importance pour le secteur bancaire et l'économie des États membres. Par conséquent, l'exercice des pouvoirs européens de supervision et de résolution bancaires a potentiellement, plus que jamais, un impact distributif pour les États membres. Cette nouveauté institutionnelle a soulevé la question de la construction d'un cadre assurant la légitimité de l'exercice de ces pouvoirs. La réponse apportée par les règlements fondateurs du MSU et du MRU repose par la combinaison de plusieurs mécanismes¹⁶.

Le premier consiste à restreindre autant que possible le champ des pouvoirs de la BCE/MSU et du CRU. Sauf à des fins organisationnelles, la BCE/MSU et le CRU n'ont pas de pouvoirs réglementaires généraux. En outre, il existe des garanties juridiques obligeant la BCE/MSU et le CRU à prendre en compte les intérêts européens et nationaux dans leurs décisions. Par exemple, l'article 1 du règlement MSU fixe comme objectif de la BCE au titre de ses fonctions de supervision de contribuer à la stabilité financière tant dans l'Union que dans chaque État membre. Compte tenu de ces contraintes, le contrôle judiciaire des décisions de supervision et de résolution est une source importante de légitimité de l'Union bancaire¹⁷.

Le deuxième mécanisme connexe consistait à doter la BCE/MSU et le CRU d'une forte indépendance institutionnelle équivalente à celle de la BCE pour la conduite de la politique monétaire. Ils ne peuvent solliciter ni recevoir d'instructions d'aucune institution européenne, d'aucun gouvernement ou autorité nationale, ni d'aucun autre organisme public ou privé. Les décisions de supervision et de résolution doivent être fondées sur une expertise technique conforme au droit européen et ne doivent donc pas refléter des choix politiques et distributifs. Comme dans le cas de la politique monétaire, le transfert de compétences du niveau national au niveau européen est, en soi, une raison de justifier l'indépendance. Les pouvoirs supranationaux ne peuvent être exercés au profit d'un État membre ou d'un groupe. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les politiques ayant des effets distributifs potentiels, comme la supervision et la résolution bancaires qui auparavant étaient, au moins partiellement, influencées par les institutions politiques nationales. Dans le cas contraire, une perte de crédibilité, voire un risque de désintégration, seraient à craindre. L'union bancaire a donc conduit à isoler la super-

vision et la résolution bancaires de la politique nationale et européenne pour assurer leur légitimité¹⁸.

Le troisième mécanisme a consisté à créer, pour la première fois, un cadre de responsabilité à plusieurs niveaux pour l'exercice des compétences européennes : la BCE/MSU et le CRU sont directement responsables devant le Parlement européen et le Conseil - conformément au principe selon lequel la responsabilité de l'exercice des compétences européennes se situe au niveau des institutions de l'UE - mais ils sont également tenus de rendre compte de leurs actions auprès des parlements nationaux. Ces derniers sont donc impliqués dans le suivi régulier du fonctionnement de l'union bancaire. Les considérants des règlements MSU et MRU justifient leur rôle en raison de l'impact potentiel que les décisions de supervision et de résolution peuvent avoir sur les finances publiques, les institutions et les marchés des États membres. Ainsi, les effets distributifs de la supervision et de la résolution bancaires dans les différents États membres justifient un lien plus étroit qu'auparavant entre l'exercice des compétences européennes et les institutions politiques nationales¹⁹.

Ensemble, ces trois mécanismes constituent les principales sources de légitimité de l'union bancaire. Une légitimité qui peut être qualifiée de *output legitimacy* (ou légitimité « de résultat ») : l'exercice de compétences par une autorité publique est légitime s'il a produit les résultats escomptés par le législateur²⁰. En ce sens, la supervision et la résolution bancaires européennes sont des fonctions politiques légitimes dans la mesure où elles se conforment au droit européen, où leurs décisions respectives sont fondées sur des jugements d'experts indépendants de la politique, où elles fournissent des explications sur les résultats pratiques de leurs politiques au Parlement européen et au Conseil, et où elles rendent également compte de leurs activités aux parlements nationaux. L'objectif est d'atténuer les préoccupations relatives aux implications distributives des décisions de la BCE/MSU et du CRU, tant au niveau européen que national.

On peut soutenir que ces mécanismes n'apportent qu'une réponse incomplète. L'*output legitimacy* n'est pas suffisante pour fournir une base durable au partage des risques entre les États membres car elle nécessite également un contrôle démocratique, fondement d'une *input legitimacy*. Il s'agit en d'autres termes de la mise en place de structures politiques européennes pour soutenir ce partage des risques. Par conséquent, l'avenir de l'union

16. Pour une analyse, voir G. Ter Kuile et W. Bovenschen, « Tailor-Made Accountability within the Single Supervisory Mechanism » (2015) 52 *Common Market Law Review* 155; Rosa M Lastra, « Accountability and Governance Banking Union Proposals » (Amsterdam : Duisenberg School of Finance 2012) *DSF Policy Paper* 30 8-9.

17. Voir considérant (56) et article 1 du règlement MSU; Considérant (24), article 6.3 et 6.5 du règlement MRU. Sur les garde-fous juridiques comme garantie de la légitimité voir aussi la position de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans son jugement sur l'union bancaire, BVerfG, U. des Zweiten Senats vom 30 Juli 2019, 2 BvR 1685/14, Rn. (1-320).

18. Voir, article 19.1 du règlement MSU et article 47 du règlement MRU. Sur le concept de supervision indépendante, voir M.W. Taylor, M.G. Quintyn et S. Ramirez, « The Fear of Freedom : Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors », *IMF Working Papers* WP/07/25 34 et suivants.

19. Voir, considérant (56) et article 21(3) du règlement MSU ; considérant (43) et article 46(3) du règlement MRU.

20. Sur ce concept, voir Joseph HH Weiler, « In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration » (2012) 34 *Journal of European Integration* 825.

bancaire, y compris le développement d'instruments de partage des risques tel que le SEAD nécessitera des dispositions garantissant une légitimité plus large. D'ici là, l'union bancaire restera incomplète²¹.

4. La réponse à la pandémie

Après la crise de la dette souveraine, la réponse européenne à l'urgence pandémique au début de 2020 a représenté une autre étape dans le partage des risques entre les États membres. Lors du sommet du 21 juillet 2020, le Conseil européen est convenu d'un programme dit *Next Generation EU* (NGEU) pour soutenir le redressement des États membres. Au nom de la solidarité entre les États membres, le Conseil a ensuite adopté un mécanisme d'aide financière exceptionnelle pour faire face aux conséquences économiques et sociales de la pandémie sur la base de l'article 122 du TFUE. Ce mécanisme comprend un instrument de relance qui sera financé à hauteur de 750 milliards d'euros par l'Union européenne. Il autorise la Commission à emprunter les fonds nécessaires en émettant des obligations sur les marchés financiers. Ce montant comprend 390 milliards d'euros de subventions et 360 milliards d'euros de prêts aux États membres. Le programme est exceptionnel et temporaire. Il se limite à soutenir la reprise après la crise et est soumis à des conditions quant aux objectifs que les États membres peuvent poursuivre par l'utilisation de ces fonds. En outre, l'accès aux fonds de l'UE est soumis à la condition que les États membres respectent « l'État de droit »²².

Parallèlement à cette réponse budgétaire européenne, la BCE a déployé en mars 2021 un programme d'achats d'urgence face à la pandémie (PEPP) qui a atteint en juin 2021 une enveloppe de 1 850 milliards d'euros²³. Dans le cadre de l'union bancaire, la BCE/MSU a adopté pour la première fois des décisions centralisées pour faire face à une crise. Elle a pris plusieurs mesures de supervision pour s'assurer que le secteur bancaire continuerait à financer l'économie. Ces mesures ont notamment consisté à autoriser les banques à utiliser leurs réserves de fonds propres et de liquidités, à leur accorder des allègements

en matière de fonds propres et d'opérations, et à restreindre la distribution de dividendes aux actionnaires afin d'accroître la capacité d'absorption de pertes potentielles. La BCE/MSU a estimé que ces mesures permettraient aux banques de financer potentiellement l'économie jusqu'à 1.800 milliards d'euros de prêts²⁴.

Ainsi, la réponse européenne à la pandémie contraste fortement avec la gestion de la crise de la dette souveraine. Au lieu de reposer en grande partie sur des accords intergouvernementaux hors traité, l'aide aux États membres est désormais fournie directement par l'Union, par le biais des institutions et des dispositions du traité. D'ailleurs, la « clause de non-renflouement » de l'article 125 du TFUE n'a pas été considérée comme un obstacle à la résolution de la crise au niveau européen.

Dans ce contexte, l'instrument de relance de l'Union européenne prévoit un partage des risques important entre les États membres. Le service des obligations de l'UE sera assuré par le budget communautaire, ce qui implique que tous les États membres y contribueront. En outre, ce partage des risques a également des effets redistributifs importants. Les fonds seront mis à la disposition des États membres sous forme de subventions et de prêts. La clé de répartition utilisée pour leur distribution repose sur l'impact de la pandémie sur l'économie et les revenus nationaux respectifs des États membres. En d'autres termes, l'aide financière accordée dans le cadre du NGEU est orientée vers les États membres les plus touchés et les plus vulnérables. De plus, les actions de la BCE déjà mentionnées, à la fois en tant que banque centrale de l'union monétaire et superviseur bancaire de l'union bancaire, ont eu un impact économique et financier considérable, renforçant encore la réponse globale à la pandémie²⁵.

L'urgence pandémique ne s'est heureusement pas transformée en une répétition de la crise de la dette souveraine, notamment par la fragmentation du marché unique et le déclenchement du cercle vicieux entre déstabilisation des banques et des finances publiques. Le fait que les institutions européennes aient réagi de manière résolue sur les plans budgétaire, monétaire et de la supervision a sans doute été déterminant à cet égard. Le programme NGEU financé par la dette européenne a apaisé les inquiétudes quant à la capacité des États membres à faire face aux conséquences de la pandémie, ce sans remettre en cause la viabilité des finances nationales. Le programme PEPP de la BCE a assuré la diffusion de la politique monétaire et des conditions de financement favorables à l'économie dans l'ensemble de la zone euro de manière égale. De plus, les mesures de supervision centralisée de la BCE/MSU ont permis aux banques de jouer leur rôle d'amortisseurs de chocs plutôt que celui d'amplificateurs.

21. Sur les faiblesses de la légitimité démocratique de l'union bancaire et l'argument que l'obligation de rendre des comptes ne peut compenser, voir Christoph Möllers, 'Some Reflections on the State of European Democracy with Regard to the Banking Union and the ECB' in Stefan Grundmann and Hans-W Micklitz (eds), *The European Banking Union and Constitution : Beacon for Advanced Integration or Death-Knell for Democracy?* (1st edn, Hart Publishing 2019) 213-218 ; Mark Bovens and Deirdre Curtin, 'An Unholy Trinity of EU Presidents?: Political Accountability of EU Executive Power' in Christian Joerges, Damian Chalmers and Markus Jachtenfuchs (eds), *The End of the Eurocrats' Dream: Adjusting to European Diversity* (Cambridge University Press 2016).

22. Voir, B. De Witte, 'The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift' (2021) 58 *Common Market Law Review* 635. Pour une réflexion critique, voir P. Dermine, 'The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture' (2020) 47 *Legal Issues of Economic Integration* 337.

23. Sur la dimension juridique du PEPP, voir A.A.M. Mooij, 'The Legality of the ECB Responses to COVID-19' (2020) 45 *European law review* 713.

24. Pour une justification des mesures de supervision de la BCE, voir A. Enria, 'An evolving supervisory response to the pandemic', 1 October 2020.

25. Pour une analyse des potentiels effets redistributifs du NGEU, voir C. Fuest, 'The NGEU Economic Recovery Fund', *CESifo Forum* 22 (1) (2021) 3.

Ces mesures ont fourni les conditions d'une concurrence équitable entre les banques en évitant tout risque de déstabilisation de certaines d'entre elles en raison de leur seule localisation. Dans l'ensemble, il apparaît que le partage des risques et les actions au niveau européen aient fait la différence par rapport à la gestion de la crise de la dette souveraine. Dans ce contexte, il est révélateur qu'il n'y ait pas eu de recours au MES intergouvernemental et que les États membres n'aient pas pour l'heure utilisé les prêts mis à leur disposition par ce biais²⁶.

Il reste à savoir si, et dans quelle mesure, la réponse à la pandémie signifie un passage irréversible de l'Union vers le partage des risques. L'émission très importante d'obligations européennes dans le cadre du NGEU de 2021 à 2026 sur un large éventail d'échéances allant jusqu'à 30 ans représente un engagement important en faveur d'un actif souverain commun et sûr : un actif financier à faible risque, hautement liquide et largement dissocié du risque souverain lié aux États membres pris dans leur individualité. Par un tel mécanisme, l'Union assure un financement à long terme, stable et peu coûteux pour la relance économique et sociale, tout en fournissant un symbole politique concret de la solidarité entre les États membres. De plus, il fournit à l'union monétaire et au marché unique ce qui fait défaut pour soutenir l'intégration financière, c'est-à-dire un véritable actif sûr européen pour l'investissement mais qui assure également une fonction de réserve de valeur et d'étalement pour fixer le prix des actifs plus risqués à l'instar des bons du trésor américain. Bien que temporaire et justifié par une urgence sans précédent, cette initiative démontre la faisabilité de la mise en place d'un actif sûr et de valeur pour assurer la stabilité de l'Union dans ses différentes dimensions : économique, financière, sociale et politique²⁷.

5. L'avenir de l'union bancaire

L'union bancaire est la forme la plus avancée d'intégration européenne, avec un système de droit unifié, des institutions dotées de compétences exclusives et d'un pouvoir de mise en œuvre, soumises au contrôle juridictionnel de la CJUE et responsables devant le Parlement et le Conseil. Elle a opéré une « fusion des marchés », dans laquelle les participants ne se distinguent pas par leur origine et sont soumis de la même manière au droit européen. Son émergence confirme la nature supranationale de l'intégration européenne, telle que décrite par Jean Monnet : « adopter des règles communes que nos nations et leurs citoyens s'engagent à suivre, et créer des

institutions communes pour en assurer l'application »²⁸. Cependant, bien qu'elle soit une création du droit européen, sa construction juridique et institutionnelle ne suffit pas à elle seule à maintenir l'intégration²⁹.

Le paradoxe de l'union bancaire est que, alors que le partage des risques était sa raison d'être originelle, il est aujourd'hui le principal obstacle à son achèvement. Près de dix ans après le sommet de la zone euro du 28 juin 2012, l'union bancaire reste incomplète. Malgré la centralisation des compétences en matière de supervision et de résolution bancaires sous l'égide du droit et des institutions européennes, les conditions nécessaires pour un marché bancaire unique n'ont pas encore été satisfaites. Bien que la résilience du secteur bancaire se soit améliorée, il existe toujours une segmentation considérable des marchés entre États membres. Le manque d'intégration observée depuis la grande crise financière de 2008 n'a pas été inversée de manière significative. Par exemple, la part des expositions des banques à des contreparties situées dans d'autres États membres au sein de l'union bancaire n'a que très peu augmenté. On observe également une consolidation limitée entre les banques basées dans différents États membres. De plus, les groupes bancaires continuent de développer leurs activités par le biais de filiales plutôt que par des succursales et la prestation directe de services, comme l'autorise pourtant le passeport unique introduit dès 1993. Il en résulte que le capital et les liquidités des banques sont encore largement conservés dans les États membres où elles opèrent au lieu d'être librement transférables au sein de l'union bancaire. Les frictions entre pays d'origine et pays d'accueil n'ont donc pas été éliminées alors même qu'il s'agit d'un objectif majeur de l'union bancaire³⁰.

L'avenir de l'union bancaire repose donc sur des mécanismes efficaces de partage des risques. Le premier d'entre eux est la mise en place du SEAD, son troisième pilier. La mutualisation européenne de la garantie des dépôts lèverait l'un des obstacles potentiels à la libre circulation des capitaux et des liquidités des banques entre les juridictions des États membres. La protection des dépôts ne serait plus liée au fait qu'une banque dispose de suffisamment de capital et de liquidités au niveau local et cela découplerait davantage la solidité des banques des politiques nationales très inégales en matière de garantie des dépôts.

Le deuxième mécanisme de partage des risques serait l'émergence d'un actif européen sûr et permanent. Les

26. Sur le rôle du MSU dans la réponse à la pandémie, M. Markakis, 'The Reform of the European Stability Mechanism: Process, Substance, and the Pandemic' (2020) 47 *Legal Issues of Economic Integration* 350, 376-382.

27. Sur les attributs et fondements d'un actif sûr européen, voir le rapport du Comité européen du risque systémique, 'Sovereign bond-backed securities: a feasibility study', January 2018. Pour une analyse comparative des possibles modèles pour un actif sûr européen, voir S. Grund, « The Quest for a European Safe Asset—A Comparative Legal Analysis of Sovereign Bond-Backed Securities, E-Bonds, Purple Bonds, and Coronabonds » (2020) 6 *Journal of Financial Regulation* 233.

28. Extrait d'un commentaire de Jean Monnet à la suite de l'adoption de la « déclaration conjointe » du comité d'action pour les États-Unis d'Europe, Bonn, 1er et 2 juin 1964, FJME, AMK 16/6/210. Voir, G. Grin, « Shaping Europe: The Path to European Integration According to Jean Monnet » (Fondation Jean Monnet pour l'Europe 2017) *Debates and Documents Collection Issue 7* 12.

29. Sur les intentions de supranationalité originelles lors de la rédaction du Traité de Rome voir J. Baquero Cruz, *What's Left of the Law of Integration?: Decay and Resistance in European Union Law* (Oxford University Press 2018) 13-14.

30. Pour une vue d'ensemble des enjeux de l'union bancaire, voir A. Enria, « How can we make the most of an incomplete banking union? », 9 September 2021.

banques sont liées à l'État membre dans lequel elles sont implantées parce qu'elles sont évidemment exposées aux évolutions de l'économie locale et qu'elles détiennent généralement de la dette souveraine en guise d'actif sûr. Elles restent donc vulnérables aux évolutions défavorables du risque souverain les exposant à une dégradation de leurs coûts de financement, de leur rentabilité et, en définitive de leur viabilité. Un actif sûr européen - telles que les obligations de l'UE émises dans le cadre du NGEU - permettrait donc aux banques de réduire leur exposition aux risques purement nationaux et de diversifier leurs bilans. Dans ce cas, la stabilité du secteur bancaire ne serait plus corrélée à celle des différents États membres. En d'autres termes, il s'agirait de l'étape concluante pour « européeniser » économiquement et financièrement les banques au-delà de la dimension juridique introduite par l'union bancaire. Les objectifs initiaux fixés par le sommet de la zone euro du 28 juin 2012 seraient enfin remplis³¹.

Conclusion : L'intégration européenne au-delà de la pandémie

Que peut apporter cette brève analyse de l'union bancaire à la compréhension du processus plus large d'intégration européenne ?

En un peu plus d'une décennie, trois crises marquantes se sont succédées en Europe : la grande crise financière de 2008, la crise de la dette souveraine à partir de 2010 et l'urgence pandémique à partir de 2020. La gestion de ces crises peut être décrite comme un processus évolutif (apprentissage par la pratique). Lors de la première crise, en 2008, il n'y a pas eu de partage des risques entre les États membres ni d'actions significatives au niveau européen. Toutes les compétences en matière de sauvegarde de la stabilité financière sont restées nationales. Les États membres ont alors pris des mesures non coordonnées et délimité leurs juridictions respectives pour contenir la contagion. Tous se sont retrouvés dans une situation moins favorable que si une réponse européenne avait été apportée et le marché bancaire unique s'est rapidement désintégré. La crise de la dette souveraine qui s'en est suivie a été gérée par une approche au coup par coup pour aboutir à des actions de plus en plus coordonnées et à un partage des risques entre les États membres. Cette approche était toutefois largement fondée sur des accords intergouvernementaux et temporaires en dehors des traités, y compris la mise en place du MES. Cette gestion hésitante reflétait la réticence des États membres à consacrer une capacité de stabilisation européenne permanente, amplifiant sans doute la crise au fil du temps, jusqu'à son paroxysme. Le début de l'union bancaire par le transfert des compétences de supervision à la BCE a ensuite été pensé pour permettre la recapita-

lisation directe des banques par le MES, ce qui ne s'est finalement pas produit. Enfin, la réponse jusqu'à présent efficace à la pandémie est en revanche entièrement fondée sur les actions des institutions européennes agissant dans le cadre des traités, y compris un partage des risques avec des effets redistributifs entre les États membres.

De nombreux enseignements peuvent être tirés de cette succession de réponses aux crises. Le plus évident est que l'intégration européenne n'est pas durable si elle ne peut s'appuyer sur une capacité de stabilisation. En l'absence d'un tel pouvoir, l'intégration sera incomplète et pourrait s'inverser de manière soudaine. Paradoxalement, il semble falloir une menace pour que les États membres réalisent que pour récolter les bénéfices de l'intégration, ils doivent d'abord en partager les risques et les coûts. C'est en ce sens que l'intégration européenne est intrinsèquement prédisposée aux crises³².

La mise en place d'une véritable capacité de stabilisation ne peut cependant pas être simplement sous tendue par une *output legitimacy*, qui a été le mode dominant dans le processus d'intégration jusqu'à présent, y compris en ce qui concerne l'union bancaire. Au fur et à mesure que l'intégration s'approfondira dans l'Union, il y aura de plus en plus d'implications redistributives entre les États membres. La technocratie dépolitisée ne suffira probablement pas à les justifier, notamment en période de crise³³. Or, si la redistribution n'est pas perçue comme juste et légitime, des contestations et finalement un rejet du projet européen seront à craindre. Par conséquent, d'autres sources de légitimité démocratique supranationale doivent être explorées pour l'avenir de l'Union. Cela correspond tout à fait au plan déjà décrit dans le rapport Van Rompuy de 2012 intitulé « Vers une véritable Union économique et monétaire », ainsi que dans le rapport des cinq présidents de 2015 intitulé « Acheter l'Union économique et monétaire européenne ». Ces rapports envisagent à terme une Union comprenant une union économique, une union financière et une union fiscale assortie de mécanismes de responsabilité démocratique³⁴.

Une Europe intégrée ne peut être privée d'une véritable politique démocratique. L'intégration politique entre les États membres est donc l'étape finale de l'intégration. C'est la raison pour laquelle, notre contribution pourrait s'achever sur une autre citation de Jean Monnet qui laisse entrevoir son intuition sur la forme ultime que pourrait prendre l'Union : « marché unique - monnaie unique - fédération »³⁵.

31. Sur les arguments pour un actif sûr européen en faveur d'une intégration financière, voir V. Constâncio, « Completing the Odyssean journey of the European Monetary Union », 17 mai 2018 ; et le rapport du Conseil européen sur du risque systémique « Sovereign bond-backed securities », 2017.

32. Sur le processus de transformation constitutionnelle, voir Edoardo Chiti et P.G. Teixeira, « The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis » (2013) 50 *Common Market Law Review* 683.

33. Voir dans ce sens, J. Habermas, *The Lure of Technocracy* (Polity 2015) 9-16.

34. Voir, « Vers une véritable Union économique et monétaire », rapport présenté par le président du Conseil européen M. Herman Von Rompuy, 26 juin 2012.

35. Citation de « Note de réflexion de Jean Monnet », USA, avril/mai 1952, FJME, AMM 3/3/6. See, Grin (n 27) 27.



Brad Smith • Président de Microsoft

Définir les règles de notre avenir numérique : l'UE est-elle sur la bonne voie ?

De l'avis général, l'une des principales préoccupations des régulateurs européens aujourd'hui est de favoriser une économie à la fois innovante et durable. Mais commençons par une évaluation du problème : l'Union européenne (UE) reste sans doute une puissance en matière d'innovation, mais elle est en déclin très rapide, et très peu de grandes entreprises numériques se trouvent en Europe. En tant que président de Microsoft, l'un des principaux acteurs mondiaux de l'économie numérique, vous avez probablement un avis sur cette question : si vous observez l'UE au cours des dernières décennies, qu'est-ce qui n'a pas fonctionné et à quoi ressemble notre avenir selon vous ?

L'économie numérique regroupe deux réalités que la plupart des gens ne parviennent pas à associer. D'une part, vous avez les entreprises du numérique à l'instar d'Apple, de Microsoft, de Google ou de Facebook. En réalité, cette liste s'avère relativement courte dans le monde, et *a fortiori* en Europe. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y aucune entreprise européenne parmi les entreprises numériques - pensez à SAP, qui est aujourd'hui un leader mondial, à Spotify, qui est le premier fournisseur mondial de services de streaming audio et de médias, ou à Ericsson, qui a prouvé sa solidité année après année. La seconde composante de l'économie numérique recouvre l'utilisation des technologies numériques par toutes les autres industries.

Ce qui sera toujours important pour l'économie européenne, comme pour toute autre économie, c'est évidemment d'encourager le développement du secteur numérique, mais aussi d'utiliser les technologies numériques pour favoriser les innovations et la compétitivité dans les autres industries.

Afin d'y parvenir, je suis persuadé qu'il faut encourager la création d'un écosystème vertueux de nouvelles startups. Le secteur de la tech se caractérise par la création et le développement très rapide de nouvelles entre-

prises ; en effet, les licornes se développent parfois en 3 à 5 ans seulement. À cet égard, je constate un esprit d'innovation et d'entrepreneuriat plus fort en Europe qu'il y a dix ans : je le retrouve notamment lors d'événements comme le Web Summit à Lisbonne, ou lorsque je visite les incubateurs de Microsoft à Berlin, Londres ou Station F à Paris. La communauté européenne des start-ups y est dynamique et florissante.

Par le passé, les entrepreneurs européens pensaient qu'ils devaient quitter l'Europe pour créer une nouvelle entreprise. Ce n'est plus le cas, et ce changement constitue un réel avantage pour l'Europe dans la course pour l'innovation.

Il est important que l'Europe se concentre également sur le second pan de l'économie numérique. La puissance économique de l'Europe dans le monde repose en réalité sur l'expertise nourrie des entreprises européennes dans un grand nombre de secteurs. Pensez par exemple à l'industrie pharmaceutique, aux machines-outils ou aux procédés de fabrication industriels. Il est important de garder à l'esprit que chacun de ces secteurs est transformé par la technologie numérique et l'utilisation des données.

Qu'en est-il du deuxième aspect de l'objectif « Fit for 55 » de l'UE : favoriser une économie qui soit également inclusive et durable ? Sur le plan de la durabilité, par exemple, l'UE a récemment lancé de multiples initiatives visant à favoriser une industrie du numérique qui participe à « relever les principaux défis de notre époque », tout en veillant à ce que la technologie soit « au service de l'être humain et apporte une valeur ajoutée à leur vie quotidienne ». Comment appréhendez-vous ces initiatives ? L'UE est-elle susceptible de trouver le bon équilibre réglementaire ? Et quel est le rôle des grandes entreprises du numérique à cet égard ?

De manière générale, je dirais que l'agenda réglementaire de l'UE va dans la bonne direction. Il est à la fois vaste et ambitieux et se concentre sur les sujets importants de préoccupations des consommateurs et des entreprises en Europe, voire dans le monde entier.

La technologie a un rôle important à jouer, non seulement pour stimuler la croissance économique, mais aussi pour soutenir le développement durable et aider à façonner des communautés plus inclusives. Cet aspect est au cœur de notre approche « Tech Fit 4 Europe », qui s'inscrit dans la vision de l'UE visant à créer une Europe plus verte, plus numérique et plus résiliente. Nous reconnaissons que l'industrie technologique a la responsabilité d'agir et de contribuer aux initiatives et aux propositions que le paquet « Fit for 55 » met en avant. Microsoft s'engage à faire sa part et a fait part de fortes ambitions en matière environnementale : obtenir un bilan carbone négatif d'ici 2030, réduire de moitié ou plus nos émissions scope 3 et éliminer, d'ici 2050, tout le carbone émis par l'entreprise depuis sa création en 1975. Tout aussi important, nous pensons que les outils et les solutions numériques joueront un rôle essentiel pour stimuler la transition vers une

croissance plus verte et permettre les nouvelles innovations qui seront nécessaires pour permettre à l'ensemble des secteurs de l'économie européenne d'atteindre leurs objectifs de réduction du carbone.

En termes d'inclusion, je pense que l'Europe est déjà l'une des sociétés les plus inclusives ; il est toutefois évident que toute société est constamment confrontée à de nouveaux défis en la matière. L'inclusion numérique repose sur l'accès de tous à une connexion haut débit, aux outils et aux compétences. L'Europe est aujourd'hui en meilleure posture que de nombreuses régions du monde - plusieurs zones rurales demeurent aujourd'hui peu couvertes par le haut débit ce qui accentue la fracture numérique.

À cet égard, les entreprises du numérique disposent des ressources et de l'expertise nécessaires pour contribuer à combler ce fossé. A titre d'exemple, Microsoft s'efforce d'apporter l'accès au haut débit aux étudiants défavorisés dans de multiples régions d'Europe, et nous continuons à favoriser l'accessibilité et de la connectivité une priorité grâce à notre initiative Microsoft Airband, qui fournit, depuis son lancement en 2017, l'accès à l'internet haut débit à des millions de personnes aux États-Unis et dans le monde entier. Nous avons également lancé récemment une campagne mondiale d'open data pour aider à lutter contre la « fracture des données » qui se profile et encourager un plus grand partage et un meilleur accès aux données. Aider les organisations de toutes tailles à exploiter les avantages des données et les nouvelles technologies qu'elles alimentent contribuera de manière significative à la transformation numérique de l'Europe et à ses efforts d'inclusion.

Peut-être même plus important encore, l'accès aux compétences technologiques doit être généralisé. La transformation numérique entraîne des changements socio-économiques sur le marché du travail, et il ne fait aucun doute que l'éducation et l'apprentissage seront essentiels pour renforcer l'employabilité des travailleurs. Veiller à ce que chacun puisse bénéficier des opportunités de la nouvelle économie numérique devrait être une priorité essentielle pour l'Europe, et les écoles et les programmes devraient mettre l'accent sur le développement des compétences techniques. Selon une étude de la Commission européenne, 42 % des Européens ne possèdent toujours pas les compétences numériques de base. La Commission européenne est pleinement consciente de ce défi et a proposé un nouvel agenda européen des compétences ainsi qu'un « Pacte pour les compétences », mobilisant toutes les parties prenantes pour créer de meilleures opportunités de formation. Là encore, nous pensons que les entreprises du numérique peuvent jouer un rôle important. Prenons l'exemple du réseau des écoles IA Microsoft by Simplon, que nous avons développées en France en partenariat avec Simplon, où les demandeurs d'emploi de divers horizons peuvent suivre un cours intensif gratuit de sept mois, au cours duquel ils acquièrent des compétences en matière

de développement en IA, suivi de 12 mois en alternance en entreprise. Ce réseau s'est étendu à 39 écoles depuis 2018 et a formé plus de 700 étudiants. De la même manière, prenez l'exemple de LinkedIn Learning et des cours en ligne supplémentaires que nous avons mis à disposition gratuitement, offrant ainsi un moyen aux chercheurs d'emplois de combler plus rapidement l'écart entre les compétences qu'ils possèdent et celles dont ils ont besoin afin de saisir de nouvelles opportunités d'emploi.

L'Europe a pris l'initiative de rendre l'économie plus verte et plus durable. Le programme « Fit for 55 » en est un excellent exemple, puisqu'il fournit un cadre permettant d'aller plus rapidement vers l'objectif d'une neutralité carbone en Europe. Parce qu'il est conçu pour encourager l'innovation, favoriser la compétitivité des industries vertes aujourd'hui et à l'avenir, et veiller à ce que le progrès technologique soit inclusif et juste, je suis confiant dans les chances de réussites de cette initiative. Les entreprises du numérique peuvent apporter leur contribution par le biais de nos propres engagements en matière de durabilité et, ce qui est peut-être encore plus important, en permettant à d'autres secteurs d'atteindre leurs objectifs grâce à l'utilisation d'outils et de solutions numériques.

L'une de nos priorités est de veiller à ce que nos centres de données soient plus économes en énergie et que l'énergie qu'ils utilisent soit verte. Grâce aux investissements continus dans l'efficacité énergétique de nos centres de données, le cloud Microsoft est aujourd'hui jusqu'à 98 % plus économe en carbone que des infrastructures privées. Avec Fit for 55, nous souhaitons participer à la définition de standards communs pour mesurer la durabilité des centres de données, dans le cadre de la révision des règles d'efficacité énergétique et contribuer à l'objectif de centres de données climatiquement neutres d'ici 2030.

Mais les entreprises numériques ne peuvent pas, à elles seules, résoudre cette problématique. Nos centres de données et nos bureaux dans le monde entier consomment de l'énergie provenant d'une grande variété de sources. En premier lieu, nous sommes décidés à changer nos sources d'approvisionnement en énergie et nous allons continuer à innover dans nos contrats d'achat d'énergie afin d'introduire davantage d'énergie décarbonée sur le réseau et de retirer du réseau davantage d'énergie à forte intensité de carbone.

Et le réseau n'est pas la seule infrastructure que Microsoft peut contribuer à décarboner. En créant de nouveaux outils de mesure et d'analyse, nous pouvons également donner à nos clients les moyens de décarboner leurs propres opérations et infrastructures, et c'est bien là l'ambition de notre solution Microsoft Cloud for Sustainability. Enfin, nous devons également nous attacher à rendre nos services plus efficaces sur le plan énergétique, nos appareils plus faciles à recycler, avec un impact carbone moindre en termes d'émissions résultant de ses compo-

sants et matériaux. C'est pourquoi nous nous félicitons de l'attention que l'UE portera bientôt aux produits durables.

Vous avez récemment déclaré, en votre qualité de président de Microsoft, que les grandes entreprises du numérique devaient assumer la responsabilité du monde que leurs technologies ont contribué à créer. Vous avez également exprimé votre soutien aux initiatives de l'UE concernant la réglementation des « gardiens » ou intermédiaires numériques. Mais quelle est, à votre avis, la principale préoccupation et inquiétude de la société à l'égard de ces entreprises aujourd'hui, et quel type de réglementation semble approprié ?

Il est certain que si l'on se concentre sur la dynamique du marché, et non sur les questions sociétales que nous venons d'évoquer, il est compréhensible et même naturel de se focaliser sur le rôle des « *gatekeepers* » qui créent en fait des goulots d'étranglement dans l'économie. L'histoire du droit de la concurrence montre que cette préoccupation est un thème récurrent. On l'a vu par le passé pour les compagnies pétrolières et sidérurgiques, pour les chemins de fer, les téléphones, ainsi que pour l'informatique. L'essence du problème est que lorsqu'il y a un très petit nombre d'entreprises avec un pouvoir de marché conséquent, ces dernières peuvent se positionner en intermédiaires entre d'autres entreprises et leurs clients et consommateurs finaux. Ainsi, lorsque ces autres entreprises doivent passer par une plateforme d'intermédiation pour atteindre leurs clients, des préoccupations concernant la dépendance économique à cette plateforme peuvent apparaître.

Si l'on replace le débat dans une perspective historique plus large, les questions qui se posent aujourd'hui vis-à-vis de Google ne sont que les derniers chapitres d'une longue histoire qui a débuté avec Microsoft, IBM et AT&T. Les procès *antitrust* intentés contre Microsoft dans les années 1990 et au début des années 2000 reposaient sur le risque que Windows soit non seulement un passage obligé pour les consommateurs mais bloque, tel un goulot d'étranglement, l'émergence de nouveaux services concurrents, par exemple de nouveaux lecteurs multimédias, des solutions de courrier électronique grand public ou des navigateurs. Ces procès ont conduit à ce que Windows soit aujourd'hui une plateforme ouverte.

La question pour l'Europe est d'identifier les plateformes structurantes suscitant ces goulots d'étranglement. Les développeurs de logiciels, les créateurs de contenu, les annonceurs, la grande distribution, etc. s'appuient aujourd'hui sur une poignée de plateformes pour atteindre leurs clients. En d'autres termes, ces plateformes servent d'intermédiaires dans leurs relations avec les clients et fixent les règles du marché. Une boutique d'applications, presque par définition, est l'un des exemples les plus marquants de cette situation : il s'agit d'un intermédiaire par lequel les développeurs doivent passer pour atteindre leurs clients, les boutiques d'appli-

cations des systèmes d'exploitation mobiles les plus populaires faisant parfois peser une charge injuste sur les développeurs d'applications et excluant les applications innovantes. Je pense donc qu'il est approprié que les régulateurs prennent des mesures pour éliminer les blocages que ce modèle a créés. La publicité en ligne est un autre domaine où un réseau extrêmement élaboré de technologies et de pratiques contractuelles a créé une véritable barrière entre les annonceurs et les sites et applications qui ont un inventaire publicitaire à vendre, qu'il s'agisse de publicité sur les moteurs de recherche, de display ou sur Internet dans son ensemble.

Mais ce que les régulateurs ont conclu, à juste titre à mon avis, c'est que les questions soulevées par les *gatekeepers* aujourd'hui nécessitent des solutions à la fois en droit de la concurrence et dans de nouveaux types de directives et de règlements. C'est pourquoi nous soutenons les derniers efforts de l'UE pour adopter une réglementation tournée vers l'avenir, telle que la législation sur les marchés numériques » (*Digital Market Act*), afin de garantir que ces *gatekeepers* fonctionnent de manière équitable et ne compromettent pas la capacité des autres acteurs à faire face à la concurrence.

Et pourtant, la proposition de DMA a fait l'objet de nombreuses critiques, tant de la part des entreprises que du monde universitaire. Certains affirment qu'elle s'attaque en fait au mauvais problème en essayant d'améliorer le potentiel de concurrence des utilisateurs professionnels des *gatekeepers* grâce au partage des données, plutôt que de promouvoir la concurrence d'autres géants de la technologie et de produits et services complémentaires. Microsoft, en revanche, a soutenu avec force l'approche de l'Union européenne – pourquoi ?

Je pense qu'il faut ici distinguer deux sujets : quel est le problème auquel les régulateurs veulent s'attaquer, et quelle est la solution appropriée ?

Le problème, à mon sens, vient du fait que les plateformes d'intermédiation disposant d'un pouvoir de marché important sont en mesure, dans les faits, de fausser la concurrence. Ce pouvoir peut se traduire par des tarifications élevées associées à leur position monopolistique, c'est précisément le débat sur les pratiques commerciales des boutiques d'applications. Dans d'autres cas, il se reflète dans leur capacité d'auto-référencement, et je pense vraiment qu'il existe des exemples de ce type de comportement. Une troisième dimension du problème est le risque de pratiques de contrôle d'accès aux marchés, provoquant ainsi des freins à l'innovation et à la croissance d'un secteur. Par exemple, lorsque vous obligez à effectuer les achats dans une application et que vous refusez aux entreprises la possibilité d'informer leurs clients de modes d'achat alternatifs, lorsque vous restreignez les possibilités de commercialiser des bouquets de services, alors vous réduisez considérablement la croissance naturelle du marché.

Le problème se révèle donc protéiforme, la solution doit donc l'être également. La solution peut impliquer le partage des données et la définition de lignes claires afin d'interdire certaines pratiques anti-concurrentielles.

Historiquement, cela a également été le cas pour Windows. Diverses règles ont été imposées à Microsoft, que nous suivons encore aujourd'hui, qui visent à garantir que nous ne créons pas de préférence ou de blocage inapproprié ou indu s'agissant des navigateurs, des abonnements de streaming musical ou encore des services de courrier électronique. L'action combinée des décisions judiciaires, de nos engagements et de la définition de principes volontaires a fait de Windows une plateforme ouverte. Les interfaces utilisées par les produits logiciels de Microsoft sont ouvertes, documentées et accessibles par tous, ce qui a permis à de nombreuses plateformes numériques et services en ligne de premier plan de se connecter à leurs utilisateurs et de prendre pied sur le marché.

Et regardez les services qui sont populaires sur Windows à l'heure actuelle : le navigateur le plus populaire est celui de Google, le service de streaming musical le plus populaire est celui de Spotify, le service de courrier électronique grand public le plus populaire est celui de Google. Cette approche s'est donc avérée efficace pour empêcher des pratiques de traitement préférentiel de Microsoft en faveur de ses propres services.

Mais il y a peut-être quelque chose de nouveau dans les préoccupations que nous avons aujourd'hui. Peut-être que cette fois-ci, l'inquiétude du public porte sur le fait que les gatekeepers pourraient étouffer la concurrence sur le marché des idées, plutôt que sur le marché lui-même : des préoccupations plus politiques et moins purement économiques.

Les préoccupations du public sont en réalité multiples, comme en témoigne la grande variété d'initiatives réglementaires qui émergent s'agissant des entreprises du numérique.

Nous venons d'échanger sur des questions de régulation du marché et d'application du droit de la concurrence. Dans votre question, vous faites également référence aux problématiques de cybersécurité et de régulation des contenus.

Il s'agit en effet d'un problème majeur en Europe comme dans le reste du monde, qui concerne certaines des entreprises dont nous avons parlé. Mais les questions qui nous intéressent de ce point de vue sont tout à fait distinctes. En fait, même en ce qui concerne la sécurité numérique, nous sommes confrontés à un défi à multiples facettes : nous devons protéger nos enfants, nous devons nous protéger contre le terrorisme en ligne et l'extrémisme violent, nous protéger face aux discours de haine ou face à la diffusion de la désinformation. Cela nécessitera une collaboration multipartite sur un éventail de solutions, allant des outils techniques à la sensibilisation

des plus jeunes par des programmes d'alphabétisation numérique - comme le souligne le nouvel appel du Président de la République E. Macron à « défendre les droits des enfants dans l'environnement numérique ». Une troisième préoccupation se fait également jour, celle de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression. La cybersécurité en est une quatrième. Les récentes évolutions en matière de réglementation des télécommunications et de la connectivité en sont une cinquième. Dans certains pays, nous voyons apparaître un ensemble de règles de sécurité nationale, y compris la protection des infrastructures critiques, qui constitue un sixième sujet de préoccupation. Et je suis persuadée qu'émergeront prochainement un ensemble de réglementations sur l'empreinte environnementale du numérique.

Chaque jour, sept à huit initiatives réglementaires touchent aux entreprises du numérique. Et chaque initiative réglementaire est un phénomène radicalement différent et, dans une certaine mesure, répond à un problème différent.

Dans un autre domaine, Microsoft a récemment exprimé son soutien à l'initiative de l'UE en faveur d'une « souveraineté numérique européenne ». Microsoft a également déclaré que « l'Europe est dans une position unique, avec son histoire et ses traditions, pour mettre en œuvre la souveraineté numérique ». Mais en quoi consiste la souveraineté numérique et pourquoi pensez-vous que l'Europe peut réellement tenir sa promesse ?

La souveraineté territoriale telle que nous la connaissons aujourd'hui partout dans le monde a été créée en Europe ; elle est issue de la paix de Westphalie et s'est répandue par la suite dans le monde entier. Je suis convaincu que l'Europe est aujourd'hui en excellente position pour répondre aux préoccupations du 21^{ème} siècle en matière de souveraineté numérique, et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, elle en comprend bien les enjeux. Lorsque je rencontre des représentants des États européens, il me semble qu'ils ont une conception précise du problème qu'ils veulent résoudre. La souveraineté numérique se résume en général pour eux à trois enjeux clés : la défense de leur sécurité nationale, la protection de la vie privée et des droits de leurs citoyens, et la promotion de nouvelles opportunités économiques pour leurs citoyens et entreprises. Et il est certain que la transition de l'Europe vers la « décennie numérique » nécessite une infrastructure et des services numériques sûrs et fiables permettant aux entreprises et aux citoyens européens d'exploiter la valeur de leurs données. L'Europe a donc un intérêt évident à garder le contrôle de ses données, et l'objectif d'une « souveraineté numérique » fait référence à cet impératif de contrôle.

L'Europe est également bien placée parce qu'elle a au cours des 30 dernières années été à l'avant-garde de l'évolution du concept de souveraineté lui-même, en permettant aux nations de conserver leur souveraineté et de

collaborer d'une nouvelle manière au niveau international. L'UE est l'un des meilleurs exemples de modèle réussi de maintien de la souveraineté et de définition de règles communes, voire d'une stratégie commune, au-delà des frontières nationales. La technologie numérique traverse évidemment et par définition les frontières, et elle le fait à l'échelle mondiale, à moins qu'un gouvernement ne soit en mesure de l'arrêter.

Ainsi, avec cette capacité à encourager la collaboration transfrontalière, les gouvernements européens peuvent capitaliser sur de nombreuses ressources. C'est pourquoi nous pensons que l'Europe est et restera à l'avant-garde de cette question. En adoptant une approche fondée sur des règles communes, l'Europe peut tirer parti des opportunités de l'économie numérique sans compromettre son engagement de plusieurs décennies en faveur d'un marché intérieur compétitif et ouvert.

Votre réponse nous amène à la question du rôle que l'UE pourrait jouer en tant que puissance normative mondiale pour façonner l'avenir de l'économie numérique. En effet, les principales juridictions semblent être confrontées à de profonds désaccords sur la manière dont l'économie numérique doit être réglementée, ce qui se traduit par un rôle accru de l'action réglementaire unilatérale. Mais, comme l'a récemment souligné Anu Bradford, dans de nombreux domaines, les actions réglementaires de l'UE bénéficient d'un « effet Bruxelles ». Microsoft est l'exemple type d'une entreprise qui a décidé d'appliquer à tous les marchés des normes strictes fixées unilatéralement par l'UE (par exemple, en matière de protection de la vie privée). Comment expliquez-vous cet effet ? Et pensez-vous qu'il va durer, alors que le rôle de standard setter est, naturellement, également revendiqué par d'autres juridictions, et en particulier par la Chine, à la suite de la récente « répression » de Xi Jinping contre les grandes entreprises du numérique ?

Il y a effectivement eu un important « effet Bruxelles ». L'Union européenne, avec le leadership de la Commission européenne, a très bien réussi à établir des normes et même des lignes directrices et des réglementations détaillées qui ont été appliquées en Europe et ont influencé le reste du monde. Si vous prenez l'exemple du RGPD, la réglementation s'est rapidement répandue dans le monde entier en partie parce qu'il n'y avait pas vraiment de modèle alternatif ou concurrent. L'Europe a donc eu l'avantage d'être la première à proposer un modèle que les entreprises du numérique ont rapidement mis en œuvre. Et elle a réellement posé les termes du débat partout : toute conversation sur la vie privée commence aujourd'hui par une conversation sur le RGPD.

L'« effet Bruxelles » est encore important, mais nous pouvons également percevoir de réels changements. Nous sommes entrés dans une nouvelle ère de relations internationales pour la réglementation des technologies, avec un monde à la fois multipolaire et très diversifié. La situation est très différente de celle que l'on a connu pendant les débats relatifs au RGPD, il y a environ une

décennie. Maintenant, prenez le DMA ou le DSA, ou toute autre proposition débattue à Bruxelles, et vous trouvez de multiples autres juridictions débattant des mêmes sujets. Le Royaume-Uni s'est rapidement imposé comme une puissance réglementaire majeure, Londres et Bruxelles travaillant simultanément sur des sujets similaires. On observe aussi des actions similaires aux États-Unis, comme un nouveau cycle d'initiatives en Chine. L'Union européenne, le Royaume-Uni, les États-Unis et la Chine sont les grands pays dans lesquels des initiatives réglementaires voient le jour, et je pense que l'Inde pourrait facilement rejoindre ce cercle. D'autres pays sont également très influents, en partie parce qu'ils agissent rapidement et qu'ils ont des capacités, à l'image de l'Australie, de la Corée du Sud ou du Japon, qui exercent une influence considérable sur les questions numériques. Prenez la Corée du Sud : son Parlement a déjà adopté une loi sur la réglementation des boutiques d'applications, tandis que l'UE continue de débattre de la question à travers le la DMA.

Nous entrons donc dans une ère différente, dans laquelle le véritable objectif de la réglementation des technologies consiste à trouver un juste équilibre, à encourager les entreprises du numérique à faire preuve de davantage de responsabilités et à mettre en œuvre de nouvelles mesures qui garantiront que la technologie soit soumise à l'État de droit. Les régulateurs aiment être des leaders et établir des normes, et c'est une bonne chose, mais nous nous observons une coopération de plus en plus forte entre les régulateurs/gouvernements au niveau international. L'effet Bruxelles des années 2030 ne ressemblera peut-être pas à celui du passé, à savoir adopter des normes et regarder les autres États débattre de la proposition, mais discuter avec d'autres régulateurs dans le monde afin d'agir ensemble dans le cadre d'actions concertées.

Aujourd'hui, les idées circulent et la clé pour exercer une influence mondiale n'est plus d'attendre que la proposition soit prête et de suggérer que tout le monde la copie, mais d'être constructif en étant un véritable partenaire pour les autres gouvernements dans la réflexion sur un même sujet. Et c'est bien ce que j'observe à Bruxelles, à Paris, à Berlin, à Londres, à Washington...dans les autres grandes capitales qui se sont emparées de ces thématiques.

Mais pas à Pékin ?

Si vous regardez la liste des propositions réglementaires qui émergent en Chine, elles sont à la fois similaires et très différentes. L'approche de la réglementation peut varier en ce qu'elle reflète les valeurs et priorités fondamentales de chaque gouvernement.

À cet égard, l'Europe a un avantage naturel, car les valeurs européennes se sont très souvent répandues dans le monde. Partout, citoyens et gouvernements parlent de leurs propres valeurs, mais si j'ai une conversation aux États-Unis sur les valeurs américaines, la plupart d'entre elles sont en réalité nées dans la Grèce antique, se sont

retrouvées en France et en Angleterre, puis ont traversé l'Atlantique dans les années 1700.

Les valeurs européennes sont fondamentalement humanistes et ce sont les valeurs auxquelles adhèrent la plupart des démocraties dans le monde. Par conséquent, un monde où l'Europe ne se contente pas de faire avancer ses propres propositions réglementaires, mais le fait en collaboration permanente avec le reste du monde, conduira probablement à une réglementation technologique plus cohérente et à la consécration de valeurs qui sont, pour moi, intemporelles, pour un secteur numérique en constante évolution.

Ce que votre réponse semble indiquer, c'est la nécessité d'une collaboration, notamment entre des régulateurs aux vues similaires, ce qui soulève la question de la relation entre les États-Unis et l'UE. Il est clair que les deux ont encore plus en commun que ce qui les sépare et partagent beaucoup des valeurs dont vous avez parlé. On pourrait s'attendre à ce que, sur ces questions, les deux s'alignent plus facilement. Mais cela ne semble pas être le cas actuellement : les entreprises doivent faire face aux implications de l'arrêt Schrems II de la CJUE, et il n'est pas certain qu'une convergence se profile à l'horizon. Microsoft, pour sa part, a récemment lancé un appel pressant en faveur d'une « alliance technologique transatlantique », comme voie à suivre pour la coopération en matière de démocratie, de confiance et d'équité dans l'économie numérique. En quoi consiste cette initiative et êtes-vous optimiste quant à l'avenir proche ?

En fait, à bien des égards, je dirais que nous avons probablement eu une alliance transatlantique dans le domaine de la technologie plus importante que nous ne le réalisons ou n'en parlons parfois. Peut-être prenons-nous beaucoup de choses pour acquises, peut-être même trop pour acquises. Il y a clairement beaucoup plus de similitudes que de différences entre l'Europe et l'Amérique du Nord, les États-Unis y compris. Évidemment, il y a aussi des différences. Par exemple, l'UE est plus prompte à réglementer qu'à laisser le marché s'autoréguler, alors que c'est le contraire aux États-Unis. Mais si vous regardez de plus près les propositions politiques de l'administration Biden, la législation qui émane de la U.S. House Committee on the Judiciary, et ainsi de suite, les discussions sont remarquablement similaires. Même si, d'un côté de l'Atlantique, une est un contrôleur d'accès au marché et, de l'autre, un partenaire commercial essentiel, ce qui inquiète les régulateurs est la même chose : les goulets d'étranglement potentiels dans l'économie numérique.

Les défis surgissent, en revanche, lorsque l'on aborde les questions de vie privée, ou de vie privée et de sécurité nationale. Nous nous trouvons dans ce cycle depuis 2013, avec les révélations de Snowden, de nouvelles interrogations apparaissant à intervalle régulier, pour aboutir au remplacement du Safe Harbour par le Privacy Shield, qui a ensuite été invalidé par l'arrêt Schrems II. Nous avons maintenant besoin de toute urgence d'une nouvelle solution transatlantique.

Nous devons de toute urgence définir un terrain d'entente et un compromis, et cela devrait être une question de semaines ou de mois, car nous ne pouvons pas nous permettre de continuer à attendre. La coordination de la gouvernance technologique est essentielle pour l'avenir de la relation transatlantique et est essentielle pour permettre à l'UE et aux États-Unis de faire émerger des normes réglementaires internationales. Avec des groupes de travail spécifiques, le nouveau Conseil du Commerce et des technologies UE - États-Unis fondé en juin 2021 devrait être un élément essentiel de la coopération transfrontalière.

L'alliance technologique peut commencer par l'identification de nos principes communs, guidés par notre engagement partagé en faveur des valeurs démocratiques et de l'utilisation responsable des technologies numériques. Mais il reste encore beaucoup à faire pour renforcer la confiance du public dans les technologies numériques, notamment en ce qui concerne l'IA et l'utilisation et les avantages des données. Je suis heureux de voir l'administration Biden s'engager avec les propositions législatives de la Commission européenne sur l'IA, et espère vivement que cela pourrait être une base pour une future coopération réglementaire. Mais l'alliance transatlantique doit également renforcer notre engagement commun en faveur de marchés ouverts, permettant aux entreprises des deux côtés de l'Atlantique de collaborer, de se développer et de prospérer. À cet égard, il convient de travailler davantage à la mise en œuvre d'une solution durable pour les flux de données transatlantiques, afin de contrer les incertitudes créées par la décision Schrems II. Idéalement, de nouveaux accords entre les États-Unis et l'Union européenne sur la protection de la vie privée et l'accès légal aux données ouvrirait la voie à un consensus sur la circulation transfrontalière des données entre les alliés et partenaires démocratiques de confiance du monde entier.

Un autre domaine dans lequel il faut travailler davantage est la définition de principes communs pour le commerce numérique et de règles qui rendent les chaînes d'approvisionnement technologiques plus sûres et plus résilientes. Là encore, une alliance entre l'UE et les États-Unis pourrait leur permettre de promouvoir conjointement des principes dans les enceintes multilatérales telles que l'OCDE et l'OMC. Mais pour que tout cela réussisse, les acteurs industriels et la société civile doivent également être impliqués dans le processus d'élaboration de nouveaux principes, normes et réglementations. Chez Microsoft, nous sommes convaincus qu'il s'agit d'une responsabilité partagée.

La cybersécurité et la cyberguerre constituent une autre question pour laquelle il semble nécessaire et urgent d'encourager la coopération internationale multipartite, et pour laquelle il est bien connu que vous avez un intérêt personnel marqué. En effet, il semble qu'il y ait aujourd'hui un appel politique fort pour une plus grande coordination internationale sur la définition du cadre de surveillance de l'utilisation des technologies numé-

riques dans la cyberguerre, ainsi que la promotion de contenus violents et terroristes (prenez, par exemple, l'appel de Christchurch et l'appel de Paris encore plus récent). Quels sont, de votre point de vue personnel et du point de vue d'une entreprise mondiale telle que Microsoft, les principaux défis à cet égard aujourd'hui ? Le cadre normatif international existant (par exemple, les conventions de Genève) est-il adapté à la situation, et quelles autres mesures doivent être prises, selon vous ?

Nous sommes actuellement confrontés à trois types de cybermenaces qui sont probablement plus connectées les unes aux autres que nous ne le pensons. La première est celle des attaques d'État-nation : des attaques contre d'autres gouvernements ainsi que contre des infrastructures critiques et des entreprises du numérique, soit à des fins d'espionnage, soit pour perturber potentiellement une économie, comme nous l'avons en effet vu en Ukraine en 2017. De même, le récent piratage de SolarWinds a constitué un momentum démontrant les forces et les faiblesses inhérentes à la technologie et illustré la mesure dans laquelle elle était devenue à la fois un outil défensif et une arme offensive. Et peut-être plus que tout, il a montré au monde l'ampleur du travail que nous devons accomplir pour gérer toutes les implications des inventions qui refaçonnent le siècle dans lequel nous vivons.

La deuxième est celle des attaques par ransomware, qui sont orchestrées par des organisations criminelles pour extorquer des fonds aux organisations. Il est important de reconnaître que ces groupes prospèrent fondamentalement parce que certains gouvernements leur permettent de prospérer. Les gouvernements doivent protéger les citoyens contre la cybercriminalité et appliquer des cadres de cybersécurité efficaces.

Et le troisième aspect est la désinformation, où nous devrions être particulièrement préoccupés par les campagnes parrainées par des gouvernements étrangers. Ce troisième aspect est une menace exponentielle pour la démocratie. Une démocratie exige que les gens partagent au moins une compréhension commune des faits, avant de pouvoir commencer à débattre des implications à tirer de ces faits. Lorsque la désinformation alimente un désaccord fondamental sur les faits de base, la démocratie elle-même est en danger.

Ces trois menaces proviennent principalement d'une poignée de pays. La Russie, la Chine, l'Iran et la Corée du Nord sont les quatre pays qui suscitent le plus d'inquiétudes. Et il est évident que nous devons renforcer nos défenses en conséquence. La nature de ces défenses peut varier, mais tout commence par une meilleure détection des menaces, afin que nous puissions identifier ces attaques, alerter les organisations et les agences dédiées à la cybersécurité des États et réagir plus rapidement. Il existe toute une série de mesures qui, nous le savons, peuvent déjouer en grande partie, voire en totalité, ces menaces, en particulier les attaques plus traditionnelles de cybersécurité et de ransomware. Il existe un ensemble

de « bonnes pratiques » en matière de cybersécurité qui doivent être mises en œuvre et prises au sérieux. Et cela renvoie en partie à l'un des premiers sujets que nous avons abordés, à savoir l'inclusion numérique : l'un des défis auxquels nous sommes confrontés aujourd'hui est la pénurie de main-d'œuvre qualifiée pour répondre aux besoins en matière de cybersécurité. Nous devons désormais nous concentrer sur les initiatives de formation dans ce domaine.

Mais en définitive, la réponse à ces défis repose sur les fondements de l'État de droit. Or, les concepts qui sous-tendent l'État de droit doivent évoluer pour rester à jour face aux nouveaux défis posés par la cybersécurité, et nous voyons donc de nouvelles lois sur la sécurité et des initiatives de sécurité numérique devenir de plus en plus importantes. Le droit international et les normes internationales sont de la plus haute importance à cet égard.

Dans la mesure où nous ne pouvons pas encore disposer de normes internationales en l'absence d'un consensus universel, nous avons absolument besoin que les démocraties du monde s'unissent et travaillent ensemble.

Il est très encourageant à cet égard de voir que le gouvernement français se saisit de ces problématiques sur le plan diplomatique se saisisse de ces problématiques. Je pense que l'Appel de Paris de novembre 2018 a constitué un pas significatif, en définissant neuf grands principes directeurs pour sécuriser le cyberspace. Parmi ceux-ci, je crois que nous devrions surtout nous concentrer sur le troisième, c'est-à-dire la défense des processus électoraux, en ce qu'il est fondamental pour la protection des institutions qui sont nécessaires au bon fonctionnement de toute société démocratique.

Un dernier point important à noter : au 21^{ème} siècle, le multilatéralisme ne sera couronné de succès que s'il s'accompagne de partenariats multipartites associant les gouvernements, la société civile et les entreprises (*multistakeholderism*). La grande vision du Président de la République française E. Macron, soutenue par d'autres dirigeants à l'image de la première ministre néo-zélandaise Jacinda Ardern, et tant d'autres, a été de reconnaître que les questions soulevées par les technologies numériques exigent que les gouvernements, la société civile et les entreprises soient réunis. Le cyberspace est en réalité constitué d'un espace réel, détenu et exploité par des individus ou des entreprises du secteur privé, et non par des gouvernements ; il suffit de penser aux centres de données ou aux câbles sous-marins. On pourrait croire qu'il s'agit d'un problème lié aux grandes entreprises, mais la vérité aujourd'hui est que le cyberspace s'étend à tous nos foyers, il se trouve littéralement dans nos poches sous la forme de nos smartphones. Nous sommes donc tous concernés, et devons tous travailler ensemble pour donner aux États les moyens de prendre les meilleures décisions possibles. Il s'agit de donner la parole à toutes les parties prenantes concernées.



Corinne Lepage • Avocat à la Cour, docteur en droit, ancienne Ministre de l'environnement et ancienne eurodéputée

Justice climatique en Europe : le rôle croissant des juges

146

Avec le Green Deal, la loi Climat, la taxonomie européenne, les 14 directives nouvelles ou à modifier, l'Europe a incontestablement pris la mesure de l'ampleur du défi climatique et engagé une profonde réforme juridique pour adapter les textes aux objectifs qui ont été fixés, à savoir réduire de 55% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 par rapport à 1990. Certes, certains auraient souhaité que l'objectif soit plus ambitieux et monte jusqu'à 65%, ce qu'a du reste décidé l'Allemagne ou encore la Grande Bretagne. Mais l'écart est déjà très important et nécessitera des transformations beaucoup plus profondes que celles auxquelles la plupart de nos concitoyens songent aujourd'hui.

Ce n'est pas en effet une demi-mesure mais bien une transformation de l'ensemble de la Société de telle sorte que l'expression « transition écologique » habituellement utilisée paraît quelque peu inapproprié. Il ne s'agit pas en effet d'une transition. Le mot *transition* par définition implique d'aller d'un point à un autre, le point d'arrivée étant parfaitement connu. En l'espèce, le point d'arrivée est inconnu pour la bonne et simple raison que d'une part, nous sommes dans une dynamique qui doit nous conduire à 2050 et à la neutralité carbone et d'autre part, que les événements qui ne manqueront de se produire d'ici là et même d'ici 2030 vont encore considérablement changer la donne. De plus, il y a dans le terme transition une forme de message subliminal consistant à dire que l'on peut laisser du temps au temps ; mais dans la réalité, le changement sera brutal et rapide et le terme de transition paraît donc inapproprié.

Il en va tout autant du terme *écologique*. Si les défis à relever sont effectivement ceux auxquels sont confrontées les Sociétés contemporaines du fait du dérèglement climatique, de la 6^{ème} extinction des espèces et des pandémies à prévoir à répétition sans parler des pathologies environnementales, ce n'est pas pour autant que la trans-

formation peut être limitée à l'écologie en elle-même.

Certes, cette transformation est écologique dans la mesure où les limites planétaires constituent désormais l'alfa et l'oméga de l'organisation de notre Société, à commencer par les modes de production et de consommation qui doivent s'adapter à ces limites alors que jusqu'à présent, ce sont plutôt les limites planétaires qui devaient faire avec la croissance économique sans limite. Mais, pour autant, le sujet ne se limite pas à l'écologie. Il concerne l'économie, le social, la gouvernance, en somme : l'ensemble de la Société et c'est la raison pour laquelle parler de transition écologique paraît quelque peu limité.

Quoi qu'il en soit, l'ambition européenne est indéniable. L'implication européenne dans la lutte contre le dérèglement climatique, et progressivement pour l'adaptation au changement climatique, ne se limite pas à l'énoncé de règles ni à la mise à disposition de milliards d'euros pour financer la transition, même si c'est absolument central. Sur un plan juridique, l'Europe se caractérise par une jurisprudence particulièrement avancée dans le cadre de ce qu'on appelle la justice climatique (1) qui peut conduire à terme à des changements dans l'organisation des pouvoirs eux-mêmes (2).

1. Le rôle phare des juges européens dans la justice climatique

1.A. Innovations jurisprudentielles en cascade

L'Europe occupe une place centrale dans l'évolution de la justice climatique. Le sujet de la justice climatique est un sujet planétaire puisque que près de 2.000 procès se déroulent dans le monde, dans tous les continents avec une jurisprudence assez riche en Amérique du Sud notamment. Cependant, force est de constater que l'Europe est en pointe sur les jurisprudences en particulier en matière de droit public, mais progressivement, en matière de droit privé également.

Sur le plan du droit public, la première grande décision rendue est européenne puisqu'il s'agit de la jurisprudence *Urgenda* inaugurée par les Pays-Bas en 2019. La décision rendue par la Cour suprême des Pays-Bas, le 20 décembre 2019 est assurément une décision historique à plus d'un titre. D'une part, les questions qui sont tranchées vont bien au-delà des Pays-Bas, d'autre part la base juridique est celle du droit communautaire et du droit conventionnel européen et enfin, cette décision a été et reste de nature à servir de précédent international.

Cette décision de la Cour suprême qui fait suite à deux décisions favorables pour l'Association *Urgenda* (qui signifie urgence d'agenda) rappelle tout d'abord les connaissances scientifiques relatives au dérèglement climatique et les engagements des États, notamment du fait de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et de l'accord de Paris sur le climat. Les obligations des Pays-Bas et les résultats obtenus étant rappelés, la Cour tranche toute une série de questions de droit

qui répond aux objections qui étaient celles des Pays-Bas mais qui de manière plus générale sont celles de tous les Etats confrontés à la même problématique.

Tout d'abord, l'obligation pour une Etat de « faire sa part » résulte des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, sur la base des travaux du GIEC, fixaient l'obligation de réduire d'au moins 25 à 40% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020 pour les pays de l'annexe 1 à laquelle appartiennent les Pays-Bas. L'objectif de 25% est donc considéré par la Cour comme un objectif internationalement reconnu à la charge de l'État. Il lui revient bien sûr le soin de déterminer les mesures concrètes pour y parvenir.

En second lieu, la Cour considère que les articles 2 et 8 s'appliquent, la prise en compte de mesures appropriées étant obligatoire s'il existe un risque réel et immédiat, c'est-à-dire un danger menaçant directement les personnes impliquées. S'agissant de l'article 8, il s'applique et joue pour la population dans son ensemble ; cette obligation comprend des mesures préventives conformes au principe de précaution réaffirmé clairement à deux reprises par la Cour et des mesures de réparation.

En troisième lieu, la Cour répond à l'argument selon lequel les États membres ne seraient pas individuellement tenus d'une quelconque obligation du fait de l'appartenance à l'Union européenne. La Cour rejette de manière claire cette prétention considérant que chaque partie est responsable de sa « part » et donc peut être appelée à rendre compte, c'est-à-dire, à assumer sa part de responsabilité, y compris sur le plan contentieux. La faible part des émissions des Pays-Bas dans les émissions globales n'est pas prise en considération par la Cour.

Sur le plan procédural, la Cour reconnaît la recevabilité de l'action menée par l'Association en considérant que le regroupement d'intérêts est par excellence efficace et efficient, et qu'il est donc conforme à l'article 2, paragraphe 5 de la convention d'Aarhus et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, la Cour souligne le rôle du Juge qui repose sur le fait que l'Etat a une obligation légale qu'il peut être condamnée à remplir, sauf s'il existe un motif d'exception visé par la loi néerlandaise. Le Juge rappelle que s'il ne doit pas s'immiscer dans la prise de décisions politiques quant à l'opportunité d'une législation, il lui appartient de rendre une déclaration de justice qui équivaut à ce que l'organisme concerné ait agi illégalement en n'adoptant pas de législation appropriée.

Après les Pays-Bas, la France a franchi le cap de la justice climatique. La base juridique des deux arrêts Grande-Synthe rendus par le Conseil d'Etat le 1er février et 1er juillet 2021 diffère de celle retenue par la Cour Suprême des Pays-Bas. Le Conseil d'État a en effet refusé de s'appuyer sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme il a refusé de s'ap-

puyer directement sur les accords de Paris, reconnaissant en quelque sorte les droits humains du climat.

En revanche, il prend assise sur la législation nationale et la trajectoire bas carbone fondée sur les engagements pris par les accords de Paris qui s'imposent à l'Etat, pour constater d'une part, la carence climatique sur la période 2016 - 2019 et d'autre part, l'insuffisance des mesures prises pour rester dans l'objectif fixé pour 2030. Il doit être précisé ici que l'arrêt du Conseil d'Etat est intervenu avant que l'objectif de 2030 ne soit réhaussé de 40 à 55%. Le Gouvernement français a un délai au 22 mars pour modifier sa politique.

L'intérêt de l'arrêt du Conseil d'Etat réside non seulement dans le fait de juger en 2021 de la capacité ou non de l'Etat d'atteindre ses objectifs pour 2030 mais également dans la procédure d'injonction utilisée pour contraindre l'Etat à agir, même si cette procédure d'injonction, en réalité, est peu contraignante puisqu'avant qu'une astreinte ne soit prononcée, il faut généralement une à deux décisions de justice supplémentaires.

La troisième décision, extrêmement novatrice à souligner, est celle rendue par la Cour de Karlsruhe à propos de la loi climatique allemande. Cette décision, rendue le 29 avril 2021, présente une différence par rapport aux deux précédentes en ce qu'elle a une portée universelle.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle permet la recevabilité de la requête déposée par les citoyens mais non celle des Associations en considérant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fonde pas leur droit pour agir ; elle conforte la position hollandaise en rappelant que le devoir de protection imposé à l'Etat par la loi fondamentale, à savoir la protection de la vie et de l'intégrité physique, inclut la protection contre les atteintes entraînées par les dégradations de l'environnement, quels qu'en soient les auteurs et quelles qu'en soit les causes. Elle inclut le devoir de protéger la vie et la santé humaine contre les dangers climatiques et reconnaît un devoir de protection objectif.

La portée universelle réside dans la référence aux droits des générations futures. La Cour constitutionnelle reconnaît en effet que la trajectoire prévue jusqu'en 2050 ne permet pas d'assurer que les droits et libertés des générations vivant en 2030 pourront être protégées.

La Cour rappelle également, comme l'avait la Cour hollandaise, que le fait que les émissions de gaz à effet de serre soient produites par d'autres États en quantité beaucoup plus importante ne change rien aux obligations qui incombent à l'État et qu'au contraire, il y a une nécessité constitutionnelle pour l'Allemagne de prendre ses propres mesures. Allant plus loin, elle juge que l'Allemagne doit s'abstenir d'actions susceptibles d'inciter d'autres Etat à miner la coopération internationale.

Elle ouvre également une nouvelle perspective en considérant que si la lutte contre le changement clima-

tique ne bénéficie pas d'une primauté absolue par rapport aux autres intérêts en jeu, il n'en demeure pas moins que toute activité susceptible de conduire à un dépassement du seuil de température ne pourrait se justifier que lorsque des conditions strictes sont remplies, par exemple un motif de protection des droits fondamentaux.

On peut citer, dans une moindre mesure, une décision rendue en Belgique comme illustrant la montée en puissance de la justice climatique en Europe. En effet, par une décision rendue par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 17 juin 2021, à la demande de la SBL Klimaatzaak et 8.400 citoyens, soutenus par 50.000 personnes, ce Tribunal a condamné l'Etat fédéral et les trois régions pour n'avoir pas agi avec suffisamment de vigueur contre le changement climatique. En revanche, le Juge belge a refusé de s'engager dans une procédure d'injonction considérant que cela le conduisait au-delà de ses propres compétences.

On pourra ajouter la recevabilité très inhabituelle, c'est-à-dire sans aucun épuisement préalable des voies de recours, par la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'une demande formulée par 6 jeunes Portugais contre les 33 États membres du Conseil d'Europe pour n'avoir pas adopté suffisamment de mesures de protection à leur égard au regard du changement climatique.

Ainsi, ces différentes décisions dessinent-elles un paysage tout à fait nouveau pour la justice climatique dans lequel le Juge se fait l'arbitre de la manière dont les États s'investissent suffisamment ou pas dans les politiques de lutte contre le dérèglement climatique.

1.B. Entreprises et justice climatique

L'innovation jurisprudentielle ne s'arrête pas aux portes du pouvoir. Elle pénètre également les entreprises. Dans les 1.800 ou 2.000 procès de justice climatique existant dans le monde, un certain nombre d'entre eux visent directement les entreprises soit pour l'écoblanchiment (ou « *greenwashing* ») soit pour publicité mensongère sur l'action climatique, tandis que quelques actions en responsabilité doivent encore être jugées.

A cet égard, il faut considérer le jugement rendu le 26 mai 2021 par le Tribunal de première instance de La Haye dans l'affaire Shell ; jugement depuis frappé d'appel. Cette décision néerlandaise, outre le fait qu'elle est une première sur le plan chronologique est également une première sur le plan juridique.

La demande portée par l'Association Milieue defensie à l'encontre de la société RDS Holding chargée d'établir la politique générale du groupe Shell regroupant plus de 1.000 entreprises Shell, portait sur la reconnaissance du caractère illicite des millions de tonnes de CO₂ émises par ces entreprises et visait à réduire le volume des émissions directement et indirectement d'au moins 45% par rapport au niveau de 2019 au plus tard à la fin de l'année 2030.

Dans cette décision extrêmement commentée, le tribunal a reconnu la responsabilité de la holding en considérant que l'adoption de la politique de l'entreprise avait bien une influence sur les émissions de CO₂ qui contribuait à créer un dommage environnemental pour les résidents néerlandais, que la Holding déterminait la politique générale du groupe, et que la chaîne de valeur exerçait une influence en matière d'élaboration des politiques en général.

Après avoir reconnu que c'est bien la Holding qui portait la responsabilité aux côtés des sociétés du Groupe Shell, le tribunal a considéré que celle-ci devait réduire ses émissions de 45 % à la fin de l'année 2030 ; qu'il s'agissait d'une obligation de résultat pour les activités du groupe Shell qui concernait non seulement les relations commerciales du Groupe mais également les utilisateurs finaux.

La base légale retenue par le tribunal est une norme non écrite de diligence conformément au Code civil néerlandais. Pour déduire que cette norme non écrite de diligences devait contribuer à la prévention du changement climatique, le tribunal s'est fondé sur les droits de l'homme mais aussi à la *soft law* approuvée par RDS comme les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, le Pacte Mondial des Nations Unies, les principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales.

Il s'agit donc là d'une utilisation extrêmement poussée de la *soft law* et également du principe de précaution même si le terme n'est pas utilisé puisque le tribunal se réfère à la formule suivante : « conformément à la compréhension scientifique et technique des risques lorsqu'il existe des menaces de dommages graves à l'environnement compte tenu de la santé et de la sécurité des personnes, ne pas invoquer l'absence de certitude scientifique absolue pour différer l'adoption de mesures efficaces par rapport à leur coûts visant à prévenir ou à réduire au minimum ces dommages ».

Sans doute, d'autres actions notamment en France mettent en cause le devoir de vigilance des entreprises qui résulte de la loi Sapin II, mais aucune décision n'est encore intervenue sur ce fondement dans l'espace hexagonal.

De ce bref résumé, il résulte clairement que la jurisprudence européenne a une portée universelle du fait de la référence à la convention européenne des droits de l'homme et donc indirectement à la convention universelle des droits de l'homme, à la *soft law* appliquée dans le monde entier, et du fait de la référence aux générations futures. C'est une invitation à une transformation planétaire du droit du climat et de la justice climatique.

Les transformations à venir concernent également les rapports entre les différentes forces en présence et la gouvernance.

2. De nouveaux rapports entre les différents acteurs de la société

2.A. Un nouveau rôle pour les juges suprêmes

Tout d'abord, il faut bien comprendre que ce mouvement de justice climatique met le juge au centre du débat. A titre d'exemple, le conseil d'Etat en la personne de son vice-président a participé à deux webinaires organisés par l'Université de Yale pour commenter les deux arrêts Grande-Synthe.

Cette prise en charge par les juges et notamment les cours suprêmes de la survie de l'humanité face au changement climatique se traduit par les références croissantes aux articles 8 et surtout 2 de la Déclaration des droits de l'homme comme dans la reconnaissance que les droits climatiques sont des droits humains, reconnaissance également établie dans de nombreuses juridictions d'Amérique latine et du Sud.

Cette montée en puissance des juges est rendue possible par les recours. Ces recours émanent d'entités extrêmement différente : des collectivités locales qui se plaignent de l'inaction des Etats, des organisations non gouvernementales défenseuses de l'environnement et plus précisément du climat, des associations de jeunes qui craignent pour leur avenir ; les exemples sont multiples avec des conditions de recevabilité qui peuvent du reste varier d'un Etat à l'autre.

Ainsi, si le Conseil d'Etat français refuse le recours individuel pour admettre le recours des associations, la cour constitutionnelle allemande a eu le raisonnement inverse en considérant que le droit à la vie et à une vie familiale normale ne pouvait être invoqué que par des personnes physiques et non des associations. La Belgique pour sa part a admis les uns et les autres. L'essentiel est que les requérants quels qu'ils soient puissent être jugés recevables de manière à ce que la décision puisse être rendue. Or, la diversité des acteurs demandeurs montre bien qu'une forme d'alliance tacite s'est constituée entre les juges et la société civile définie comme les acteurs non étatiques pour assurer la survie du vivant en maintenant un niveau de température acceptable sur terre. Il est clair que cette nouvelle alliance, d'une part, repose sur des bases juridiques et d'autre part, n'aurait pas été possible sans l'incurie des Etats.

2.B. Un nouveau rôle légitime

On peut se demander s'il est légitime que les juges se substituent à la fonction législative pour pallier à l'inaction des Etats. Cela dit, parler de gouvernement des juges paraît excessif dans la mesure où en réalité aucune norme n'a été inventée par les différentes jurisprudences.

Peut-être peut-on considérer que la jurisprudence de la cour de Karlsruhe est celle qui est la plus novatrice ou innovante mais on peut trouver notamment dans la Déclaration universelle des droits de l'homme des générations

futures de l'UNESCO les bases de la référence aux dites générations futures. L'expression figure également dans la Charte de l'environnement auquel fait référence le préambule de la Constitution française. Pour le reste, la référence est classiquement soit à la Convention européenne des droits de l'homme, soit aux accords de Paris, soit aux engagements pris par les différentes entreprises. Le seul caractère relativement original et qui choque les Etats sans doute est le fait de considérer qu'un engagement engage un Etat !

En effet, la communication politique l'emporte bien souvent sur l'aspect strictement juridique. Durant de longues années, États comme entreprises ont supposé que les engagements ne concernaient que ceux qui y croyaient. Pourtant, la jurisprudence depuis déjà un certain nombre d'années considère que le droit souple qui contient notamment les engagements des différents acteurs les engage réellement. Ainsi, dans l'arrêt Erika, la Cour de cassation a-t-elle considéré que le fait pour Total de ne pas avoir respecté ses procédures internes de « vetting » qui étaient de simples règles internes n'engageant en réalité Total qu'à l'égard de lui-même, constituait une base suffisante pour ordonner la réparation du préjudice écologique. Cependant, elle a exonéré Total en se fondant sur les stipulations de la convention sur la responsabilité civile du fait des pollutions de mer par hydrocarbure en cas de faute volontaire.

Cette orientation jurisprudentielle s'explique par la demande de plus en plus pressante de la société civile au regard de l'incurie des Etats qui, engagements après engagements ne traduisent pas réellement dans les actes les promesses qui sont faites. Le résultat en est une augmentation constante des émissions de gaz à effets de serre qui n'a strictement rien à voir avec l'espoir de voir limiter à 1,5 degré l'augmentation de la température à la fin du siècle.

Enfin, bien évidemment des voix discordantes se font entendre niveau interne qui reviennent sur l'éternel problème du gouvernement des juges et du caractère prétendument non démocratique des décisions qui sont prises. On pourrait tout d'abord rappeler que n'est pas démocratique le fait de refuser de prendre des mesures sur à sauvegarder l'avenir et la vie des ressortissants des différents Etats. Mais surtout, l'intervention des juges, aux termes d'un procès contradictoire, au cours duquel les parties demanderesses et défenderesses ont des droits équivalents et sont contraintes de prouver les arguments qu'elles avancent permet de sortir des opérations de communication et des fausses informations pour s'en tenir aux faits.

Il est vrai que cette transformation n'est pas sans incidence sur le fonctionnement des institutions et de la démocratie. Mais à l'heure où la question de l'acceptabilité de la transformation est plus que jamais d'actualité, où les difficultés de la participation du public et de son niveau d'information sont évidentes, le recours au juge est éminemment démocratique et apaisant.

Au niveau communautaire, la Cour de Justice de l'Union européenne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le sujet de la justice climatique. Le rôle joué par le Parlement européen et par les défenseurs de l'environnement et du climat afin de pousser la politique communautaire est indéniable. Sans doute les décisions se prennent-elles en coopération ce qui implique un accord entre le Conseil et le Parlement. Mais le rôle très dynamique du Parlement contraint les Etats à accepter davantage que ce qu'ils auraient été prêts à accepter dans le cadre purement étatique. Il va de soi qu'il sera très intéressant de suivre la jurisprudence de la CJUE lorsqu'elle interviendra ; avant cela, la cour européenne des droits de l'homme tranchera la requête déposée par les jeunes portugais. Si celle-ci reconnaissait les droits climatiques et *a*

fortiori le droit des générations futures, c'est bien entendu tout le droit de l'union qui en serait impacté.

Nous sommes entrés dans des temps de grandes turbulences et pas seulement au sens météorologique du terme. Le rôle des Etats se modifie dans la mesure où les moyens financiers du secteur privé deviennent colossaux, où les peuples se rebellent dans les systèmes démocratiques, où la demande d'État change de contenu. Dans ce contexte le nouveau rapport de force qui se met en place sous l'égide du juge chargé de vérifier que des engagements pris sont tenus et que la priorité donnée au vivant demeure est une garantie de pouvoir rechercher des solutions stables, acceptables et acceptées.



Danny Busch • Professeur de droit financier et directeur de l'Institute for Financial Law (IFL), Université Radboud de Nimègue, Pays-Bas

La définition de standards globaux de durabilité est-elle à la portée de l'Europe ?

La Commission européenne a exprimé ses craintes face aux conséquences de plus en plus importantes du changement climatique et de l'épuisement des ressources. Tirant les conséquences de ce constat, elle souhaite davantage d'investissements dans les entreprises et les produits « verts ». Dans son plan d'action initial sur la finance durable (le Plan d'Action) de mars 2018, la Commission met l'accent sur le rôle clé du secteur financier en faveur de la transition écologique en raison de sa position d'intermédiaire entre les utilisateurs et les fournisseurs de capitaux¹. Le Plan d'Action fait partie intégrante du plan de l'Union des marchés de capitaux (UMC)² et s'inscrit en lien avec les initiatives européennes plus larges en faveur de la lutte contre le changement climatique, en particulier le *Green Deal* et la loi européenne sur le climat qui en fait partie intégrante³.

Le Plan d'Action poursuit les objectifs suivants : (i) réorienter les flux de capitaux vers des investissements durables afin de parvenir à une croissance durable et inclusive ; (ii) gérer les risques financiers découlant du changement climatique, de l'épuisement des ressources, de la dégradation de l'environnement et des questions sociales ; et (iii) favoriser la transparence et une vision de long terme dans l'activité financière et économique⁴.

Le plan d'action traduit ces objectifs en dix mesures concrètes : (1) établir un système de classification euro-

1. Voir, COM(2018) 97 final, 8.3.2018, p. 1.

2. Voir, le plus récemment sur le plan UMC : COM(2020) 590 final.

3. Voir, le *Green Deal* présenté par la Commission le 10 décembre 2019 (COM(2019) 640 final) et la proposition qui en fait partie en date du 4 mars 2020 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique (COM(2020) 80 final). Pour une version mise à jour et plus ambitieuse d'un règlement établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique, voir COM(2020) 563 final (17 septembre 2020). Voir aussi, COM(2020) 562 final.

4. Voir, COM(2018) 97 final, p. 3.

péen (taxonomie) pour les activités durables ; (2) créer des normes et des labels pour les produits financiers verts ; (3) encourager les investissements dans des projets durables ; (4) intégrer la durabilité lors de la fourniture de conseils financiers ; (5) développer des indicateurs de référence en matière de durabilité ; (6) mieux intégrer la durabilité dans les notations de crédit et les études de marché ; (7) clarifier les devoirs des investisseurs institutionnels et des gestionnaires d'actifs ; (8) intégrer la durabilité dans les exigences prudentielles applicables aux institutions financières telles que les banques et les assureurs ; (9) renforcer l'information sur la durabilité, tant pour les investisseurs que pour les autorités de surveillance financière, par exemple par une meilleure intégration de la durabilité dans l'élaboration des règles comptables ; (10) favoriser une gouvernance d'entreprise durable et atténuer le court-termisme sur les marchés de capitaux⁵. Dans cet article, je me concentrerai sur certains des éléments fondamentaux du Plan d'Action.

Règlement taxonomie

Quand un produit ou une entreprise sont-ils « verts » ? Nous devons d'abord nous mettre d'accord sur la réponse à donner à cette question. Après tout, si nous n'avons pas en Europe une compréhension commune de ce qui est durable, comment pouvons-nous espérer adapter l'offre et la demande de capitaux verts ? Il existe un danger permanent de confusion des termes, voire de tromperie pure et simple, car les activités peuvent être présentées comme plus vertes qu'elles ne le sont en réalité (*greenwashing*). Il faut donc se réjouir que la Commission ait décidé d'accorder la priorité absolue à l'établissement d'un système de classification européen - ou taxonomie - pour les activités durables (action 1). L'Union n'a d'ailleurs pas perdu de temps car le règlement sur la taxonomie a été adopté dès le 18 juin 2020⁶.

Le Règlement Taxonomie instaure des critères harmonisés permettant de déterminer si une activité économique peut être qualifiée de durable sur le plan environnemental. Le règlement identifie six objectifs environnementaux : (a) l'atténuation du changement climatique ; (b) l'adaptation au changement climatique ; (c) l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines ; (d) la transition vers une économie circulaire ; (e) la prévention et la réduction de la pollution ; (f) la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes⁷. Une acti-

5. Voir, COM(2018) 97 final, pp. 4-11. Voir aussi, COM(2021) 390 final et COM(2021) 188 final. Pour plus de détails, voir Danny Busch, Guido Ferrarini et Arthur van den Hurk, 'The European Commission's Sustainable Finance Action Plan and Other International Initiatives' in Danny Busch, Guido Ferrarini et Seraina Grünewald (eds), *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (Palgrave Macmillan 2021).

6. Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088 (le Règlement Taxonomie).

7. Article 9, Règlement Taxonomie.

tivité est qualifiée de durable sur le plan environnemental lorsqu'elle contribue de manière substantielle à l'un ou plusieurs des objectifs environnementaux et ne cause de préjudice important à aucun des autres⁸.

Mais cela n'est pas suffisant en soi. Sur la base des conseils techniques des experts, la Commission est en train d'élaborer de nouvelles règles (mesures de niveau 2) qui identifient précisément les activités pouvant être qualifiées de durables. Cela concerne six séries d'activités, chaque série correspondant à l'un des six objectifs environnementaux mentionnés ci-dessus. Les deux premières séries ont été soumises à la consultation publique en novembre 2020 et correspondent aux objectifs environnementaux mentionnés aux points a) et b) ci-dessus⁹. Le Règlement Taxonomie entrera en vigueur par étapes : les deux premiers objectifs environnementaux le 1er janvier 2022 et les quatre autres le 1er janvier 2023¹⁰. Les nouvelles règles à venir ne manqueront pas d'être une source de friction. Il est ainsi ressorti d'une proposition ayant fait l'objet d'une fuite que la Commission européenne envisageait de classer les centrales électriques au gaz naturel les plus modernes comme des activités vertes dans le but de rendre le financement de nouvelles centrales plus attractif. Ce qui a suscité l'étonnement des scientifiques et des organisations environnementales¹¹. Qu'en est-il de l'énergie nucléaire ? Une centrale nucléaire n'émet peut-être pas de gaz à effet de serre, mais elle produit des déchets nucléaires¹².

Règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (SFDR)

Une étape importante sur le chemin de l'investissement responsable repose sur la détermination des activités écologiquement durables (voir section 2). Une fois cette tâche accomplie, l'étape suivante consistera à faire en sorte que les intermédiaires financiers (tels que les gestionnaires d'actifs et les conseillers) intègrent les considérations de durabilité dans leur politique et leurs conseils en matière d'investissement, ainsi qu'à fournir aux investisseurs non professionnels une transparence sur la mesure dans laquelle ils le font (actions 7 et 9). De

nombreux intermédiaires financiers le proposaient déjà dans une plus ou moins large mesure car la demande d'investissements durables est considérable depuis un certain temps. Or, jusqu'à récemment, ils ne le faisaient pas sur la base de règles harmonisées au niveau européen. Cette situation a évolué grâce au nouveau règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers du 10 mars 2021, date à laquelle la plupart des règles qu'il prévoit est devenue applicable¹³. Le terme « durabilité » a d'ailleurs une signification plus large dans le SFDR que dans le Règlement Taxonomie. Selon le règlement SFDR, un investissement durable couvre les trois catégories « ESG » (c'est-à-dire les objectifs environnementaux, sociaux et de gouvernance), alors que le Règlement Taxonomie ne concerne que la durabilité environnementale (c'est-à-dire le facteur « E »)¹⁴.

Le SFDR constitue une avancée importante, car la mise en place de normes harmonisées de transparence en matière de durabilité est une nécessité absolue. Aucune solution alternative ne serait viable. En effet, la diversité des règles et pratiques de marché nationales (i) rend très difficile la comparaison de produits financiers, (ii) crée des conditions de concurrence inégales pour ces produits et pour les canaux de distribution, et (iii) érige des barrières supplémentaires au sein du marché intérieur. Cette situation est source de confusion pour les investisseurs, voire se révèle tout simplement trompeuse car les intermédiaires financiers présentent leurs investissements comme durables alors qu'en réalité ils ne le sont pas (ou beaucoup moins)¹⁵. Le SFDR exige des intermédiaires financiers qu'ils fournissent une transparence en matière de durabilité sur leur site internet, dans leurs rapports périodiques, dans leurs supports promotionnels et dans les informations précontractuelles (tant au niveau de l'entité que du produit).

En outre, il faut distinguer deux concepts clés : (i) les « risques en matière de durabilité », et (ii) les « investissements durables ». Le « risque en matière de durabilité » est défini comme un événement ou une situation dans le domaine environnemental, social ou de la gouvernance qui, s'il survient, pourrait avoir une incidence négative importante, réelle ou potentielle, sur la valeur de l'investissement¹⁶. Un « investissement durable », en revanche, est un investissement dans une activité économique qui contribue à un objectif environnemental ou social, toujours à condition (a) ne causent de préjudice important à aucun des autres objectifs environnementaux et sociaux, et (b) que les sociétés dans lesquels les investissements sont réalisés appliquent des pratiques de bonne gouvernance¹⁷.

8. Article 3 du Règlement Taxonomie.

9. La proposition de règlement et ses deux annexes peuvent être téléchargées ici : https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities_en.

10. Article 27(2) du Règlement Taxonomie. Voir aussi, Christos V Gortsos, 'The Taxonomy Regulation: More Important Than Just as an Element of the Capital Markets Union' in Danny Busch, Guido Ferrarini et Seraina Grünewald (eds), *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (Palgrave Macmillan 2021).

11. Voir, <https://nos.nl/artikel/2373904-uitgelekt-plan-brussel-wil-moderne-aard-gascentrales-milieuvriendelijk-label-geven.html> (24 mars 2021).

12. Voir, Matthijs Schiffers, *Kernenergie is de hete aardappel die de Commissie liever nog even doorschuift* (L'énergie nucléaire est une patate chaude sur laquelle la Commission ne souhaite pas encore se brûler les doigts), *FD* 3 avril 2021, p. 33.

13. Règlement (UE) 2019/2088, tel que modifié par le Règlement Taxonomie (SFDR).

14. Article 2(17) SFDR ; Article 3 Règlement Taxonomie.

15. Voir, considérant (9) SFDR.

16. Art. 2(22) SFDR.

17. Art. 2(17) SFDR.

D'autres concepts clés sont les notions de produits « vert foncé » et « vert clair », et même « gris ». Les produits verts ont soit pour objectif l'investissement durable (vert foncé), soit ils visent simplement à promouvoir l'investissement durable (vert clair)¹⁸. Une distinction qui, à mon avis, ne peut que semer la confusion sur le marché. Les produits gris ne promeuvent pas l'investissement durable et n'en ont pas non plus l'objectif, ils sont néanmoins concernés par le SFDR dans la mesure où ils impliquent un reporting sur les risques liés à la durabilité à l'instar des produits verts¹⁹.

Une fois encore, ces dispositions ne sont pas suffisantes en soi. La plupart des règles du SFDR doivent encore être mises en œuvre au niveau pratique (règles de niveau 2). Les trois autorités européennes de surveillance (AES) ont l'initiative de la rédaction de ces règles, mais c'est la Commission qui les adopte et, par conséquent, a le dernier mot²⁰. Bien que le travail de rédaction des AES ait été retardé par la crise du coronavirus, la Commission européenne n'a pas considéré que le contexte justifiait de retarder l'entrée en application du SFDR prévue le 10 mars 2021. Ce n'est que le 4 février 2021 que les AES ont publié leurs projets finaux pour les règles de niveau 2²¹. Or à cette date, il était déjà trop tard pour que la Commission puisse les adopter avant le 10 mars. A titre de mesure d'urgence, les AES ont donc conjointement suggéré aux superviseurs nationaux, le 25 février 2021, d'encourager les intermédiaires financiers à se conformer malgré tout aux règles de niveau 2 non encore adoptées²². Pour ajouter à la confusion, les trois AES ont publié le 15 mars 2021 un document de consultation qui prévoit une modification des projets dits « définitifs » desdites règles de niveau 2²³. Cet imbroglio n'a guère laissé le temps aux intermédiaires financiers de se préparer²⁴.

18. Voir, Art. 9 (produits vert foncé) et 8 (produits vert clair) SFDR respectivement.

19. Voir, Art. 6 SFDR.

20. Les trois AES sont ESMA, EBA et EIOPA.

21. JC 2021 03.

22. Voir la communication jointe en date du 25 février 2021 (JC 2021 06), disponible en anglais : https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc_2021_06_joint_esas_supervisory_statement_-_sfd.pdf.

23. JC 2021 22. Voir p. 57 et suiv. pour une version consolidée des règles de niveau 2.

24. Il est évident à partir d'une lettre en date du 7 janvier 2021 de la part des AES à l'adresse de la Commission européenne (JC 2021 02) que les intermédiaires financiers ont beaucoup de questions sur le sens à donner à certains termes utilisés dans le SFDR. Voir la réponse de la Commission : <https://www.esma.europa.eu/document/ec-qa-sustainability-related-disclosures>. Pour plus de détails sur le SFDR, voir par exemple, Danny Busch, 'Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector' in Danny Busch, Guido Ferrarini et Seraina Grünwald (eds), *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (Palgrave Macmillan 2021). Voir aussi les « lettres de la durabilité » de l'autorité néerlandaise AFM aux acteurs du secteur en dates du 6 juillet et 16 décembre 2020 : <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/juli/duurzaamheidsbrief-aan-sector>; <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2020/december/pensioenitvoerders-voorbereiden-sfd-verordening>.

Assurer la fiabilité de l'information en matière de durabilité concernant les entreprises

Les entreprises elles-mêmes ne disposent souvent pas de ces informations à ce stade encore précoce. Comment les intermédiaires financiers obtiennent-ils alors des informations fiables sur la durabilité des entreprises dans lesquelles ils investissent ?

L'action 1 du Plan d'action 2020 de l'UCM donne une première réponse. Par cette dernière, la Commission s'engage à proposer la mise en place d'une plateforme à l'échelle de l'UE (point d'accès unique européen) pour fournir aux investisseurs un meilleur accès aux informations financières et en matière de durabilité des entreprises.

Pour l'heure, les intermédiaires financiers dépendent de tiers qui prétendent avoir accès à ce type d'informations. Mais cela soulève immédiatement une autre question : comment les intermédiaires financiers peuvent-ils s'assurer de la fiabilité de ces données ? Selon l'Autorité néerlandaise des marchés financiers, son homologue française l'Autorité des marchés financiers (AMF) et, plus récemment, l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA), les fournisseurs d'informations en matière de durabilité doivent être encadrés par un règlement européen et être soumis à la supervision directe de l'ESMA, tout comme c'est déjà le cas pour les agences de notation de crédit en vertu du règlement CRA²⁵.

Enfin, la proposition de directive relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD) prévoira un régime de publicité obligatoire pour les sociétés non financières et financières (cotées ou non cotées). L'idée est de fournir aux intermédiaires financiers les informations sur la durabilité dont ils ont besoin pour prendre des décisions d'investissement durable en connaissance de cause. Ces informations devraient couvrir à la fois l'impact des activités d'une entreprise sur le développement durable et les risques commerciaux et financiers auxquels elle est confrontée en raison de son exposition au développement durable (concept de « double matérialité »)²⁶. Toutefois, selon la proposition, seules les grandes entreprises seraient d'abord concernées et, à partir du 1^{er} janvier 2026, la plupart des PME. Les microentreprises sont donc totalement exclues du champ d'application²⁷.

25. Voir, 'AFM/AMF Position Paper: Call for a European Regulation for the provision of ESG data, ratings, and related services' (<https://www.afm.nl/en/nieuws/2020/december/reguleer-aanbieders-duurzaamheidsdata>). Sur ce sujet, voir Daniel Cash, *Calls for ESG Rating Agency Regulation Grows Louder in Europe, But Could It Actually Save the Industry?* (<https://financialregulationmatters.blogspot.com/2020/12/calls-for-esg-rating-agency-regulation.html>); la lettre de l'ESMA à la DG FISMA en date du 28 janvier 2021 (ESMA30-379-423).

26. Voir, COM(2021) 390 final, p. 3. Voir la proposition sur CSRD : COM(2021) 189 final.

27. Voir, COM(2021) 189 final, Art. 19a et 29a CSRD, et les considérants (15) et suiv.

La finance durable et la crise du coronavirus

Les marchés ont été durement déstabilisés par la crise du coronavirus²⁸. Si les capitaux devenaient moins disponibles en raison de la crise actuelle, il s'ensuivrait également une insuffisance des financements en faveur de la transition vers une société plus verte. La mise en œuvre des plans climatiques risquerait alors d'être retardée. Ce risque est d'autant plus tragique qu'il pourrait y avoir un lien entre changement climatique et développement de pandémies rendant tout retard inacceptable²⁹.

Pendant, trois points plus positifs peuvent être relevés. Tout d'abord, la crise sanitaire a montré qu'il n'est pas toujours nécessaire de faire le tour du monde en avion pour se réunir. Ensuite, les aides publiques massives accordées aux entreprises par les gouvernements leur donnent la possibilité d'imposer des conditions écologiques strictes, du moins en théorie. Enfin, et ce n'est pas le moins important, l'UE et ses États membres peuvent eux-mêmes agir en tant que fournisseurs et utilisateurs de financements verts ou socialement responsables.

Prenons par exemple le financement du programme européen de chômage partiel (L'instrument européen de soutien temporaire à l'atténuation des risques de chômage en situation d'urgence dit « SURE »). SURE est financé en levant un total de 100 milliards d'euros auprès des investisseurs par le biais d'obligations sociales émises par l'UE elle-même, ce qui constitue une première absolue. Au 18 mai 2021, la Commission européenne avait déjà levé près de 90 milliards d'euros par l'émission d'obligations sociales en six cycles. Les émissions étaient constituées d'obligations à 5, 10 et 15 ans. Le grand intérêt des marchés s'est traduit par des conditions très favorables au profit de la Commission. Les fonds levés ont ensuite été distribués aux États membres sous forme de prêts pour les aider à couvrir directement les coûts liés au financement des régimes nationaux de chômage partiel, et des mesures similaires, en réponse à la pandémie. Le 27 octobre 2020, l'obligation sociale EU SURE a été cotée au *Luxembourg Green Exchange*, une plateforme de premier plan exclusivement dédiée à l'échange d'obligations vertes³⁰.

Bien au-delà, lors du Conseil européen extraordinaire

28. Paradoxalement, certains indices boursiers tels que le AEX Index du marché d'Amsterdam atteignent actuellement des records historiques. De nos temps, cet indice est dominé par des entreprises technologiques telles que ASML et Adyen, qui sont précisément les entreprises qui ont eu une meilleure performance pendant la crise. Naturellement, les taux d'intérêt historiquement bas ont également joué un rôle important.

29. Ce lien a été identifié, par exemple, par la Commission européenne dans *Consultation on the renewed sustainable finance strategy* en date du 8 avril 2020 (p. 3) (https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2020-sustainable-finance-strategy_and).

30. Voir, COM (2021) 148 final, p. 9-11; https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_fr.

du 17 au 21 juillet 2020, les chefs d'Etat et de gouvernement européens sont parvenus, non sans difficultés, à trouver un accord sur le budget pluriannuel (2021-2027) et sur le fonds de relance dit « Facilité pour la reprise et la résilience » (FRR).

Le budget européen pour 2021-2027 s'élève à 1 074 milliards d'euros avec une augmentation des dépenses pour l'innovation, la durabilité et l'action climatique. Ainsi, 30% de toutes les dépenses budgétaires doivent contribuer à l'objectif climatique européen.

En substance, les accords concernant la FRR, dit NextGenerationEU (NGEU), prévoient la mise en place d'un fonds de 750 milliards d'euros, entièrement financé par des obligations directement émises par l'UE elle-même. Sur le montant ainsi levé, une somme de 390 milliards d'euros sera versée sous forme de subventions et les 360 autres milliards d'euros sous forme de prêts. Au total, 30 % de toutes les dépenses de la FRR doivent contribuer à la réalisation de l'objectif climatique européen³¹.

Les pays qui reçoivent de l'argent par le biais du budget pluriannuel ou de la FRR, sous forme de prêts comme de subventions, sont tenus d'appliquer dans les faits les valeurs européennes de liberté et de démocratie et doivent ainsi garantir l'indépendance des juges. A cet égard, le Parlement européen a ainsi renforcé l'exigence de respect de l'État de droit par les bénéficiaires. Cette position s'inscrit dans un contexte de tension avec la Pologne et la Hongrie où l'indépendance du pouvoir judiciaire est menacée, la liberté de la presse en danger et les droits des personnes LGBTI sont restreints. Ces deux pays ont d'ailleurs longtemps menacé d'exercer leur droit de veto pour bloquer l'adoption du budget pluriannuel et de la FRR, dont ils risquaient, et risquent toujours, d'être privés s'ils ne respectent pas l'État de droit. Le 10 décembre 2020, ils ont abandonné leur opposition et rejoint l'accord sur une proposition de compromis avancée par l'Allemagne³².

En pratique, il est prévu que l'UE émettra elle-même une somme d'au moins 225 milliards d'euros en obligations vertes pour financer la FRR / NGEU et fléchera les fonds ainsi collectés vers des investissements verts sous forme de subventions comme de prêts. En outre, dans le cadre du budget pluriannuel, un montant d'au moins 322,2 milliards d'euros sera consacré à des projets verts au cours des sept prochaines années. Ainsi, le 12 octobre 2021, la Commission européenne a émis la première obligation verte NextGenerationEU, levant ainsi 12 milliards

31. Voir, https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027/negotiations_fr. Les fonds de reprise européens ont été créés par le règlement (UE) 2020/2094 établissant un instrument de l'Union européenne pour la relance en vue de soutenir la reprise à la suite de la crise liée à la COVID-19 et le règlement (UE) 2021/241 établissant la facilité pour la reprise et la résilience. Le montant de 750 milliards d'euros est exprimé par rapport aux prix de l'année 2018. Le chiffre en prix courants est de 806,9 milliards d'euros. Voir, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr.

32. Voir, <https://nos.nl/artikel/236018-akkoord-over-begroting-op-top-europese-unie.html>

d'euros qui seront exclusivement utilisés pour des investissements verts et durables dans toute l'UE. Cela ne peut que laisser espérer un effet d'accélérateur pour le marché des capitaux verts³³.

Toutefois, la transition verte ne pourra se passer de capitaux privés. Or, les entreprises se battent actuellement pour assurer leur pérennité. Beaucoup s'attendent à une vague d'insolvabilités dans l'Union européenne³⁴ même si pour l'heure le nombre de faillites est historiquement bas dans de nombreux pays européens³⁵ en raison des différentes aides d'État et que certains, à l'instar de Klaas Knot, président de la banque centrale néerlandaise, sont moins pessimistes³⁶. Quoi qu'il en soit, il faut espérer qu'au cours de la période à venir, les milieux d'affaires en difficulté reconnaîtront à quel point la transition écologique est essentielle et apporteront leur contribution.

Vers un monde plus durable ?

Comme le montrent le Green Deal et le Plan d'action sur la finance durable, l'Union européenne place la barre très haut en matière de durabilité.

Elle estime même que les progrès ne sont pas assez rapides. Ainsi, la Commission européenne a déjà publié un suivi du Plan d'Action le 6 juillet 2021³⁷.

En tout état de cause, l'UE n'est pas une île. Deux scénarios opposés sont envisageables. Dans le meilleur des mondes, l'UE fixera les normes de durabilité pour le monde entier³⁸. Dans le scénario du pire, les programmes de durabilité plus souples, voire inexistant, des autres puissances conféreront un avantage concurrentiel à ces dernières avec des effets préjudiciables pour l'UE et ses entreprises. Les grands investisseurs institutionnels tels que Blackrock et State Street déclarent de leur côté qu'ils sont de fervents partisans de la promotion de la durabilité³⁹. Le fait que les États-Unis aient rejoint l'accord de Paris sur le climat le 20 janvier 2021 à la suite d'une décision de leur 46^{ème} président, Joe Biden, donne également un peu d'espoir, même si, à l'heure où nous écrivons ces lignes, il a du mal à faire adopter ses ambitieux plans climatiques⁴⁰.

33. Voir, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_5207.

34. Voir, <https://www.pwc.nl/actueel-publicaties/assets/pdfs/pwc-bijzonder-beheer-barometer-nov-2020.pdf> (Pays-Bas); R. Banerjee et al., *Liquidity to solvency: transition cancelled or postponed?* BIS Bulletin no. 40 (25 mars 2021) <https://www.bis.org/publ/bisbull40.htm> (panorama international); F.J. Diez et al., *Insolvency Prospects Among Small-and-Medium-Sized Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options*, IMF (2 avril 2021) (<https://www.imf.org/en/Staff-Discussion-Notes/Issues/2021/03/25/Insolvency-Prospects-Among-Small-and-Medium-Sized-Enterprises-in-Advanced-Economies-50138>) (panorama international).

35. Voir, <https://www.cbs.nl/nl-nl/faq/corona/regionaal/faillissementen>.

36. Voir, Marcel de Boer et Joost van Kuppeveld, 'Klaas Knot: Ik ga niet mee in het idee van een tsunami van faillissementen' (Je ne crois pas à l'idée d'un tsunami de faillites), FD 23 March 2021, p. 13.

37. Voir, COM(2021) 390 final. Voir aussi, COM(2021) 188 final.

38. Voir, Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020).

39. Voir, <https://www.blackrock.com/corporate/literature/publication/blk-sustainability-mission-statement-web.pdf> et <https://www.statestreet.com/values.html>.

40. Voir, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/>. Voir aussi, la déclaration publique de John Coates (Acting Director, Division of Corporation Finance, U.S. Securities and Exchange Commission, SEC) en date du 11 mars 2021 : ESG Disclosure – Keeping Pace with Developments Affecting Investors, Public Companies and the Capital Markets (<https://www.sec.gov/news/public-statement/coates-esg-disclosure-keeping-pace-031121>). Voir, Richard Kessler, 'COP26 – Joe Biden's climate credibility hangs by a thread as the clock ticks to Glasgow' (<https://www.rechargenews.com/energy-transition/cop26-joe-bidens-climate-credibility-hangs-by-a-thread-as-the-clock-ticks-to-glasgow/2-1-1079730>).



Suzanne Kingston • Professeur à la Sutherland School of Law, University College Dublin

La démocratisation de la gouvernance européenne de l'environnement : rendre le droit européen de l'environnement plus efficace ?

156

L'UE dispose de législations environnementales parmi les plus ambitieuses au monde, mais leur efficacité est sérieusement affaiblie par leur non-respect en pratique¹. Ce défaut de mise en œuvre effective représente l'une des principales faiblesses de la politique environnementale de l'UE².

Avec la convention d'Aarhus de la CEE-ONU (1998), l'Europe a lancé une expérience juridique innovante, démocratisant l'application des règles environnementales en conférant aux citoyens et aux ONG environnementales (ONGE) des droits légaux d'accès à l'information environnementale, de participation populaire, et d'accès à la justice en matière d'environnement.

1. Ce travail a été financé par le Conseil européen de la recherche (CER) dans le cadre du programme de recherche et d'innovation Horizon 2020 de l'Union européenne (convention de subvention n° 639084). De plus amples informations sur le projet et ses publications scientifiques sont disponibles sur le site <https://effectivenaturelaws.ucd.ie/>. Nous remercions tout particulièrement Dr Zizhen Wang, Edwin Alblas, Dr Micheál Callaghan, Julie Foulon, Clodagh Daly, Deirdre Norris, Dr Valesca Lima et Dr Geraldine Murphy, membres de l'équipe de recherche Effective Nature Laws.
2. Le terme « mise en œuvre » (*implementation* en anglais) est utilisé ici au sens général pour désigner non seulement la mise en œuvre formelle au moyen de normes juridiques transposant, par exemple, une directive, mais aussi la mise en œuvre et l'application pratiques, telles qu'employées dans les principaux documents politiques récents dans ce domaine, notamment la communication de la Commission européenne sur l'examen de la mise en œuvre de la législation environnementale, intitulée « Procurer les avantages des politiques environnementales de l'UE à travers un examen régulier de leur mise en œuvre », COM(2016)316 final, et la communication de la Commission européenne sur la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, intitulée « Ramener la nature dans nos vies », COM(2020) 380. L'Environmental Implementation Review, par exemple, étudie les déficits de mise en œuvre de la législation environnementale de l'UE, pointant les lacunes en matière de réglementation et d'application qui empêchent l'UE d'atteindre ses objectifs en pratique et la rendent inefficace.

Dans le même temps, la Commission européenne a réduit ses propres efforts en matière de mise en œuvre, indiquant qu'elle préférerait que les États membres en prennent l'initiative³ et soulignant le rôle important de la société civile en tant que « chien de garde de la conformité » dans le soutien au Green Deal européen (l'initiative phare de la Commission Von der Leyen visant à transformer fondamentalement l'UE en une économie neutre en carbone d'ici 2050)⁴.

Dans un contexte de défis environnementaux sans précédent, d'un déclin continu de la biodiversité en Europe⁵ et de l'objectif de meilleure mise en œuvre du droit de l'environnement européen à l'horizon 2030, il devient urgent que les responsables politiques déterminent si la gouvernance environnementale privée permise par la Convention d'Aarhus a atteint les résultats politiques escomptés et, dans le cas contraire pourquoi. Cependant, il y a eu étonnamment peu de recherches empiriques systématiques à ce jour sur la façon dont cette approche juridique innovante a fonctionné en pratique⁶.

Cet article résume les résultats d'un projet de recherche empirique de cinq ans, qui a innové en cartographiant l'évolution des règles européennes de gouvernance environnementale et leur efficacité. Nous avons examiné cette efficacité dans trois États membres sur une période de 23 ans à partir de 1992, date d'adoption de la règle européenne phare, la directive Habitats. En utilisant des méthodes à la fois nouvelles et complémentaires, y compris le codage de plus de 6.000 règles de gouvernance environnementale, plus de 2.000 enquêtes et entretiens à travers la France, l'Irlande et les Pays-Bas, et une expérience de laboratoire d'économie comportementale, nous montrons comment les règles de gouvernance environnementale ont évolué au fil du temps, comment elles ont été utilisées en pratique, comment cela a influencé les décisions de conformité des propriétaires fonciers, ainsi que leur impact sur l'application traditionnelle des règles par les autorités

3. Hofmann A (2018), 'Is the Commission levelling the playing field? Rights enforcement in the European Union', *Journal of European Integration* 40, 737-751.
4. Commission européenne (2020) *Communication sur la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, Ramener la nature dans nos vies*, COM(2020) 380 ; Commission européenne (2020) *Communication sur l'amélioration de l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'UE et ses États membres*, COM(2020) 643.
5. Commission européenne (2020) *Communication sur la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, Ramener la nature dans nos vies*, COM(2020) 380.
6. Pour des travaux substantiels dans ce domaine, voir, par exemple, Eliantonio, M. (2018) 'The role of NGOs in environmental implementation conflicts: 'stuck in the middle' between infringement proceedings and preliminary rulings?', *Journal of European Integration*, 40:6, 753-767, et Darpö, J. (2013) *Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*. Disponible à l'adresse <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/> (consulté le 12 novembre 2021).

publiques⁷. Nos résultats montrent la voie des solutions pratiques pour rendre les règles de la gouvernance environnementale plus efficaces. Au-delà du droit européen de l'environnement, ils montrent également l'utilité de nouvelles méthodes empiriques mesurant l'impact effectif du cadre normatif, qui peuvent être appliquées et adaptées à d'autres domaines de réglementation.

1. Le rôle de la Convention d'Aarhus pour combler le déficit de mise en œuvre du droit de l'environnement européen

La législation environnementale européenne, notamment la directive « Habitats » (92/43/CE) et la directive « Oiseaux » (2009/147/CE), prévoit des mesures de protection étendues, particulièrement dans le cadre du réseau Natura 2000, le plus grand réseau coordonné de sites protégés au monde, qui couvre plus de 18 % de la superficie terrestre de l'UE et plus de 8 % de sa superficie maritime⁸. Soutenus par de solides arrêts de la CJUE, qui interprètent strictement les exigences des directives « Habitats » et « Oiseaux » à la lumière du principe de précaution, les habitats et les espèces protégés sont soumis à un régime juridique particulièrement rigoureux sur le papier. Il en va cependant rarement de même en pratique⁹. Les statistiques font pâle figure : en 2019, seuls 16% des habitats et 23% des espèces protégés étaient dans un état de conservation favorable¹⁰.

L'UE a adopté les mécanismes d'application privée du droit prévus par la convention d'Aarhus comme moyen de lutter contre le sérieux problème de sous-application du droit de l'environnement en Europe, y compris ses règles sur l'environnement. L'objectif de la Convention d'Aarhus est d'accroître la participation des citoyens aux questions environnementales, en érigeant les trois « piliers » du droit de la gouvernance environnementale : l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice.

7. Les principales conclusions du projet, exposées dans le présent document, sont détaillées dans le document suivant Kingston, S., Alblas, E., Callaghan, M. et Foulon, J. (2021b), *Magnetic law : Designing environmental enforcement laws to encourage us to go further. Regulation & Governance*. <https://doi.org/10.1111/rego.12416> ; Kingston, S., Wang, Z., Alblas, E. et al., « The democratisation of European nature governance 1992-2015 : introducing the comparative nature governance index », *Int Environ Agreements* (2021). <https://doi.org/10.1007/s10784-021-09552-5> ; Kingston, S., Wang, Z., Alblas, E., Callaghan, M., Foulon, J., Daly, C., et Norris, D., « Europe's Private Nature Governance Revolution : Harnessing the Shadow of Heterarchy » (à paraître) ; et Kingston, S., Wang, Z., « How do Nature Governance Rules affect Compliance Decisions ? An Experimental Analysis » (à paraître).
8. Commission européenne (2020) *Communication sur la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, Ramener la nature dans nos vies*, COM (2020) 380.
9. Voir plus généralement, Kingston, S., Heyvaert, V. et Čavoški, A. (2017). *European Environmental Law*. Cambridge : Cambridge University Press, ch. 12, et, par exemple, l'affaire C-127/02 Waddenzee et l'affaire C-243/15 LZ (n° 2) (« Brown Bears II »).
10. Agence européenne pour l'environnement (2019), *The European Environment - state and outlook 2020*. Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne.

Dans le cas de l'accès à l'information, ces droits doivent être accordés à la population en général ; dans le cas de la participation du public et de l'accès à la justice, ils doivent être accordés à la population « concernée » par la question en jeu (articles 6(2) et 9(2)). Les ONGE qualifiées bénéficient d'un statut privilégié pour faire appliquer le droit de l'environnement, et ont la possibilité d'engager des poursuites judiciaires de plein droit (CEE-ONU, 1998 : Article 9(2)). Les États parties sont également tenus de veiller à ce que les procédures judiciaires entrant dans le champ d'application de la convention ne soient pas « d'un coût prohibitif » (article 9(4)). Le renforcement des mécanismes d'Aarhus constitue un aspect important des réformes de gouvernance proposées par le Green Deal européen, comme le soulignent le renforcement du règlement d'Aarhus en 2021 et la publication d'une communication (non contraignante) en 2020 sur l'amélioration de l'accès à la justice dans les États membres¹¹. Compte tenu de ce recours croissant aux mécanismes d'Aarhus pour combler le déficit de mise en œuvre du droit de l'environnement de l'UE, il est important de comprendre leur efficacité en pratique.

2. Mesurer l'impact de la gouvernance environnementale privée : une boîte à outils interdisciplinaire

Pour étudier cette question, nous avons utilisé une boîte à outils interdisciplinaire, avec trois méthodologies principales.

Tout d'abord, nous nous sommes engagés dans une recherche qualitative pour explorer comment les lois sur la gouvernance environnementale pourraient être mieux conçues pour encourager les comportements pro-environnementaux volontaires. Nous avons mené 2000 enquêtes et 165 entretiens semi-structurés approfondis à travers l'Irlande, la France et les Pays-Bas en 2018-2019, et couvrant trois groupes importants de parties prenantes dans la gouvernance environnementale : les agriculteurs et les propriétaires fonciers au sein des zones protégées, les ONGE, et les citoyens.

Ces trois États ont été sélectionnés pour leur variété de taille, de conditions environnementales, d'antécédents en matière de respect du droit de l'environnement de l'UE, de « famille » juridique (common law et droit civil), et de date de ratification de la Convention d'Aarhus.

Deuxièmement, nous avons engagé une recherche statistique quantitative, en utilisant le codage lexicométrique des lois pour cartographier l'évolution des lois sur la gouvernance environnementale aux niveaux national,

11. *Communication de la Commission européenne sur la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, Ramener la nature dans nos vies*, COM(2020) 380 ; *Communication de la Commission européenne sur l'amélioration de l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'UE et ses États membres*, COM(2020) 643 ; Commission européenne, *Accord politique sur le règlement d'Aarhus : La Commission se félicite du renforcement du contrôle public des actes de l'UE relatifs à l'environnement*, Communiqué de presse du 13 juillet 2021, IP/21/3610.

européen et international, et leur utilisation en pratique. Nous avons développé l'indice de gouvernance environnementale (en anglais NGI, pour *Nature Governance Index*), en codant plus de 6 000 lois sur la gouvernance environnementale, aux niveaux international, européen et national, depuis la naissance de la loi phare de l'UE en matière de conservation de la nature, la directive « Habitats » de 1992 (directive 92/43/CEE) jusqu'à 2015 inclus.

Cela fournit les premières données systématiques révélant la transformation des régimes de gouvernance environnementale en Europe au fil du temps. Nous avons également développé les indicateurs d'efficacité de la gouvernance environnementale (en anglais NGEI, pour *Nature Governance Effectiveness Indicators*), un nouvel ensemble d'indicateurs mesurant l'impact de ces nouveaux droits de gouvernance en pratique depuis 1992. Nous avons modélisé les NGEI par rapport au NGI afin de fournir un premier aperçu quantitatif permettant de déterminer si ces changements dans la gouvernance environnementale ont fait une réelle différence en pratique, et leur degré d'impact sur l'application traditionnelle par les autorités publiques. Les données des NGEI ont été collectées à partir d'une combinaison d'informations publiquement disponibles et de plus de 300 demandes formelles et informelles d'accès à l'information environnementale soumises sur une période de 3 ans à la Commission européenne et à des organismes nationaux et infranationaux en Irlande, en France et aux Pays-Bas.

Troisièmement, nous avons conçu une nouvelle expérience de laboratoire d'économie comportementale, afin de tester comment les règles de gouvernance environnementale affectent la conformité. Nous avons recruté 300 participants parmi les étudiants de l'University College Dublin pour jouer à un jeu unique qui testait comment les mécanismes de gouvernance traditionnels et privés/Aarhus induisaient des changements en pratique dans le comportement des propriétaires fonciers et des citoyens concernés par l'environnement. Les joueurs ont pris des décisions et ont interagi les uns avec les autres, au moyen d'un programme informatique fait sur mesure dans un laboratoire informatique d'économie comportementale. Le nombre de jetons (argent) gagnés par chaque joueur à la fin du jeu dépendait des décisions prises.

3. Résultats

3.1. Résultats qualitatifs

En décrivant d'abord les résultats de notre recherche qualitative, nos enquêtes et nos entretiens ont révélé une riche palette de facteurs qui encouragent (attirent) ou découragent (repoussent) l'action pro-environnementale des propriétaires fonciers et des agents privés potentiels de l'environnement. Le tableau 1 résume les facteurs qui, selon nous, encouragent ou découragent l'application volontaire privée des règles de protection environnementale par les citoyens et les ONGE.

	Facteurs attractifs/encourageants	Facteurs répulsifs/décourageants
Facteurs influençant l'application de la loi par les ONGE	Conviction que l'État ne fait pas assez (IE, NL) Nécessité de contrer le puissant lobby agricole (IE) Nécessité de pallier le sous-financement de l'agence nationale de protection environnementale (IE) Croyance dans le potentiel de transformation de la législation européenne en matière de conservation de l'environnement (IE) Croyance en l'efficacité des plaintes du secteur des ONGE (NL) Le rôle léger de la Commission européenne (NL)	Manque de ressources et d'expertise des ONGE (IE, FR, NL) Réticence à agir contre les agriculteurs (IE, NL) Croyance dans le rôle principal de l'État en tant qu'exécuteur (FR) Effet d'exclusion de l'obligation d'agrément (FR) Ressources des ONGE utilisées pour soutenir l'application de la loi par l'État (FR)
Facteurs influençant l'application de la loi par les citoyens	S'impliquerait si elle était personnellement concernée (IE, NL) Soutien des ONG à l'action citoyenne (NL)	Manque de connaissance des mécanismes (IE, FR, NL) Croyance en l'autonomie des agriculteurs sur leurs propres terres (IE, FR, NL) Coût et temps (IE, NL) Ostracisation sociale (IE, NL) Complexité (FR, NL) L'État doit faire respecter la loi ; le rôle des citoyens est de s'y conformer et non de faire respecter la loi (FR) L'activisme environnemental est pour les ONGE (IE, NL) Peu enclin à restreindre le progrès économique (NL)

Tableau 1 : Effets de la loi sur la potentielle mise en œuvre privée du droit de l'environnement

Le tableau 2 résume les facteurs qui, selon nous, encouragent ou découragent les initiatives de préservation prises par les agriculteurs propriétaires.

Facteurs attirant/encourageant les initiatives de préservation par les agriculteurs.	Croyance en l'importance de la nature dans les zones protégées et au rôle des agriculteurs comme gardiens de la terre (IE, FR, NL) Implication des agriculteurs locaux dans la création de règles spécifiques à appliquer et à faire respecter (IE, FR, NL) Engagement direct avec les agriculteurs pour faire connaître les règles et le raisonnement qui les sous-tend (IE, FR, NL) Engagement avec les ONGE qui ont une expertise en matière de préservation (IE, NL) ; communication et construction du consensus (NL)
Facteurs repoussant/décourageant les initiatives de préservations par les agriculteurs.	Perception d'injustices dans les procédures de désignation Natura 2000 (IE) Perception d'un manque de publicité sur les règles substantielles de Natura 2000 (IE, FR, NL) Perception que les règles sont imposées/contrôlées par les membres citoyens d'États/d'ONGE qui ne comprennent pas l'agriculture (IE, FR, NL). Perception que les règles n'ont pas de véritable sens environnemental (IE, FR) Incohérences entre les lois mettant en œuvre Natura 2000 et les régimes de subventions agro-environnementales, et conviction que les régimes agricoles favorisent les agriculteurs intensifs (IE) Déconnexion entre les organismes publics chargés de l'environnement et ceux chargés de l'agriculture (IE) Participation d'ONGE/ de citoyens qui n'ont aucun lien avec la région (IE, FR, NL) Perception de certaines ONGE comme des opposants systématiques (IE) qui vilipendent les agriculteurs (FR) et/ou exagèrent (NL) Perception selon laquelle les ONGE/citoyens peuvent utiliser l'application de la loi à des fins égoïstes/nocives (IE, FR).

Tableau 2 : Effets de la loi encourageant/décourageant les initiatives de préservation par les agriculteurs

Bien qu'il y ait un consensus général au sein des ONGE sur l'utilité des mécanismes d'Aarhus, relativement peu d'ONGE en Irlande et en France ont effectivement fait usage de ces mécanismes. Nos entretiens approfondis révèlent diverses raisons à ce faible taux d'utilisation, en particulier leurs ressources limitées et leur staff réduit, les charges administratives et financières qu'implique l'utilisation des mécanismes d'Aarhus, et (en particulier dans le cas de l'accès à la justice) la perception que l'utilisation de ce mécanisme nécessite une expertise juridique particulière.

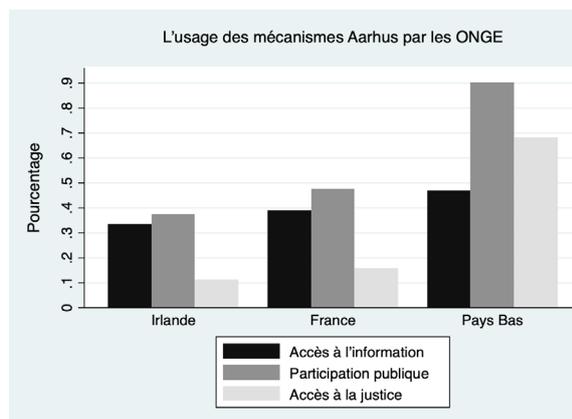


Figure 1 : Utilisation des mécanismes d'Aarhus par les ONGE

Pour ce qui est du grand public, peu avaient fait usage de leurs droits d'accès à l'information ou à la justice. Toutefois, le rendu est différent pour la participation populaire, puisqu'un quart des citoyens interrogés ont déjà exercé leur droit à présenter des observations.

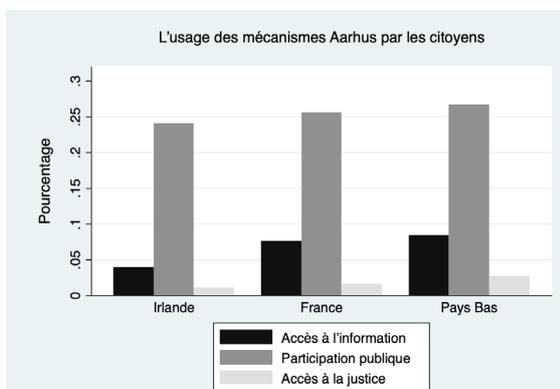


Figure 2 : Utilisation des mécanismes d'Aarhus par les citoyens

3.2. Résultats quantitatifs

Pour ce qui est de la recherche quantitative, notre cartographie de l'évolution des règles européennes de gouvernance environnementale de 1992 à 2015 offre une confirmation forte de leur tournant démocratique¹² au cours de la dernière génération.

12. Dans le sens, comme indiqué dans l'introduction, de la démocratisation de l'application des lois environnementales, en conférant aux citoyens et aux ONGE des droits légaux d'accès à l'information environnementale, de participation du public et d'accès à la justice en matière d'environnement.

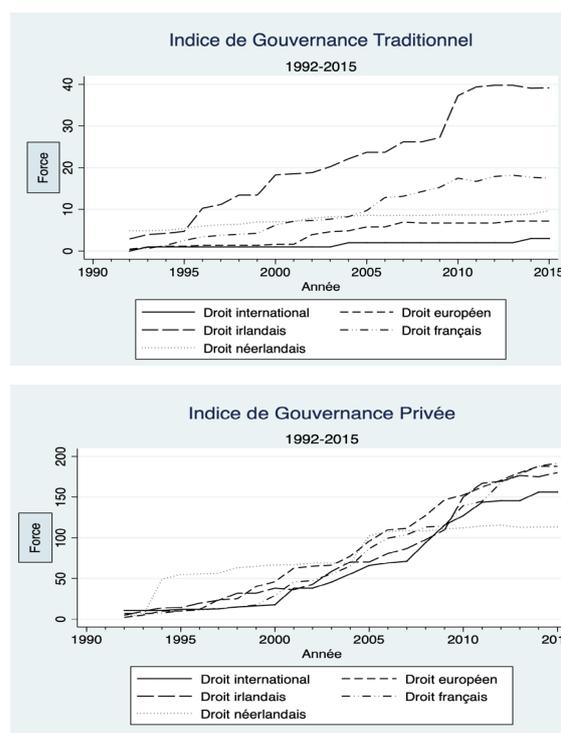


Figure 3 : Comparaison des tendances de la gouvernance traditionnelle et de la gouvernance privée

Comme le montre l'extrait de l'Indice de Gouvernance Traditionnelle ci-dessus, la force des mécanismes de gouvernance traditionnels (tels que les sanctions pénales et les amendes civiles) est restée relativement stable au cours de cette période de 23 ans.

Aux Pays-Bas, certaines initiatives législatives (en particulier la loi sur la flore et la faune de 1999 et la loi sur la protection environnementale de 1998) ont renforcé les règles de gouvernance traditionnelle.

Dans le cas de la France, on observe une augmentation progressive reflétant un renforcement législatif, notamment par la mise en place de sanctions lors d'atteintes aux espaces environnementaux préservés (loi n° 95-101 relative au renforcement de la protection de l'environnement), aux parcs naturels nationaux et régionaux et aux parcs naturels marins (loi n° 2013-619 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable), ainsi que la jurisprudence y afférente.

À l'inverse, l'Irlande se distingue comme une juridiction où la force de la gouvernance traditionnelle s'est nettement renforcée au cours de cette période. En ce qui la concerne, ces 23 années ont vu l'adoption de nombreux textes législatifs importants en matière d'environnement, notamment la loi de 2000 sur la faune établissant des zones protégées nationales (zones de patrimoine national), la loi de 2000 sur la planification et le développement qui a réformé en profondeur la législation irlandaise en matière de planification et d'utilisation des sols, et l'adoption d'un certain nombre de règlements ministériels transposant des éléments des directives « Oiseaux » et « Habitats ».

Cette stabilité relative des régimes traditionnels de gouvernance environnementale étudiés entre 1992 et 2015 contraste avec l'augmentation marquée de la force des mécanismes de gouvernance privés / Aarhus en Irlande, en France et aux Pays-Bas au cours de cette période.

L'augmentation constante de la force des mécanismes de gouvernance privée en vertu du droit communautaire reflète la décision de l'UE d'intégrer les principes d'Aarhus dans le droit communautaire par le biais de la directive sur l'accès à l'information (directive 2003/4/CE), de la directive sur la participation du public (2003/35/CE), de la décision concluant la convention d'Aarhus au nom de l'UE (décision 2005/370/CE) et du règlement d'Aarhus appliquant les principes d'Aarhus aux institutions de l'UE (règlement 1367/2006).

Les législations française et irlandaise ont suivi des trajectoires largement parallèles à celles de l'UE, reflétant le fait que ces États n'ont généralement pas été les premiers à intégrer les normes de gouvernance environnementale privée (c'est-à-dire les mécanismes d'Aarhus) dans leurs règles de gouvernance, mais l'ont fait juste après la signature de la Convention.

La trajectoire détonnante est celle des Pays-Bas, où la force des règles privées de gouvernance environnementale a augmenté et est restée élevée, même avant la signature de la Convention. Cela reflète le fait que l'essence des mécanismes d'Aarhus, c'est-à-dire l'accès à l'information sur l'environnement, la participation du public et l'accès à la justice, était déjà en partie présente dans le droit néerlandais. Par exemple, l'entrée en vigueur de la loi sur la protection de l'environnement en 1993 et la loi générale sur le droit administratif de 1994 ont, entre autres, codifié le droit d'accès des ONGE aux tribunaux. En effet, nos données révèlent que la gouvernance privée était, en droit, déjà bien établie aux Pays-Bas avant Aarhus.

Nos résultats démontrent également les effets du manque d'harmonisation¹³ dans le domaine de l'accès à la justice. Malgré les efforts déployés par la Commission européenne depuis une vingtaine d'années, les États membres ont résisté à l'idée d'inscrire expressément les droits d'accès à la justice environnementale dans la législation européenne¹⁴, obligeant la Commission de se contenter de publier des orientations non contraignantes

13. C'est-à-dire l'adoption d'une législation européenne expresse concernant l'accès à la justice en matière d'environnement.

14. Kingston, S., Heyvaert, V. et Čavoški, A. (2017). *European Environmental Law*. Cambridge : Cambridge University Press, ch. 7, pp. 237-246. La Commission a proposé une directive générale sur l'accès à la justice en matière d'environnement en 2003 (COM(2003)624), mais celle-ci a rencontré l'opposition du Conseil. La dernière communication de la Commission sur l'amélioration de l'accès à la justice en matière d'environnement (COM(2020)643) continue de souligner la nécessité d'une plus grande harmonisation législative dans ce domaine, comme indiqué ci-dessous.

en la matière¹⁵, sauf dans certains domaines limités tels que l'évaluation des incidences sur l'environnement et les émissions industrielles.

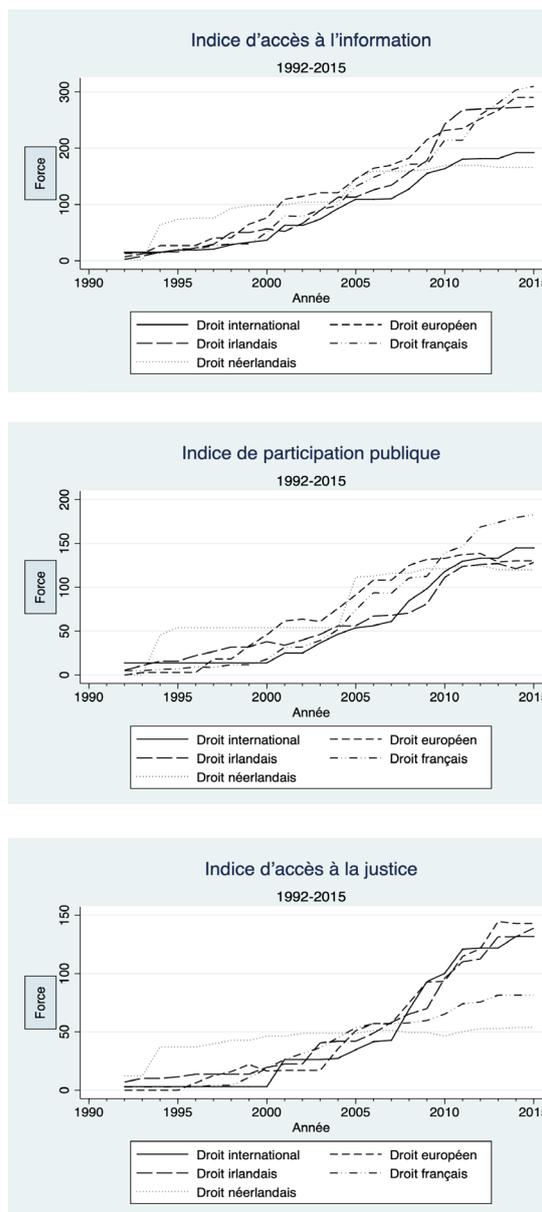


Figure 4 : Tendances de l'accès à l'information, de la participation du public et de l'accès à la justice par rapport aux autres pays

Nos résultats confirment que, dans la quête continue de la Commission européenne pour renforcer l'accès à la justice environnementale au sein des États membres, la législation expresse reste le « Saint Graal ». Ceci est, en effet, cohérent avec la récente demande adressée par la Commission européenne aux co-législateurs de l'UE (c'est-à-dire le Conseil et le Parlement européen) d'inclure des dispositions expresses d'accès à la justice dans les règles environnementales européennes contraignantes, nouvelles ou révisées¹⁶.

15. Commission européenne. Communication de la Commission sur l'accès à la justice en matière d'environnement (C(2017) 2616) ; Commission européenne, Communication sur l'amélioration de l'accès à la justice en matière d'environnement dans l'UE et ses États membres (COM(2020) 643).

16. *Ibid.*

En ce qui concerne les indicateurs d'efficacité de la gouvernance environnementale, nos résultats constituent une mise en garde contre la révolution de la gouvernance environnementale privée en Europe. Si nos résultats confirment l'adoption généralisée de règles sur la gouvernance environnementale privée dans les juridictions étudiées entre 1992 et 2015, ils fournissent également, à notre connaissance, la première preuve empirique systématique que ces droits accrus pour les citoyens ne sont pas utilisés de manière cohérente en pratique. Pour prendre l'exemple de l'accès à la justice, si nous avons certainement constaté une augmentation des affaires portées par des parties privées pour faire appliquer la législation européenne environnementale devant les tribunaux nationaux, cette augmentation a été irrégulière et, dans le cas de l'Irlande et de la France, les chiffres sont restés à des niveaux relativement bas (figures 5A et 5B).

Dans l'ensemble, l'utilisation des mécanismes privés de gouvernance environnementale en pratique n'a pas suivi le rythme de leur développement en droit. En outre, les données sur les niveaux d'utilisation des mécanismes d'Aarhus étaient souvent difficiles d'accès, ce qui a conduit à un manque fondamental de transparence sur le succès de ces nouveaux mécanismes de gouvernance, une situation elle-même contraire aux objectifs de la Convention d'Aarhus.

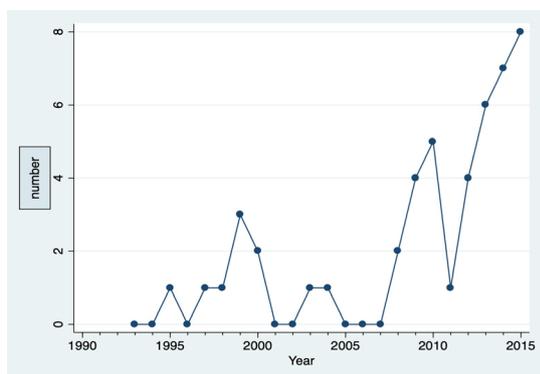


Figure 5A. Irlande

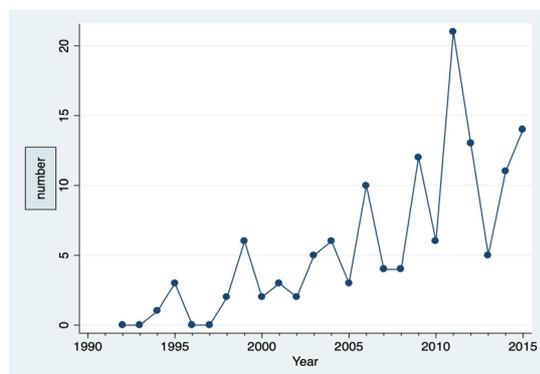


Figure 5B. France

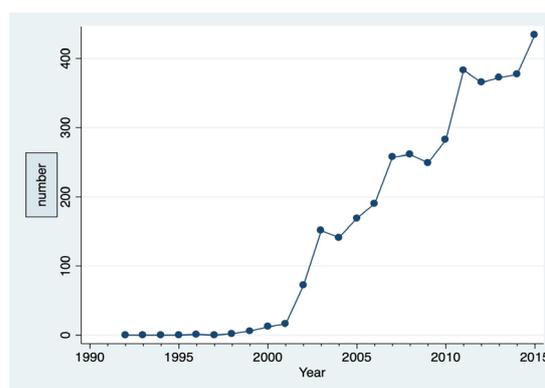


Figure 5C. Les Pays-Bas

Figure 5 : Nombre de procédures engagées par des parties privées (y compris des ONGE) devant des tribunaux nationaux dans lesquelles le demandeur cherchait à faire appliquer le droit européen de l'environnement, 1992-2015

En ce qui concerne les procédures d'exécution par la Commission européenne, nos données montrent un pic clair dans l'ouverture de procédures au titre de l'article 258 du TFUE contre les trois États membres sur la période courant de 1997 à 2003. Ces procédures partent d'un niveau bas avant 1997 et reviennent à un niveau bas à compter de 2003 (Figure 6). Ces données confirment l'opinion selon laquelle la Commission s'est orientée vers une approche « gestionnaires » de la conformité environnementale, même dans le domaine du droit de l'environnement, en réduisant son recours aux procédures juridiques formelles.

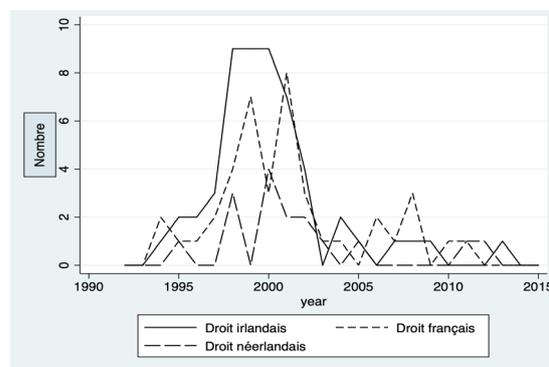


Figure 6. Nombre de procédures d'infraction à l'article 258 du TFUE engagées par la Commission européenne contre l'Irlande, la France et les Pays-Bas, 1992-2015¹⁷.

Nos résultats de régression statistique révèlent également pour la première fois que, malgré ces incohérences dans l'utilisation des mécanismes d'Aarhus en pratique, l'adoption de lois sur la gouvernance privée peut en fait améliorer les niveaux d'application par l'État du droit européen de l'environnement en pratique. Fait fascinant, nous avons constaté que, si le renforcement des règles sur la gouvernance privée a amélioré de manière significative les niveaux d'application des règles environnementales par l'État, le renforcement des règles sur la gouvernance traditionnelle ne l'a pas fait. Cela suggère qu'en renfor-

17. Source : Données obtenues auprès de la Commission européenne, DG Environnement.

çant les règles d'Aarhus/de gouvernance privée, les États peuvent exploiter l'ombre de l'hétérarchie pour accroître sur le terrain la mise en œuvre par l'État du droit européen de l'environnement¹⁸.

3.3. Résultats expérimentaux de l'économie comportementale

Notre expérience en laboratoire a confirmé que les règles de gouvernance environnementale traditionnelles et privées, combinées, donnent des résultats plus efficaces en matière de préservation environnementale que les règles de gouvernance traditionnelles seules. Cela apporte un soutien empirique à l'hypothèse commune selon laquelle le renforcement des mécanismes de « démocratie environnementale », et des mécanismes d'Aarhus en particulier, conduit à de meilleurs résultats environnementaux.

Nos résultats expérimentaux montrent également que les règles de gouvernance environnementale, quelles qu'elles soient - qu'il s'agisse de règles de gouvernance traditionnelles ou privées/Aarhus - sont beaucoup moins nécessaires si les propriétaires fonciers ont de fortes convictions pro-environnementales. Cela suggère que les ressources consacrées à la mise en œuvre pourraient être mieux dirigées vers ceux qui ont des convictions environnementales plus faibles, et étaye la recherche qualitative montrant que la dépendance aux règles de gouvernance traditionnelles ou privées dans les cas de fortes convictions pro-environnementales de la part des propriétaires fonciers peut être contre-productive.

En outre, nos résultats expérimentaux montrent que la perception de l'efficacité de l'application traditionnelle de la législation environnementale par les autorités publiques ne dissuade pas les citoyens chargés de l'application de la législation (c'est-à-dire le « public »/le « public concerné » au sens de la Convention d'Aarhus). Ces résultats remettent donc en question le discours typique des responsables de l'application des règles, comme la Commission européenne, selon lequel les mécanismes d'Aarhus sont destinés à combler le vide laissé par l'application des lois par les pouvoirs publics. Cependant, nous notons que notre expérience n'a pas pris en compte le cas des ONG, qui peuvent être en mesure d'agir de manière plus stratégique que les citoyens en choisissant d'être actifs là où l'application publique fait défaut.

Conclusion

L'amélioration de l'application des règles environnementales européennes est au cœur de la stratégie de l'UE en faveur de la biodiversité à l'horizon 2030, et est reconvenue par la Commission européenne comme essentielle pour faire face à la crise de la biodiversité en Europe.

La Convention d'Aarhus, et son renforcement de la gouvernance privée en permettant à la société civile de faire appliquer la loi, a été la pierre angulaire de la stratégie européenne de mise en œuvre de la législation environnementale au cours de la dernière génération.

Nos résultats révèlent que, contrairement à ce que l'on aurait pu supposer, la révolution de la gouvernance privée en Europe ne s'est pas faite au détriment des techniques de gouvernance traditionnelles, telles que le renforcement des sanctions pénales et des amendes civiles/administratives. Au contraire, la gouvernance privée a évolué parallèlement aux mécanismes traditionnels, notamment au niveau national.

Nos résultats montrent en outre des différences frappantes entre les approches des États en matière de gouvernance environnementale et l'impact de la législation européenne dans ce domaine, allant du statut de pionnier (Pays-Bas) à celui de réactif (Irlande), ou d'un entre-deux (France). En fin de compte, ils confirment fortement que, même lorsque les États membres sont liés de manière indépendante par la Convention en tant que droit international, des divergences importantes entre les lois nationales de gouvernance subsistent, en l'absence d'une harmonisation expresse dans le droit communautaire.

En outre, même lorsque la loi autorise une mise en œuvre par le privé, une culture réglementaire peu favorable peut en empêcher les initiatives. La hiérarchie formelle de la loi ne suffit pas. Pour que l'application privée de la législation environnementale s'épanouisse en pratique, il faut une culture réglementaire favorable, encouragée par l'État. L'utilisation des mécanismes d'Aarhus doit être directe, sans complications et peu coûteuse. Du point de vue de l'UE, si la Commission souhaite accroître les mises en œuvre privées, elle doit donc aller au-delà du contrôle de l'application formelle des exigences de la convention d'Aarhus pour s'assurer que l'État encourage une culture réglementaire favorable et ouverte à la mise en œuvre privée. En fin de compte, malgré toute l'importance accordée par l'UE à la Convention, on reste fermement convaincu (dans les trois juridictions et les trois groupes de parties prenantes) du rôle central de l'application publique par l'État et/ou la Commission européenne.

De plus, nos résultats montrent que, contrairement à l'idée reçue selon laquelle l'application privée permet la « démocratie environnementale », les mécanismes d'Aarhus sont en fait largement utilisés par un sous-groupe d'ONG spécialisées, et non par les citoyens en général. Nous pensons que pour briser ce moule, il ne suffira pas d'adopter de nouvelles lois, ni même d'allouer des ressources à l'État et de faire connaître clairement les droits en question, mais qu'il faudra un changement plus profond dans la tradition et la culture réglementaires, ce dont nous doutons qu'il puisse être réalisé par l'État seul. En outre, si l'objectif politique est réellement de renforcer la démocratie environnementale, il existe peut-être des

18. Par opposition à l'ombre de la hiérarchie qui a été démontrée comme étant le résultat de constructions juridiques hiérarchiques dans certains cas : voir, par exemple, Borzel, T., 2010. 'European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy', 48(2) *Journal of Common Market Studies* pp.191 - 219.

outils plus directement efficaces que la Convention. L'un de ces outils pourrait être, par exemple, un forum consultatif et délibératif de citoyens englobant la gouvernance environnementale, y compris la gouvernance environnementale, et qui pourrait englober d'autres parties prenantes, y compris l'État, les ONGE et les agriculteurs. Ce forum pourrait s'inspirer de modèles de délibération des citoyens tels que la Convention constitutionnelle et l'Assemblée des citoyens sur le changement climatique en Irlande.

En résumé, nos résultats mettent en évidence quatre grandes leçons politiques. Premièrement, pour rendre les lois environnementales plus efficaces, la connaissance, la communication et la clarté sont importantes. Non seulement du contenu de la loi, mais aussi de son objectif environnemental. Dans chaque juridiction, nos données suggèrent la nécessité d'une source d'information claire et indépendante pour les propriétaires fonciers, les citoyens et les ONGE sur l'objectif et le contenu des règles européennes environnementales et les mécanismes d'Aarhus.

Deuxièmement, les procédures, la consultation et l'inclusion sont également nécessaires. Nous avons trouvé des preuves dans chaque État que, dans les zones protégées, les programmes d'agriculture de préservation dirigés localement, qui tiennent compte de la nature spécifique des habitats ou des espèces protégés en question, et qui impliquent les agriculteurs, peuvent fortement encourager les motivations pro-environnementales des agriculteurs participants.

Troisièmement, les efforts visant à augmenter les niveaux de gouvernance environnementale privée n'ont pas entièrement réussi jusqu'à présent. Les États membres

et la Commission européenne devraient faire preuve de prudence lorsqu'ils comptent sur les agents privés chargés de l'application de la législation sur la nature comme solution (partielle) au déficit de mise en œuvre de la législation européenne sur la nature. Nos résultats quantitatifs soulignent le danger d'une confiance excessive dans les mécanismes d'Aarhus pour combler les lacunes laissées par une mise en œuvre insuffisante des autorités nationales et/ou européennes. Plus précisément, ils mettent en évidence le fait que l'adoption de lois privées sur la gouvernance environnementale est loin d'être la fin de l'histoire pour les décideurs politiques qui souhaitent engager une armée potentielle de citoyens «chiens de garde» de l'environnement pour compléter l'application publique. Leur efficacité en pratique présente encore des lacunes importantes et des divergences significatives entre les États membres quant au degré d'engagement des citoyens privés et des ONGE.

Enfin, le renforcement de la gouvernance environnementale privée peut avoir l'avantage supplémentaire d'améliorer les niveaux d'application de l'État en pratique. Nous avons constaté que, si le renforcement des lois sur la gouvernance privée a amélioré de manière significative les niveaux d'application de la loi sur la nature par l'État, le renforcement des lois sur la gouvernance traditionnelle ne l'a pas fait. Pour les décideurs politiques qui cherchent à accroître sur le terrain l'application de la législation européenne sur la nature, le renforcement des droits de gouvernance privée peut être un moyen plus efficace que le simple renforcement des mécanismes de gouvernance traditionnelle existants, tels que les niveaux de sanctions pénales maximales ou les amendes civiles.



Tímea Drinóczi • Professeur invité, Université fédérale de Minas Gerais, Brésil

L'émergence d'un constitutionnalisme illibéral et d'une légalité illibérale en Europe : que se passe-t-il et que peut faire l'UE ?

Les événements politiques actuels en Pologne et en Hongrie témoignent d'une grave détérioration de l'État de droit, ce qui est inquiétant pour tous les partisans d'une démocratie constitutionnelle substantielle avec toutes ses composantes : l'État de droit, la démocratie et la protection des droits de l'homme¹. Comme l'ont montré les débats juridiques et politiques entre les gouvernements polonais et hongrois et différents acteurs au niveau de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, l'État de droit est rejeté en tant que valeur fondamentale², ce qui entraîne le non-respect de ses ramifications juridiques et l'introduction d'une légalité illibérale³, qui est une simple approche formaliste et instrumentale du droit⁴.

Il est intéressant de comprendre pourquoi et comment cette détérioration de l'État de droit a pu se produire dans deux États membres de l'Union européenne au cours de la dernière décennie. Lorsqu'on aborde ces questions, on suppose en effet que le constitutionnalisme illibéral n'est apparu que récemment et qu'il pourrait s'étendre à d'autres États membres. Il est donc d'autant plus important d'identifier les raisons expliquant le succès des gouvernements dirigés par Orbán et Kaczyński dans la mise en œuvre d'un programme de réforme autocratique et illibéral. Ces raisons peuvent être trouvées, en partie, dans la trajectoire historique et émotionnelle des Polonais et des Hongrois. En raison de la nature éventuellement contagieuse du constitutionnalisme illibéral, en particulier dans la région de l'Europe centrale et orientale, en

raison de son histoire commune et de ses trajectoires émotionnelles potentiellement similaires⁵, il est de la plus haute importance de comprendre ce que l'Union européenne peut et ne peut pas faire avec ses États membres qui ont déjà consolidé leurs systèmes constitutionnels illibéraux (Hongrie et Pologne) et ceux qui viennent d'entreprendre le chemin menant à cette consolidation.

Nous expliquerons brièvement ce qu'est le constitutionnalisme illibéral et comment il a émergé en Hongrie et en Pologne pour ensuite répondre à la question principale de cet article, à savoir comment et pourquoi les gens ont soutenu les gouvernements illibéraux et populistes même après avoir fait l'expérience des effets néfastes de leurs politiques. Nous analyserons les options ouvertes à l'Union européenne compte tenu de l'attitude des citoyens de ces États avant d'essayer de résumer certaines des leçons tirées de cette expérience – à défaut de pouvoir en tirer des conclusions.

1. Le constitutionnalisme illibéral

Dans un ouvrage récent⁶, mon co-auteur et moi-même développons le concept de « constitutionnalisme illibéral », en adoptant une vision holistique du contexte régional, de la progressivité, des méthodes et du contenu des changements observés en Hongrie et en Pologne, ainsi que des différences tangibles entre ces derniers et les « véritables États autoritaires ». Selon nous, le constitutionnalisme illibéral est une étape du processus d'« autoritarisation » des États membres de l'UE (« illibéralisation » de leur constitutionnalisme), principalement dans la région postsocialiste qui a été « frappée » par des leaders populistes autocrates depuis les années 2010. Ils ont entraîné la détérioration de la démocratie constitutionnelle et l'évidement de ses composantes. Le caractère progressif de cette détérioration et l'intégration du droit communautaire (acquis) et des engagements en matière de droits de l'homme (indépendamment de leurs faiblesses et de leurs défauts) dans l'application quotidienne du droit ont empêché ces États de se transformer en autoritarismes (modernes). C'est une partie du concept de constitutionnalisme illibéral. Nous soutenons aussi que l'attrait normatif du régime pour la population pourrait trouver ses racines davantage

1. Cette recherche est soutenue par le Centre scientifique national, Pologne (2018/29/B/H55/00232, « Le constitutionnalisme illibéral en Pologne et en Hongrie »).
2. Comme l'indépendance du pouvoir judiciaire et le respect des décisions de la CJUE.
3. Kim Lane Scheppele appelle ce phénomène le légalisme autocratique. Voir, Kim Scheppele, 'Autocratic Legalism' (2018) 85 *University of Chicago Law Review*.
4. Tímea Drinóczi et Agnieszka Bień-Kacata, 'Illiberal Legality' dans Tímea Drinóczi et Agnieszka Bień-Kacata (eds), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism : Poland and Hungary within the European Union* (Routledge, 2021).

5. Tímea Drinóczi et Agnieszka Bień-Kacata, 'Extra-Legal Particularities and Illiberal Constitutionalism – The Case of Hungary and Poland' (2018) 59 *Hungarian Journal of Legal Studies* 338.
6. Tímea Drinóczi et Agnieszka Bień-Kacata, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, (Routledge 2021). Le présent article se fonde principalement sur les conclusions de cet ouvrage, ainsi que sur celui que nous avons publié précédemment en coédition (Tímea Drinóczi et Agnieszka Bień-Kacata (eds), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism : Poland and Hungary within the European Union* (Routledge 2021) et un article publié sur *Verfassungsblog* (Tímea Drinóczi, 'The EU Cannot Save Us : Why Poland and Hungary need resilience, not future-oriented reforms of EU enforcement mechanisms', *VerfBlog*, 2021/7/07, disponible sur <https://verfassungsblog.de/the-eu-cannot-save-us/>).

dans une identité constitutionnelle déséquilibrée qui aspire à un leader charismatique que dans une philosophie politique particulière. Par conséquent, nous suggérons également que cet attrait pourrait être satisfait par l'application d'un patchwork d'idéologies dans la mesure où elles peuvent être invoquées par un leader charismatique pour satisfaire les besoins émotionnels actuels de la cité.

En bref, nous défendons l'idée que i) le constitutionnalisme ne doit pas nécessairement être libéral, ii) le constitutionnalisme illibéral est une détérioration du constitutionnalisme libéral et un pas vers l'autoritarisme, sans encore atteindre ce dernier stade, iii) il s'agit d'une théorie cohérente dans sa forme illibérale et faiblement contrainte, iv) elle présuppose une identité constitutionnelle illibérale, dans laquelle l'orientation des valeurs libérales et non libérales ou illibérales de la population peut prévaloir par intermittence, comme c'est le cas en Hongrie et en Pologne.

Les changements constitutionnels en Hongrie et en Pologne depuis 2010 et 2015 respectivement, nous conduisent à donner plus de poids au désenchevêtrement du libéralisme et du constitutionnalisme. Le « constitutionnalisme » pourrait être considéré moins comme une idéologie et plus comme une conception constitutionnelle qui pourrait accueillir une variété de moralités, de philosophies ou de pratiques politiques, en particulier dans les États dans lesquels le constitutionnalisme libéral est déjà établi comme une idéologie politique et une conception constitutionnelle.

La Hongrie et la Pologne se distinguent parmi les États en déliquescence démocratique et sont sensiblement différents des régimes autoritaires (modernes) existants. Leur détérioration n'a pas atteint, ni quantitativement ni qualitativement, l'état d'« autoritarisme ». Cela ne signifie toutefois pas qu'une tendance de plus en plus autoritaire ne peut être observée dans les deux pays. La Hongrie et la Pologne sont toujours membres de l'UE, qui, malgré ses échecs, impose une contrainte interne particulière, bien que plutôt faible, aux dirigeants politiques des deux pays. L'existence de cette contrainte interne signifie qu'il s'agit toujours de systèmes constitutionnalistes. En même temps, la détérioration de la démocratie, la violation des droits de l'homme et de l'État de droit impliquent que le constitutionnalisme hongrois et polonais peut être qualifié d'« illibéral », signe que le vecteur de développement de l'idéologie et de la conception constitutionnelle a pris un nouveau tournant (différent de l'idée originale de constitutionnalisme libéral introduite au début des années 1990).

Ce constitutionnalisme illibéral s'appuie fortement sur les identités hongroise et polonaise qui ont été façonnées de telle manière qu'elles sont enclines à accepter et à soutenir des visions et des idées illibérales (non libérales), ce qui rend la survie du constitutionnalisme libéral plus difficile - mais pas impossible. Ils permettent également au régime illibéral de défendre et de maintenir ses élé-

ments constitutifs, car ceux-ci ne sont pas contraires aux identités constitutionnelles déséquilibrées des Hongrois et des Polonais.

Plusieurs indices nous montrent le démantèlement des élections équitables, l'indépendance des médias, la diminution de la protection des droits de l'homme, la disparition de l'indépendance du pouvoir judiciaire, etc. La plupart de ces indices classent la Hongrie et la Pologne dans la catégorie des régimes hybrides, tandis que l'Institut V-Dem qualifie la Hongrie de système autoritaire. Le démantèlement et l'affaiblissement des garanties institutionnelles nécessaires à une démocratie constitutionnelle de fond sont évidents. Cependant, ce qui est moins évident, c'est de savoir si le soutien populaire à ces gouvernements, en particulier celui de la Hongrie, est réellement le fruit de manipulations du système électoral et de médias biaisés. Ailleurs, avec Agnieszka Bień-Kacała et Gábor Mészáros⁷, j'ai soutenu qu'indépendamment des réformes institutionnelles de cette dernière décennie, les politiques d'Orbán et de Kaczyński ont bénéficié d'un véritable soutien populaire. La question est maintenant de savoir pourquoi. Dans l'une de ses conférences publiques⁸, Kim Lane Scheppele a soutenu⁹ que c'est le système des partis et la politique des partis qui sont à blâmer pour les derniers processus d'autocratisation, et pas nécessairement le peuple qui a été capturé ou mal influencé par des politiciens populistes. Néanmoins, s'il existe certainement de nombreuses raisons pour ce type de décadence démocratique, ce sont toujours les électeurs qui ont réélu leurs représentants (en Hongrie, en 2014 et plus tard en 2018, et en Pologne, en 2019) - en sachant bien ce qu'ils ont fait du système constitutionnel et politique.

2. Le peuple

Les Hongrois et les Polonais ont des identités constitutionnelles instables, qui peuvent devenir plus visibles à certains moments historiques, et qui sont susceptibles de les conduire à opter pour un leader charismatique, sans aucun besoin d'idéologie ou de philosophie morale cohérentes. La victimisation collective, le narcissisme collectif et les valeurs illibérales d'une société donnée, surtout lorsqu'ils sont fortement appuyés et déclenchés par un leader autocratique populiste de droite, contribuent à la formation d'un constitutionnalisme illibéral et empêchent le renversement du système. Ces facteurs ne sont pas favorables au maintien du constitutionnalisme libéral, même s'ils ne le rejettent pas nécessairement, et pourraient être considérés comme l'une des principales

7. Drinóczi et Bień-Kacała, 'Illiberal Legality' (n 4); Tímea Drinóczi et Gábor Mészáros, 'Hungary: An Abusive Neo-Militant Democracy' in Joanna Rak et Roman Bäckler (eds), *Neo-militant Democracies in the Post-communist Member States of the European Union* (Routledge 2022).

8. UFMG Seminar Series in Constitutionalism and Democracy, 22 septembre 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=jz4EODT42>

9. Kim Lane Scheppele, 'The Party's Over' in Mark A Graber, Sanford Levinson et Mark Tushnet (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?* (Oxford University Press 2018).

raisons du succès de la politique populiste et du remodelage constitutionnel illibéral.

Les Hongrois et les Polonais semblent partager une compréhension spécifique des valeurs, y compris de l'État de droit - malgré les similitudes et les différences dans leur histoire constitutionnelle, leurs particularités historiques et leurs trajectoires émotionnelles.

Des études menées dans divers domaines des sciences sociales soutiennent l'affirmation selon laquelle la trajectoire historique hongroise¹⁰ - victimisation collective causée principalement par le traité de Trianon en 1920, les citoyens ayant été abandonnés dans leur déception par tous les régimes tout au long de l'histoire hongroise - n'est pas un terrain favorable pour construire une identité émotionnellement stable¹¹. Les Polonais sont souvent caractérisés comme une nation traumatisée en raison de la perte de leur statut d'État et de leur indépendance. Ces particularités ont été encore renforcées pendant l'ère soviétique dans les deux États. Les conclusions de Schwartz et Bardi de 1997 sur les priorités en matière de valeurs dans la région après la fin du régime communiste, qui semblent être confirmées par les résultats de la recherche sur les valeurs publiées en 2019, montrent que le profil de valeurs courant dans les pays d'Europe de l'Est, qui manque d'engagement envers les valeurs d'égalitarisme et d'autonomie, est mal adapté au développement de la démocratie¹².

Deux observations sont particulièrement importantes pour nous ici. La première est que les gens peuvent progressivement adapter leurs valeurs à des circonstances changeantes, augmenter l'importance des valeurs qui deviennent accessibles et diminuer l'importance de celles dont la poursuite n'est plus viable¹³. La seconde est qu'il semble exister des valeurs propres à l'Europe occidentale, qui ne sont pas communément partagées en Europe orientale¹⁴. Apparemment, les Européens de l'Ouest ac-

cordent peu d'importance aux valeurs de maîtrise (*mastery values*), plus d'importance aux valeurs d'autonomie affective et moins d'importance aux valeurs conservatrices. Ils apprécient davantage l'esprit d'initiative et la réussite, et sont très attachés à la tolérance et aux valeurs post-matérielles, telles que la liberté et la responsabilité sociale. En Europe de l'Est, les valeurs de maîtrise (*mastery values*) sont encore moins importantes¹⁵, le conservatisme et la hiérarchie sont primordiaux. Une question importante se pose alors : combien de temps prend cette acclimatation et peut-elle se produire du tout dans une société donnée ?

Ces différentes valeurs, ainsi que les résultats de la psychologie narrative et d'autres études empiriques de psychologie sociale, confirment notre hypothèse selon laquelle les attitudes émotionnelles des personnes et de la communauté sous-tendent la transformation illibérale et le degré de tolérance du non-respect de l'État de droit. Indépendamment des 20 ou 25 ans de constitutionalisme libéral en Hongrie et en Pologne, ce que nous semblons avoir aujourd'hui (mais peut-être à des degrés différents) est le suivant : manque de respect pour les autres ; confiance en soi compromise ; victimisation - et tous les sentiments d'infériorité qui y sont liés -, besoin d'un leader fort ; priorité aux valeurs conservatrices et hiérarchiques ; et réticence ou attitudes controversées envers les valeurs caractéristiques des démocraties constitutionnelles libérales ou des sociétés ouvertes, telles que l'autonomie intellectuelle, la liberté individuelle et la responsabilité. Tous ces phénomènes identitaires, qui ont apparemment déjà été intériorisés, finissent par se combiner pour former une identité nationale et constitutionnelle. Ce type d'identité de groupe, à certains moments de l'histoire, a semblé et semble encore être un terreau fertile pour les leaders populistes qui ont une vision illibérale de la société et de l'État. Néanmoins, il n'offre pas les meilleures conditions pour développer les vertus civiques nécessaires au maintien d'une démocratie constitutionnelle substantielle.

Des recherches récentes sur le narcissisme collectif ont montré qu'un lien peut être identifié entre ce type d'orientation des valeurs (nationalisme, autoritarisme, hiérarchie, orientation vers la domination sociale, homogénéité) et le populisme. Ces valeurs et attitudes se recoupent avec le narcissisme collectif¹⁶. Le narcissisme collectif est défini comme « la conviction que son propre groupe est exceptionnel et a droit à un traitement privilégié, mais que les autres ne le reconnaissent pas suffisamment. Ainsi, l'élément central du narcissisme collectif est

10. Voir par exemple Éva Fülöp et al., 'Emotional Elaboration of Collective Traumas in Historical Narratives' in Joseph P Forgas, Orsolya Vincze et János László (eds), *Social Cognition and Communication* (Psychology Press 2013); Anna Tarnowska, 'The Sovereignty Issue in the Public Discussion in the Era of the Polish 3rd May Constitution (1788-1792)' in Ulrike Müßig (ed), *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty: A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution* (Springer International Publishing 2016).

11. Fülöp et al. (n 10).

12. Shalom H Schwartz et Anat Bardi, 'Influences of Adaptation to Communist Rule on Value Priorities in Eastern Europe' (1997) 18 *Political psychology* 385. Voir aussi, G Skąpska, 'Law and society in a natural laboratory: the case of Poland in the broader context of East-Central Europe' in Max Kaase et al., *Three Social Science Disciplines in Central and Eastern Europe: Handbook on Economics, Political Science and Sociology* (1989-2001) (GESIS/Social Science Information Centre IZ ; Collegium Budapest Institute for Advanced Study 2002).

13. Schwartz et Bardi (n 12) 394.

14. Pour un point de vue différent, voir Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (Agora, Pocket 1989). Voir aussi, Wojciech Wrzesiński, *Charakter narodowy Polaków. Z rozważań historyka* [Le caractère national des Polonais. Des réflexions d'historien] (Uniwersytet Wrocławski 2004).

15. Schwartz et Bardi (n 12) 406. Voir aussi ex. Martin Krygier, 'The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist "Transitions", Populism, and the Rule of Law' (2019) 15 *European constitutional law review* 544.

16. Agnieszka Golec de Zavala, Karolina Dyduch Hazar et Dorottya Lantos, 'Collective Narcissism: Political Consequences of Investing Self Worth in the Ingroup's Image' (2019) 40 *Political psychology* 37; Aleksandra Cichocka et Aleksandra Cislak, 'Nationalism as Collective Narcissism' (2020) 34 *Current opinion in behavioral sciences* 69.

le ressentiment que l'exceptionnalité du groupe interne n'est pas suffisamment appréciée de l'extérieur »¹⁷. En tant que tel, le narcissisme collectif est une source essentielle de choix politiques qui sapent la démocratie libérale. En particulier, il est lié à l'hostilité et à l'agressivité entre les groupes, au comportement électoral, au conservatisme politique et à la pensée conspiratrice. Il est lié à la perception biaisée de la réalité du groupe, dans laquelle les événements sont vus et mémorisés de manière sélective au service de l'image du groupe et liés à une identité sociale qui divise¹⁸. Elle est également liée à la victimisation collective. En conséquence, la mémoire collective victimaire, avec des torts historiques perçus comme non résolus, et le sentiment intense d'exceptionnalité partagé par les Polonais et les Hongrois créent un environnement propice à une transformation illibérale et à l'émergence d'une compréhension particulière de l'État de droit - c'est-à-dire une légalité illibérale.

Il semble que les Hongrois et les Polonais partagent ce fond émotionnel, qui sous-tend leurs revendications politiques. Dans les deux pays, il y a toujours le sentiment que quelqu'un d'autre est responsable de l'échec collectif, ou que quelqu'un ne reconnaît ou n'admire pas assez les Hongrois et les Polonais. Ces trajectoires émotionnelles et historiques spécifiques, ces orientations de valeurs et ces attitudes des Hongrois et des Polonais ne sont pas seulement sérieusement aggravées par le populisme, mais elles se recourent également avec le narcissisme collectif, y compris la pensée conspiratrice. Le narcissisme collectif est associé à l'idée (fictive) d'une agression de la part de groupes extérieurs, qui conduit à son tour à une agression physique réelle contre les membres du groupe extérieur (par exemple, des attaques contre des personnes de couleur, y compris des attaques physiques ou des crachats sur elles) parce qu'elles parlent différemment et ont une apparence différente, ou sont associées à des positions politiques opposées. En Hongrie, elle est clairement présente dans la campagne de haine contre György Soros, les ONG, les personnes LGBTQI et celles qui soutiennent et promeuvent les droits de l'homme et la diversité. En Pologne, il était clair en relation avec l'accident d'avion de Smolensk en 2010, lorsque beaucoup ont affirmé que l'ancien Premier ministre Donald Tusk et la Russie étaient à blâmer.

Les électeurs hongrois et polonais se soucient peu de la réalisation, de la mise en œuvre et surtout du contenu de la valeur de l'État de droit, ce qui est assez regrettable. Comme l'a noté la Commission de Venise, « [l']État de droit ne peut s'imposer que dans un pays dont les habitants se sentent collectivement responsables de faire en sorte qu'il le soit, et intègrent cette responsabilité dans leur propre culture juridique, politique et sociale »¹⁹.

La responsabilité collective peut difficilement être nourrie lorsque l'État de droit est entouré d'interprétations nationalistes et politiques. Elle sort le concept de son contexte, en particulier lorsqu'elle affirme que l'État de droit est lui-même un concept fluide, principalement politique, mal adapté ou inadéquat pour être utilisé comme mesure objective dans une procédure juridique officielle (comme pour l'article 7 du TUE ou la « conditionnalité » de l'État de droit). Elle ne tient pas compte de la coexistence de deux considérations et, par conséquent, oriente mal le débat : même si les procédures juridiques peuvent être évaluées, critiquées ou même louées sur le plan politique, elles devraient toujours être considérées comme appartenant au domaine du droit et, en tant que telles, être informées par des approches, des garanties, des processus et des arguments juridiques. Néanmoins, cette approche bénéficie d'un soutien continu de la part des électeurs.

Les électeurs polonais et hongrois présentent des attitudes similaires en matière de valeurs²⁰ : compréhension majoritaire de la démocratie ; fort désir de stabilité, raison pour laquelle ils sont prêts à échanger les valeurs libérales et démocratiques ; tendance au conservatisme et à l'autoritarisme ; priorité donnée à la hiérarchie comme valeur primordiale, par opposition à l'égalitarisme, à l'autonomie intellectuelle et affective et à la maîtrise²¹. Par conséquent, c'est encore le peuple qui tolère, accepte, voire soutient ces changements dans le système constitutionnel et la politique populiste. Il semble que les gens souhaitent, ou du moins ne s'opposent pas substantiellement, au remodelage du constitutionnalisme hongrois et polonais.

Ceci étant dit, les récents résultats des élections, à l'automne 2019, en Pologne et en Hongrie, pourraient apporter une division verticale du pouvoir plus saine et plus de qualité dans la législation dans l'illibéralisme hongrois et polonais, ce qui pourrait rééquilibrer le degré de conformité de l'État de droit. Les résultats de ces élections montrent, tout d'abord, que l'opposition hongroise a pu s'organiser pour soutenir un candidat commun contre un candidat du Fidesz, ce qui a conduit à des résultats satisfaisants au niveau local²². Deuxièmement, les Polonais soutiennent toujours le tournant illibéral du parti au pouvoir, Droit et Justice (Prawo i Sprawiedliwość), mais, en même temps, ils n'acceptent pas totalement une nouvelle réduction du pluralisme politique²³. Néanmoins, les fon-

17. Golec de Zavala, Dyduch Hazar et Lantos (n 16) 37-38.

18. *Ibid* 39, 42, 44.

19. Liste des critères de l'État de droit (adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016)).

20. Jan Eichhorn et al., 'How European publics and Policy actors values an open society. Key insight across countries' (Open Society European Policy Institute 2019) : http://voicesonvalues.dpart.org/images/finalreports/OSI-019-18-Key-Insights_v5.pdf.

21. Schwartz et Bardí (n 12) 398.

22. *Note de la rédaction* : surtout, lors des élections locales hongroises de 2019, Gergely Karácsony a été élu maire de Budapest, battant le candidat sortant du Fidesz, István Tarlós, en poste depuis 2010.

23. *Note de la rédaction* : lors des élections législatives polonaises de 2019, le parti au pouvoir, Droit et Justice, a conservé sa majorité à la Diète, mais a perdu sa majorité au Sénat au profit de l'opposition. Avec 43,6 % du vote populaire, Droit et Justice a obtenu la plus grande part de voix de tous les partis depuis le retour de la Pologne à la démocratie en 1989.

dements du régime illibéral sont toujours intacts. L'autonomie des niveaux locaux est limitée, les gouvernements locaux hongrois et le Sénat polonais, qui ne peuvent pas influencer de manière significative le contenu des lois et éviter tout changement constitutionnel informel (et généralement inconstitutionnel), doivent toujours travailler dans le cadre national, et donc illibéral, qui peut facilement être modifié si nécessaire.

3. Que peut-on faire et que ne peut-on pas faire ?

Il est désormais un fait que l'UE ne peut pas résoudre ses différends juridiques avec la Hongrie et la Pologne. Une situation dans laquelle une communauté juridique et culturelle n'est pas en mesure de maintenir et de faire respecter son régime juridique peut avoir deux conséquences. Soit la nature partagée de ses valeurs juridiques et de ses idéaux et principes politiques peut être remise en question à juste titre, soit le pays dont les actions font douter de l'universalité de ces principes a déjà cessé de faire partie de cette communauté. C'est pourquoi il est suggéré de considérer la mise en œuvre de l'État de droit en Hongrie et en Pologne comme un exemple de « légalité illibérale ». Les actions juridiques entreprises par le « groupe extérieur » ne peuvent être efficaces contre la légalité illibérale, dans la mesure où l'illibéralisme et toutes ses implications sont également des symptômes de ce qui se passe dans l'ensemble de la société, qui non seulement ne se révolte pas et/ou ne peut pas se révolter avec force, mais soutient le régime et applaudit ses actions.

Pour l'opinion la plus pessimiste, la Hongrie et la Pologne serait déjà en dehors de la « communauté », comme en attesterait le faible pouvoir de contrainte que les restes de la législation européenne peuvent avoir sur les autorités publiques hongroises et polonaises. La question est de savoir quand la communauté juridique européenne, c'est-à-dire l'UE, et la Hongrie et la Pologne elles-mêmes, s'en rendront compte et quelles mesures elles prendront. Les détenteurs du pouvoir politique de la Hongrie et de la Pologne ne peuvent pas être disciplinés par les mesures habituelles « intra-groupe », car il s'agit de méthodes de résolution des litiges appartenant à une autre « réalité ». Plus tôt la communauté politique et les dirigeants européens en prendront conscience, mieux ils pourront promouvoir l'universalité du principe de l'État de droit au sein de l'Union européenne et faire avancer de manière productive le projet européen.

Une version optimiste proposerait ou ferait référence à un mécanisme d'application effective par lequel l'UE pourrait faire respecter ses valeurs avec succès. Malheureusement, la prévention semble être plus importante que le traitement des États renégats - ce qui est compréhensible, car les acteurs en présence ne parlent plus le même « langage ». Cette approche n'aide pas du tout à résoudre les différends, mais, au contraire, nous ramène au scénario le plus pessimiste ou en exige un plus réaliste. Une évaluation plus réaliste projetterait la formation

d'un jeu à plus long terme entre l'UE et la Hongrie et la Pologne, jusqu'au moment où le constitutionnalisme illibéral sera renversé, ou lorsque l'adhésion de la Hongrie et de la Pologne à l'UE deviendra politiquement, économiquement et émotionnellement indésirable pour les autres États membres et l'UE elle-même. Il est toutefois improbable que la synergie de ces trois facteurs se produise en même temps. Le renversement du régime ne semble pas non plus envisageable.

Pour être tout à fait clair : il y a deux implications alternatives à une situation dans laquelle une communauté juridique et culturelle n'est pas en mesure de maintenir et d'appliquer son régime juridique : soit l'universalité de ses valeurs et principes juridiques peut valablement être remise en question à juste titre, même s'il n'y a pas de compréhension commune concernant la définition de l'État de droit ; soit le pays dont les actions remettent en question l'universalité d'un principe ou d'une valeur fondamentaux a déjà cessé de faire partie de cette communauté. Il s'agit d'une disjonction exclusive ; il ne devrait pas y avoir d'entre-deux.

Les dirigeants de l'UE et les dirigeants de la Hongrie et de la Pologne vivent dans des réalités différentes. Il s'ensuit simplement que ce que l'UE peut faire n'est pas d'inverser les changements, ni même d'améliorer l'indépendance judiciaire déjà perdue ou d'accroître le respect de l'État de droit et des engagements en matière de droits de l'homme. Au contraire, la révision des procédures, le renforcement de la protection des valeurs de l'UE et la tentative d'accroître leur applicabilité sont tournés vers l'avenir et visent à prévenir la montée en puissance de futurs dirigeants autocratiques. Ceci étant dit, comme je l'ai déjà énoncé ailleurs, je ne vois pas comment ces nouveaux mécanismes politiques et juridiques pourraient être utiles si ces futurs dirigeants autocratiques suivent l'exemple de la Pologne (et de la Hongrie) : ils transforment progressivement leur système par des changements constitutionnels (formels et informels), sur la base de la légitimité démocratique acquise lors de la (des) première(s) élection(s) libre(s), équitable(s) et compétitive(s) ; ils invoquent abusivement des arguments de souveraineté nationale (ou leur identité constitutionnelle) aux niveaux politique et juridique ; ils conservent leur soutien par une rhétorique populiste de droite ; ils ont toujours une longueur d'avance sur les réactions à leurs méfaits.

En outre, les mesures politiques émanant de l'UE seraient contre-productives. Elles seraient décriées comme des attaques de Bruxelles et déclencheraient des défenses plus sévères s'appuyant sur la souveraineté nationale ou les récits d'identité constitutionnelle (comme cela s'est produit dans le « dialogue » UE-Pologne sur la réforme judiciaire). Les mesures juridiques seraient également inefficaces : les infractions au droit communautaire « axé sur les valeurs » ne seront pas rectifiées par ces gouvernements, mais pourraient entraîner la même réaction po-

litique : le non-respect des règles et le repoussement des limites encore plus loin.

Des mesures économiques pourraient être utiles, mais nous manquons de précédents significatifs dans ce domaine - peut-être que l'amende quotidienne que la Pologne doit payer en cas de non-conformité nous renseignera sur l'efficacité de ce type de mesure. Quant au mécanisme de conditionnalité de l'État de droit, le plan initial a été adouci, et surtout le gouvernement hongrois dispose d'autres ressources, par exemple des financements chinois et des obligations d'État - dans la mesure où le gouvernement ne se soucie que de ses objectifs à court terme et de l'enrichissement des oligarques plutôt que du bien-être à long terme.

Une manière plus efficace pour les constitutionnalistes de contribuer à la lutte contre une illibéralisation et une autocratisation encore plus poussées de la Hongrie et de la Pologne serait d'aider les facteurs de résilience au sein de ces pays afin que les Hongrois et les Polonais puissent s'aider eux-mêmes. Pour cela, l'identité et l'orientation vers les valeurs occidentales des électeurs devraient prévaloir lors des prochaines élections, même si la société, dans une certaine mesure, s'est habituée aux visions illibérales des gouvernements, voire les accueille favorablement. La décision polonaise sur l'avortement et la loi hongroise anti-LGBTQ semblent susciter un fort mécontentement, qui a fait descendre les gens dans la rue. Tusk revient sur la scène politique polonaise, et l'opposition hongroise est plus qu'unie et, selon les derniers sondages, la moitié des électeurs la soutient, quelle que soit la manière dont le Fidesz tente de la diviser, par exemple sur la loi anti-LGBTQ. Néanmoins, à la fin du mois de septembre 2021, les Hongrois n'ont pas encore vu de programme cohérent sur la manière dont l'opposition souhaite gouverner et sur ce qu'elle a exactement à offrir au peuple (outre le fait qu'elle souhaite le départ d'Orbán) si elle remporte les élections au printemps prochain - d'une manière acceptable dans une démocratie constitutionnelle.

Toutefois, comme nous l'avons déjà expliqué, nous devons également être réalistes : des mécanismes réformés au niveau de l'UE ne pourraient être utiles que contre ceux qui ont envie de suivre l'exemple de la Hongrie et de

la Pologne s'ils sont pris « en flagrant délit » lors de leurs toutes premières actions contre les valeurs et les principes de l'UE - dont la détermination n'est pas seulement un défi mais aussi une tâche délicate.

4. En guise de conclusion : les leçons apprises

Ce que nous enseignent les exemples hongrois et polonais et, surtout, le manque de succès des stratégies mises en œuvre à leur rencontre, c'est que les démocraties constitutionnelles qui conservent encore leur statut substantiel, les États qui font les premiers pas vers leur décadence démocratique ou les États membres de l'UE qui font leurs premiers pas vers un constitutionnalisme illibéral, ont encore de multiples choix et possibilités. Mais ils doivent tenir compte des signaux d'alarme et renforcer leurs propres mécanismes de défense, que ce soit par un renforcement de leur conception constitutionnelle ou par une sensibilisation du public, en particulier des enfants et des jeunes, aux valeurs de respect, d'autonomie, de liberté, de responsabilité, de dignité et de diversité ; et ils doivent impliquer de manière significative tous ceux qui sont concernés dans les processus décisionnels. Enfin, ils doivent prendre soin des institutions et des valeurs dont ils disposent déjà, à la lumière de ce que l'avenir pourrait leur apporter. Cela est particulièrement vrai pour l'UE, dont les actions doivent encore montrer si le tout est effectivement plus grand que ses parties ou, au contraire, si la chaîne n'est pas plus forte que son maillon le plus faible.

Laisser la Pologne et la Hongrie derrière soi serait le mieux pour l'UE, ses valeurs et son intégrité, mais ce serait le pire pour les Polonais et les Hongrois qui, pour l'instant, sont pro-européens et ne veulent pas être abandonnés par les nations européennes une fois de plus (comme ils pensent l'avoir été tout au long de l'histoire). L'Union européenne n'est pas seulement une affaire de valeurs et de mesures juridiques harmonisées ou unifiées, mais aussi d'intérêts économiques et d'investissements accompagnés de considérations politiques. L'UE devrait décider ce qui est le plus important pour elle, vers quelle direction elle veut évoluer. Une fois cette décision prise, elle peut commencer à chercher les meilleurs outils politiques et juridiques pour atteindre ses objectifs.



Lilian Tsourdi • Maître de conférences,
réceptrice d'une bourse de recherche du
Conseil néerlandais de la recherche (NWO),
Université de Maastricht

Déficit de solidarité, recul des protections et déplacement des frontières : l'avenir de l'asile dans l'UE ?

170

Il y a bien une crise liée aux réfugiés dans l'UE ; cependant, ce n'est pas une « crise des réfugiés », mais d'une crise des valeurs et de gouvernance de l'UE. Le vocabulaire de la crise a constamment dominé le discours public sur l'asile dans l'UE depuis 2015. La « crise » est souvent associée à l'augmentation du nombre de demandeurs d'asile dans l'UE, qui a atteint un pic durant l'été et l'automne 2015. Selon le récit dominant, le nombre de nouveaux arrivés a submergé l'UE et ses États membres, suggérant que le système d'asile de l'UE était par ailleurs conçu de manière adéquate et performante.

Mais cette vision (politique) ignore les problèmes et les limites de la conception du système d'asile commun de l'UE, et plus particulièrement un déficit structurel de solidarité dû à ses modalités de répartition des responsabilités et à sa conception de la mise en œuvre. En outre, elle ignore l'érosion progressive des valeurs fondamentales de l'UE, telles que les droits fondamentaux et l'État de droit. Enfin, elle ignore l'approche constamment ambivalente de l'UE à l'égard de la protection des réfugiés et du partage des responsabilités au niveau mondial. L'engagement de l'UE en faveur de la protection est apparu parallèlement à des tentatives visant à garantir que peu de demandeurs d'asile puissent atteindre le territoire des États membres de l'UE pour demander l'asile.

Dans cet article, je vais au-delà du discours sur la « crise des réfugiés » et j'analyse de manière critique les efforts de partage des responsabilités et le déficit de solidarité dans la conception de la politique d'asile de l'UE, le recul de la protection des réfugiés et les projets d'externalisation de l'UE. Je décris les causes et les effets qui en résultent et propose quelques réflexions sur une voie productive pour garantir un avenir à l'asile dans l'UE.

1. Ce travail a été soutenu par une subvention du programme VENI (projet n° VI.Veni.191R.040) qui est financé par le Conseil néerlandais de la recherche (NWO).

La solidarité dans la politique d'asile de l'UE : une approche palliative et axée sur l'urgence

Les traités de l'UE contiennent un principe juridiquement contraignant de solidarité et de partage équitable des responsabilités². Ce principe a un impact profond sur l'objectif de la politique d'asile de l'UE : il impose une certaine « qualité » dans la coopération entre les différents acteurs, et appelle sans doute à des changements structurels dans les modes de mise en œuvre de la politique, par exemple la méthode d'attribution des responsabilités³. Néanmoins, la politique d'asile de l'UE ne dispose pas d'un système de répartition des responsabilités entre les États membres fondé sur des indicateurs objectifs⁴. Au lieu de cela, le système d'attribution des responsabilités de l'UE, appelé système de Dublin⁵, attribue davantage de responsabilités aux États situés aux frontières maritimes extérieures de l'Union. Une fois la responsabilité attribuée, c'est à l'État membre individuel de prendre en charge le réfugié. Par conséquent, l'immobilité des réfugiés imprègne le système, entravant les efforts de redistribution ultérieurs, tandis que les mesures de soutien de l'UE, telles que le financement, sont limitées. Si la politique de l'UE était fondée sur une évaluation objective de la capacité de protection de chaque État membre, l'« incapacité à se conformer » aux obligations d'un État pourrait être clairement distinguée du « manque de volonté de se conformer », ce qui réduirait les tensions entre les États membres ; au lieu de cela, le système actuel dresse les États membres les uns contre les autres et les dissuade de se conformer.

Bien qu'il existe certaines manifestations de solidarité intra-UE dans la politique d'asile, elles sont sous-tendues par une vision palliative et d'urgence de la solidarité. La vision palliative de la solidarité prend pour acquis l'effet distributif inégal du système actuel de répartition des responsabilités de l'UE. Plutôt que de chercher à s'attaquer à la source du problème, on a recours à une série de « solutions » rapides et *ad hoc*, destinées à contrebalan-

2. Article 80 du TFUE.

3. E. Tsourdi, 'Solidarity at Work? The Prevalence of Emergency-Driven Solidarity in the Administrative Governance of the Common European Asylum System' (2017) 24 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 667, 673-675. Voir aussi l'analyse in E. Küçük, 'The principle of solidarity and fairness in responsibility sharing: more than window dressing?' (2016) 22 *European Law Journal* 448; E. Karageorgiou, 'Solidarity and sharing in the Common European Asylum System: the case of Syrian refugees' (2016) 17 *European Politics and Society* 196.

4. P. De Bruycker et E. Tsourdi, 'In search of fairness in responsibility sharing' (2016) 51 *Forced Migration Review* 64, 65 ; voir aussi E. Guild, C. Costello et V. Moreno-Lax, 'Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and of Greece', Étude pour la commission LIBE (2017), 68-70.

5. Règlement (UE) N° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) OJ L 180/31 (Règlement Dublin III).

cer - en quelque sorte - l'absence de partage équitable des responsabilités. Par exemple, les déploiements opérationnels des agences visent à répondre aux « pressions particulières » exercées sur les systèmes nationaux d'asile et d'accueil. Ils sont censés être limités dans le temps. Le financement d'urgence, comme son nom l'indique, visait et vise toujours les situations de forte pression migratoire. L'aide humanitaire intracommunautaire est également une mesure limitée dans le temps.

Tout a été fait pour suggérer qu'il n'était pas nécessaire de s'écarter de la conception initiale du régime de mise en œuvre de la politique d'asile européenne, et que la source du « mal » du système était les urgences passagères, une forme de force majeure créée par une pression « extérieure ». Pourtant, certains États membres, comme la Grèce et l'Italie, ont eu recours presque constamment au « financement d'urgence » depuis sa création, tandis que le Bureau européen d'appui en matière d'asile, une agence de l'UE, continue de renouveler régulièrement les « plans d'urgence » par des « plans d'appui spéciaux » sur le terrain. Par conséquent, plutôt que d'être purement externes, les pressions sont également internes, créées par les erreurs de conception du régime de mise en œuvre de la politique d'asile européenne, ainsi que par l'adoption d'une vision palliative de la solidarité.

Pourtant, aucun changement durable n'a été apporté au système d'attribution des responsabilités de l'UE⁶. Le nouveau pacte sur l'immigration et l'asile⁷, le dernier cadre politique en date sur les politiques européennes en matière d'asile, de migration et de gestion intégrée des frontières, et la série de propositions législatives qui l'accompagnent⁸, intègrent une variante de la solidarité flexible. Des contributions hétérogènes, un mécanisme d'opérationnalisation byzantin et un fort élan d'externalisation sont autant d'éléments qui rendent ces propositions peu susceptibles d'aboutir à un partage équitable dans la politique d'asile de l'UE⁹.

6. E. Tsourdi et C. Costello, 'The Evolution of EU Law on Refugees and Asylum', in P. Craig et G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law* (OUP 2021), 793, 805-809.
7. Communication COM(2020) 609 final de la Commission du 23 septembre 2020 sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile.
8. Les plus pertinentes pour notre analyse sont : Proposition de règlement de la Commission établissant un filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures, COM(2020) 612 final ; Proposition modifiée de règlement de la Commission instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union, COM(2020) 611 final ; Proposition de règlement de la Commission relatif à la gestion de l'asile et de la migration, COM(2020) 610 final ; et, enfin, Proposition de règlement de la Commission visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, COM(2020) 613 final.
9. E. Mavropoulou et E. Tsourdi, 'Solidarity as normative rationale for differential treatment: common but differentiated responsibilities from international environmental to EU asylum law?', à venir dans 51 *Netherlands Yearbook of International Law* 2020 (2022).

Recul de la protection des réfugiés : érosion de l'adhésion aux droits fondamentaux et à l'État de droit

Les maux de la politique d'asile sont exacerbés par un autre défi majeur auquel l'UE est confrontée, à savoir la « crise de l'État de droit »¹⁰.

L'une de ses facettes est liée à ce qui a été conceptualisé comme le « recul de l'État de droit ». S'appuyant sur l'analyse de Jan-Werner Müller de la capture constitutionnelle¹¹, Laurent Pech et Kim-Lane Scheppele ont défini le recul de l'État de droit comme « le processus par lequel les autorités publiques élues mettent délibérément en œuvre des plans gouvernementaux qui visent à affaiblir, annihiler ou capturer systématiquement les contrôles internes du pouvoir dans le but de démanteler l'État démocratique libéral et de consolider le pouvoir à long terme du parti dominant »¹². On peut supposer que les violations systémiques des droits fondamentaux font référence à des violations d'un certain type, d'une certaine intensité ou d'une certaine durée. Mais les défaillances de l'État de droit sont plus larges que ces formes d'appropriation constitutionnelle grave. En effet, les documents d'orientation, tels que le rapport annuel de la Commission sur l'État de droit, font référence à des violations relatives à l'indépendance de la justice, au harcèlement des organisations de la société civile et des établissements d'enseignement, et aux atteintes à la liberté d'expression¹³.

Ces évolutions sont liées au recul de la protection des réfugiés. Le choix de ne pas mettre en œuvre les obligations liées à l'asile dû à l'opposition idéologique à la protection des réfugiés, est illustré par les programmes de relocalisation d'urgence. Deux décisions du Conseil ont établi la relocalisation d'urgence, c'est-à-dire le transfert intra-UE de demandeurs d'asile entre États membres, au profit de l'Italie et de la Grèce en 2015-17¹⁴. Cette initiative a été mise à mal par plusieurs facteurs, dont ses propres caractéristiques législatives et administratives¹⁵. Les deux

10. E. Tsourdi, 'Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?', 17(3) *EU Constitutional Law Review* (2021), 471-497.
11. J-W. Müller, 'Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law Inside Member States?' (2015) 21 *European Law Journal*, 141-60.
12. L. Pech et K. L. Scheppele, 'Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU' (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3, 10 (traduction libre).
13. Commission européenne, Rapport 2020 sur l'état de droit - la situation de l'état de droit dans l'Union européenne, COM(2020)580.
14. Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L239/146 ; Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires dans le domaine de la protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L248/80.
15. B. De Witte et E. Tsourdi, 'Confrontation on Relocation - The Court of Justice Endorses the Emergency Scheme for Compulsory Relocation of Asylum Seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v Council' (2018) 55 *Common Market Law Review*, 1457, 1459-67 ; E. Guild, C. Costello et V. Moreno-Lax, 'Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and of Greece', Étude pour la commission LIBE (2017), pp. 42-4.

décisions plafonnaient numériquement leurs bénéficiaires potentiels¹⁶, définissaient de manière restrictive les demandeurs éligibles¹⁷, et avaient une date d'expiration de deux ans¹⁸. Comme le système de Dublin, elles ne tenaient pas compte des préférences des demandeurs d'asile eux-mêmes. La mise en œuvre du système a également été compromise par le refus catégorique de certains États membres de relocaliser les demandeurs d'asile. La résistance du groupe de Visegrad (c'est-à-dire la République tchèque, la Hongrie, la Pologne et la Slovaquie) à la mise en œuvre des décisions et, plus généralement, aux obligations en matière d'asile, s'est appuyée sur un mélange d'arguments « moraux » et juridiques. Il s'agissait notamment de plaidoyers en faveur de l'identité chrétienne de l'Europe (et de la Hongrie)¹⁹, ou de l'identité constitutionnelle²⁰, ou encore de l'homogénéité ethnique (de la Pologne)²¹. La CJUE n'a pas été convaincue et a estimé que le refus de ces États membres de se conformer à la politique de l'UE violait le droit de l'Union²².

Des violations systémiques des droits fondamentaux liées à l'asile ont été observées dans différents États membres. Par exemple, depuis 2015, le gouvernement hongrois a démantelé la protection des réfugiés par une série de modifications législatives. Ces mesures ont affecté tous les aspects du système national d'asile²³. Elles ont notamment réduit les droits procéduraux dans le cadre des « procédures normales », supprimé les mesures d'intégration pour les bénéficiaires reconnus, introduit un mécanisme d'éloignement totalement informel, d'abord dans une distance de huit kilomètres de la clôture avec la Serbie, puis sur l'ensemble du territoire, criminalisé le franchissement de la clôture de 175 kilomètres et établi qu'une « situation de crise » autorise la privation de liberté des demandeurs d'asile dans les zones de transit pendant toute la procédure de détermination du statut de réfugié²⁴. Ces modifications ont entraîné des violations systématiques des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, notamment des droits procéduraux, qui relèvent des principes de l'État de droit.

En Grèce, les violations systémiques des droits fondamentaux ont été liées à la mise en œuvre de l'approche de la gestion des migrations dite « hotspot »²⁵ et aux refoulements aux frontières extérieures. L'approche des hotspots concerne essentiellement la collaboration entre les agences, dans le cadre de laquelle des experts nationaux déployés par des agences spécifiques - le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO), Frontex, Europol et Eurojust - et le personnel des agences aident opérationnellement les administrations nationales dans les hotspots d'arrivée de migrants. Les spécialistes des études critiques sur la migration conceptualisent ces hotspots comme un incubateur du « territoire liminal de l'UE », compris comme « un espace de tri qui filtre les 'quelques méritants' et retient ou renvoie les 'non méritants' et les 'sans droit' »²⁶. Du point de vue de la doctrine juridique, la mise en œuvre actuelle de l'approche des hotspots de l'UE a entraîné des violations des droits fondamentaux, notamment le risque de refoulement dû au retour dans un pays non sûr²⁷, des

16. Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L239/146, Article 4; Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires dans le domaine de la protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L248/80, Article 4(1).
17. Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L239/146, Article 3(2); Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires dans le domaine de la protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce [2015] JO L248/80, Article 3(2) établissant la notion de demandeurs « ayant manifestement besoin d'une protection internationale ».
18. La première décision de relocalisation s'est appliquée jusqu'au 17 septembre 2017 et la seconde jusqu'au 26 septembre 2017. Voir respectivement la 1^{ère} décision de relocalisation d'urgence, Article 13(2) et 2^{ème} décision de relocalisation d'urgence, Article 4.
19. Par exemple M. Karnitschnig, 'Orban says migrants threaten "Christian" Europe' (*Politico Europe*, 3 September 2015), en référence à la tribune du premier ministre hongrois dans le journal allemand *Frankfurter Allgemeine Zeitung*: <<https://www.politico.eu/article/orban-migrants-threaten-christian-europe-identity-refugees-asylum-crisis/>>.
20. Pour une analyse de cette jurisprudence, voir G. Halmi, 'Abuse of Constitutional Identity: The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law' (2018) 43 *Review of Central and East European Law* 23. Sur les dangers pour l'État de droit émanant du pluralisme constitutionnel, voir également D. R. Kelemen et L. Pech, 'The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland' (2019) 21 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 59. Pour les points de vue en faveur du pluralisme constitutionnel, voir diverses contributions dans G. Davies et M. Avbelj (eds.), *Research Handbook on Pluralism and EU Law* (Edward Elgar 2018).
21. CJUE, 6 septembre 2017, C-643/15 et C-647/15, *République slovaque et Hongrie / Conseil de l'Union européenne*.
22. CJUE, 2 avril 2020, C-715-17, C-718/17 et C-719-17, *Commission européenne v Pologne, République tchèque et Hongrie*, §24-31 commentés dans E. Tsourdi, 'Relocation Blues - Refugee Protection Backsliding, Division of Competences, and the Purpose of Infringement Proceedings: Commission v. Poland, Hungary and the Czech Republic' (2021) 58(6) *Common Market Law Review*, 1819 - 1844..

23. B. Nagy, 'From Reluctance to Total Denial: Asylum Policy in Hungary 2015-2018', in V. Stoyanova et E. Karageorgiou (eds.), *The New Asylum and Transit Countries in Europe During and in the Aftermath of the 2015/2016 Crisis* (Brill 2019), p. 17; K. Juhász, 'Assessing Hungary's Stance on Migration and Asylum in Light of the European and Hungarian Migration Strategies' (2017) 13 *Politics in Central Europe* 35; Hungarian Helsinki Committee, *Two Years After: What's Left of Refugee Protection in Hungary?*
24. Nagy, *op.cit.*
25. Pour sa première conceptualisation, voir la communication de la Commission du 25 septembre 2015 sur la gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates dans le cadre de l'agenda européen sur la migration, COM (2015)490 final, annexe II.
26. A. Papoutsis et al., 'The EC hotspot approach in Greece: creating liminal EU territory', (2019) *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2200, 2201 (traduction libre).
27. M. Gkliati, 'The EU-Turkey Deal and the Safe Third Country Concept Before Greek Asylum Appeals Committees' (2017) *J. Crit. Migration & Border Regime Stud.* 213 et E. Tsourdi, 'Regional Refugee Regimes - Europe', in C Costello, M Foster, and J McAdam (eds) *Oxford Handbook of International Refugee Law* (OUP, 2021) 352, 365-367.

restrictions disproportionnées à la liberté de circulation des demandeurs d'asile²⁸ et des violations du principe de dignité humaine et de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants²⁹.

Ces dynamiques ne se limitent certainement pas à la Grèce ou aux opérations des hotspots, comme l'illustre la situation récente à la frontière extérieure de la Pologne et de la Lituanie avec la Biélorussie³⁰.

Un dernier exemple de ces actions unilatérales de déviation en violation des droits de l'homme a lieu aux frontières maritimes extérieures de l'UE. En l'absence d'une réponse coordonnée de l'UE au débarquement des demandeurs d'asile et des migrants arrivant par la mer, des États membres comme l'Italie et Malte ont déclaré unilatéralement une politique de « port fermé » associée à des pratiques de non-débarquement. Cette situation a entraîné d'intenses souffrances humaines, les bateaux restant à la dérive en mer pendant de longues périodes³¹. Lorsque le débarquement et la réinstallation ont lieu, ils sont organisés de manière ad hoc, « navire par navire »³².

Les frontières mouvantes de l'UE : intégrer l'externalisation dans les relations extérieures de l'UE

Outre les barrières physiques aux frontières, telles que les murs et les clôtures en fil de fer barbelé, les nouvelles technologies et les nouveaux instruments, stimulés par des « innovations juridiques sophistiquées », ont conduit à l'émergence du paradigme de la « frontière mouvante », qui transforme la frontière en une barrière individuelle mobile³³. L'emplacement de cette frontière n'est pas fixe dans le temps ou l'espace - elle se déplace vers l'intérieur et l'extérieur du territoire - tout en présentant les caractéristiques d'une frontière statique transformée en « dernier point de rencontre,

plutôt que le premier »³⁴.

La dissuasion ne se limite pas aux frontières territoriales de l'UE. Lorsqu'il s'agit de questions de protection, la « frontière mouvante » se manifeste par des pratiques telles que l'inscription des pays d'origine des personnes susceptibles de demander une protection internationale sur la « liste noire » des visas de l'UE, et la privatisation du contrôle des migrations par la sanction des transporteurs (tels que les compagnies aériennes) qui permettent aux personnes sans visa de voyager sur des vols réguliers. Ensemble, ces mesures rendent illégaux certains candidats à l'immigration, créant ainsi un marché pour les voyages illicites.

Cette présentation de l'UE et du confinement des réfugiés est acceptée depuis longtemps. Dès 2001, Noll a identifié le « marché commun de la déviation »³⁵, tandis que Moreno-Lax³⁶ et Gammeltoft-Hansen³⁷ ont fourni des comptes rendus perspicaces sur la manière dont les politiques de l'UE en matière de contrôle des frontières extérieures, de visas et de migration entravent l'accès à la protection et dévient les obligations de protection vers les États non-membres de l'UE.

Un développement plus récent est celui du « contrôle sans contact » qui signifie un changement dans le « paradigme de la dissuasion », de la simple prévention des arrivées spontanées et du détournement des flux vers d'autres destinations, à l'entrave de la sortie des migrants « à risque »³⁸. Ces politiques sont mises en œuvre en s'assurant le partenariat stratégique des principaux pays de transit et d'origine, qui sont persuadés de contenir, ainsi que de réadmettre, les demandeurs d'asile potentiels en échange de gains politiques et financiers, tels que des financements, la facilitation de l'obtention de visas ou des négociations d'adhésion³⁹.

La déclaration UE-Turquie de mars 2016 est emblématique de cette approche⁴⁰. Cette déclaration, ou cet

28. M. Mouzourakis, 'All but last resort: The last reform of detention of asylum seekers in Greece' (18 November 2019) EU Immigration and Asylum Law and Policy/Odysseus Academic Network <<https://eumigrationlawblog.eu/all-but-last-resort-the-last-reform-of-detention-of-asylum-seekers-in-greece/>>/.

29. E. Tsourdi, 'COVID-19, asylum in the EU, and the great expectations of solidarity' (2020) *International Journal of Refugee Law* 32, 374.

30. G. Baranowska, The Deadly Woods: Legalizing pushbacks at the Polish-Belarusian border, *VerfBlog*, 2021/10/29, <https://verfassungsblog.de/the-deadly-woods/>.

31. L'un de ces cas très médiatisés est celui du navire Aquarius. Voir, SOS Méditerranée (2018), *On instructions from Rome, the Aquarius is stopped at sea between Malta and Italy, waiting for a safe port to disembark 629 survivors*, Communiqué de presse 11 juin 2018 <<https://sosmediterranee.com/on-instructions-from-rome-the-aquarius-is-stopped-at-sea-between-malta-and-italy-waiting-for-a-safe-port-to-disembark-629-survivors/>>.

32. S. Carrera et R. Cortinovis, *Search and rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean: Sailing Away from Responsibility?*, CEPS Paper in Liberty and Security No. 2019-10, 2019.

33. A. Shachar, *The shifting border: Legal cartographies of migration and mobility. Ayelet Shachar in dialogue* (Manchester University Press 2020) 6-7.

34. *Ibid.* 5. Voir également le numéro spécial finalisé et à paraître, avec des contributions illustrant la nature de la frontière mouvante dans l'UE et analysant de manière critique ses implications, E. Tsourdi, A. Ott et Z. Vankova (eds), *The EU's Shifting Borders Reconsidered : Externalisation, constitutionnalisation et intégration administrative*, European Papers (2022).

35. G. Noll, *Negotiating Asylum: The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (Brill 2001).

36. V. Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law* (OUP 2017).

37. T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (CUP 2011).

38. M. Giuffré et V. Moreno-Lax, 'The rise of consensual containment: from contactless control to contactless responsibility for migratory flows', in S. Juss (ed.) *Research Handbook on International Refugee Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 84. Pour le contrôle sans contact, voir plus loin V. Moreno-Lax, 'The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control — On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"' (2020) *German Law Journal* 385.

39. M. Giuffré et V. Moreno-Lax, 'The rise of consensual containment', *op.cit.*, 84.

40. Déclaration UE-Turquie, SN 38/16, 18 mars 2016, et analyse ci-dessous.

« accord » comme on l'appelle communément, visait à freiner les arrivées irrégulières de réfugiés (notamment syriens) en provenance de Turquie, en envisageant que la Turquie réadmette rapidement toute personne effectuant un voyage irrégulier vers les îles grecques. En échange, la Turquie s'est vu offrir un soutien financier accru et la promesse d'une exemption de visa pour les ressortissants turcs vers l'UE, entre autres incitations. L'accord UE-Turquie a été salué comme un succès. Néanmoins, son efficacité réelle et sa compatibilité avec les normes en matière de droits de l'homme sont contestées⁴¹. L'UE continue néanmoins à chercher à coopter d'autres partenaires actifs dans la gestion des migrations dans les principaux pays de transit d'Afrique subsaharienne, comme le Niger.

Dans le même temps, l'UE a pris des engagements volontaires et programmatiques de partage des responsabilités au niveau mondial par le biais du Pacte mondial sur les réfugiés⁴², bien que les réinstallations dans l'UE restent numériquement modestes. Au plus fort du déplacement des Syriens, les États membres de l'UE ont réinstallé un total de 27.800 personnes⁴³. Un programme volontaire initié par la Commission et mis en œuvre entre septembre 2017 et décembre 2019 devait permettre de réinstaller 50.000 personnes supplémentaires⁴⁴. En octobre 2019, ce dernier dispositif avait permis la réinstallation de 39.000 personnes, tandis que les États membres ont promis 30.000 places supplémentaires pour 2020⁴⁵. Si ces chiffres sont plus importants que par le passé, ils doivent être comparés aux besoins mondiaux en matière de réinstallation, qui, pour 2020, étaient projetés à 1,44 million de personnes par le HCR⁴⁶. Il est important de noter que la nature volontaire de la participation des États membres à ces programmes a entraîné des divergences au sein de l'UE, 12 États membres

n'ayant pas réinstallé une seule personne en 2019⁴⁷.

Conclusions : y a-t-il une autre voie à suivre ?

Il ressort de ce qui précède que le déficit de solidarité, le recul de la protection des réfugiés et les frontières mouvantes de l'UE sont une réalité. Mais cette réalité n'est pas inévitable, et il existe une autre voie pour la politique d'asile de l'UE.

Premièrement, il existe des approches différentes de celles prévues par le nouveau pacte pour parvenir à un partage équitable des responsabilités. Plutôt qu'une approche unique constituant une « solution miracle » au déficit de solidarité, il est plus probable qu'une combinaison de ces approches alternatives donne des résultats. Au lieu des contributions hétérogènes prévues dans le Pacte pour réaliser la solidarité avec les États membres de la ligne de front, comme les « parrainages de retour » ou le renforcement des capacités dans les pays tiers, le droit dérivé de l'UE pourrait établir des contributions positives concrètes aux systèmes d'asile des autres États membres, même sans relocalisation (par exemple, l'amélioration des conditions d'accueil)⁴⁸. Ensuite, un changement plus radical des modes de mise en œuvre de la politique d'asile de l'UE pourrait être envisagé en renforçant encore l'intégration administrative et les modèles de mise en œuvre conjointe, par exemple dans le traitement des demandes d'asile, avec la participation du niveau européen, notamment par le biais de l'Agence européenne pour l'asile⁴⁹. En outre, une augmentation significative du partage équitable pourrait résulter de l'octroi de formes plus structurelles de financement communautaire aux États membres pour la mise en œuvre des obligations en matière d'asile, plutôt que de s'attendre à ce que les ressources humaines et financières nécessaires à la réalisation de la politique d'asile de l'UE proviennent principalement des budgets nationaux. Enfin, les co-législateurs de l'UE pourraient prévoir la reconnaissance mutuelle des décisions positives en matière d'asile, associée à des variantes de droits de libre circulation pour les bénéficiaires reconnus, à l'image de ce qui existe pour les citoyens de l'UE⁵⁰. Certaines de ces solutions envisagées, telles que l'établissement de droits de libre circulation pour les bénéficiaires reconnus ou l'établissement de contributions positives concrètes aux systèmes d'asile d'autres États membres, pourraient être

41. T. Spijkerboer, 'Fact Check: Did the EU-Turkey Deal Bring Down the Number of Migrants and of Border Deaths?' (Border Criminologies, 28 septembre 2016) < <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/09/fact-check-did-eu> > et S. Carrera, L. den Hertog et M. Stefan, 'The EU-Turkey deal: reversing "Lisbonisation" in EU migration and asylum policies', in S. Carrera, J. Santos Vara et T. Strik, *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered* (Edward Elgar 2019) 155.

42. Le Pacte mondial sur les réfugiés est contenu dans le Rapport du Haut-Commissaire des Nations unies sur les réfugiés : Partie II, A/73/12, 2018 et affirmé par l'Assemblée générale des Nations unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 17 décembre 2018, A/RES/73/151. Pour un commentaire, voir les différentes contributions dans le numéro spécial du International Journal of Refugee Law (2018) 30(4) intitulé *The 2018 Global Compacts on Refugees and Migration*.

43. Commission européenne, 'Gérer la migration sous tous ses aspects: progress réalisés dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration, COM(2018)798, 4.

44. Recommandation de la Commission européenne du 3 octobre 2017 relative à l'amélioration des voies d'entrée légales pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale, C(2017) 6504.

45. Commission européenne, 'Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration', COM(2019)481, 18.

46. HCR, 'UNHCR Projected Global Resettlement Needs: 2020', 2019.

47. Selon les statistiques d'Eurostat : <<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00195/default/table?lang=en>>. Les États membres en question étaient l'Autriche, la République tchèque, Chypre, le Danemark, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Slovaquie et la Slovaquie.

48. P. De Bruycker, 'The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been', *EU Immigration and Asylum Law and Policy/Odysseus Network*, 15 décembre 2020 (<https://eumigrationlawblog.eu/the-new-pact-on-migration-and-asylum-what-it-is-not-and-what-it-could-have-been/>).

49. E. Tsourdi, 'Holding the European Asylum Support Office Accountable for its Role in Asylum Decision-Making: Mission Impossible' (2020) 21 *German Law Journal* 506.

50. V. Mitsilegas, 'Humanizing solidarity in European refugee law: The promise of mutual recognition' (2017) 24 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 721.

réalisées à court terme car elles nécessitent simplement des modifications du droit dérivé. D'autres solutions, telles que la prévision de formes structurelles de financement de l'UE pour mettre en œuvre la politique d'asile de l'UE, nécessiteraient une révision radicale de la répartition des enveloppes financières dans le cadre financier pluriannuel et ne peuvent donc être réalisées qu'à plus long terme.

Deuxièmement, il convient de noter que la défiance pour des raisons idéologiques ou politiques pourrait être un symptôme de capture constitutionnelle ou de défaillance de l'État de droit. Ici, la réponse ne peut pas rester spécifique à une politique. Même si le déficit de solidarité était comblé, ce type de problèmes liés à l'asile persisterait. En fait, lorsque la capture constitutionnelle est grave, les gouvernements concernés sont susceptibles de résister aux solutions productives visant à améliorer le partage équitable et à garantir la viabilité de la politique d'asile de l'UE, car les discours nationalistes d'exclusion, le racisme et la xénophobie conviennent à leur programme politique. Dans le cadre d'un schéma plus large de démantèlement de l'État de droit au niveau national, l'examen de ces manquements devrait être intégré dans les processus visant à sonder les risques pour les valeurs de l'UE, tels que les procédures de l'article 7 du TUE, ou les procédures connexes comme celles du cadre de l'État de droit de la Commission⁵¹. Ces examens pourraient également s'inscrire dans le cadre de ce que Scheppele appelle les « actions en infractions systémiques »⁵², en particulier le type d'action faisant valoir que les violations systémiques des principes fondamentaux du droit communautaire violent le principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, du TUE)⁵³. Une autre variante de la procédure d'infraction pourrait alléguer des violations systémiques des droits fondamentaux⁵⁴, et elles peuvent être utiles même lorsque les violations ne sont pas liées à une saisie constitutionnelle.

Enfin, Kochenov a décrit comment des actions en manquement initiées par les États membres et axées sur les défaillances de l'État de droit pourraient compléter avec force les pressions exercées par les institutions européennes⁵⁵. Certains signes modestes montrent que les États membres pourraient être disposés à s'engager dans de telles actions⁵⁶. Toutefois, il n'y a pas eu, à ce jour, d'engagement effectif d'une action en manquement par un autre État membre concernant le respect de l'État de droit.

Enfin, en ce qui concerne la question fondamentale de l'accès légal à l'asile, seule une modification législative de la politique européenne en matière d'asile ou de visas pourrait modifier le *statu quo* actuel.

Je fais référence à l'établissement de visas dits humanitaires qui permettraient aux demandeurs d'asile de se rendre légalement dans l'UE pour y chercher une protection. Malgré certains signes encourageants du Parlement européen⁵⁷, cette option n'est pas actuellement explorée par les autres institutions de l'UE. Dans les relations extérieures de l'UE, l'accent devrait être mis non plus sur une approche principalement axée sur l'endiguement et la dissuasion, mais sur des mesures soutenant véritablement le développement des populations défavorisées dans les pays tiers, c'est-à-dire des mesures visant à la fois les réfugiés et les communautés locales. Ces mesures devraient être associées à la mise à disposition de l'UE d'un nombre significatif de places de réinstallation, notamment en ciblant les groupes de réfugiés particulièrement vulnérables, par exemple ceux qui ont besoin d'une assistance médicale spéciale, plutôt que de sélectionner les réfugiés à réinstaller sur la base de critères d'intégration.

51. Pour un commentaire sur leur fonctionnement et leurs limites, voir M. Bonelli, 'From Sanctions to Prevention, and Now Back to Sanctions? Article 7 TEU and the Protection of the EU Founding Values', in S. Montaldo, F. Costamagna et A. Miglio, *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers* (Routledge 2021), 47 ; D. Kochenov et L. Pech, 'Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation' (2016) 54 *Journal of Common Market Studies* 1062.

52. K. L. Scheppele, 'Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions', in C. Closa et D. Kochenov (eds.), in C. Closa et D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (Cambridge University Press 2016), 105.

53. K. L. Scheppele et R. D. Kelemen, 'Defending Democracy in EU Member States: Beyond Article 7 TEU', in F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects* (CUP 2020) 413, 437-438.

54. K. L. Scheppele, D. Kochenov et B. Grabowska-Moroz, 'EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union' (2020) 39 *Yearbook of European Law* 3, 80-85.

55. D. Kochenov, 'Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool' (2015) 7 *The Hague Journal of the Rule of Law* 153.

56. Je fais référence à la résolution de décembre 2020 de la Chambre des représentants néerlandaise demandant au gouvernement d'engager une action en manquement contre la Pologne pour atteinte à l'État de droit. Voir G. Íñiguez, 'The Enemy Within? Article 259 and the Union's Intergovernmentalism' (*New Federalist*, 12 décembre 2020).

57. Résolution du Parlement européen du 11 décembre 2018 contenant des recommandations à la Commission sur les visas humanitaires (2018/2271(INL))



Jacques Toubon • ancien ministre et
Défenseur de droit ; Président du Collegium
international¹

Jean-Yves Heurtebise • maître de conférences
à l'Université Catholique FuJen (Taipei, Taiwan),
membre associé du CEFC

L'Europe somnambule dans l'insoutenable fragilité du monde

176

Jean-Yves Heurtebise : Dans sa marche en aveugle vers l'abîme, il n'y a entre l'humanité et le néant que la fine couche de glace d'un monde qui peine à porter notre poids. La condition nouvelle de crise épistémologique, épidémiologique, énergétique place la pensée dans l'urgence. Urgence croissante face à des crises qui s'accumulent, qui s'ajoutent les unes aux autres et fragilisent irréversiblement l'équilibre métastable de notre habitacle humain. Or, face à la violence de l'immédiateté, à la brutalité du maintenant, le temps manque. Situation éminemment paradoxale : nous avons un sentiment d'urgence qui, en poussant à parer au plus pressé, rend incapable d'affronter l'urgence plus existentielle, plus globale qui nous menace.

Jacques Toubon : Les urgences au pluriel, multiples, diverses, nous masque l'Urgence, au singulier. Si le politique n'arrive plus à retrouver sa capacité de gouvernance, c'est parce qu'il en est réduit à gérer au jour le jour une série de moins en moins prévisible de crises. Ce qui manque, c'est cette vision panoramique qui permet de se donner de l'avance sur les événements à venir. On vit dans une époque d'hystérisation permanente du « débat public » qui n'est d'ailleurs plus vraiment de l'ordre du « débat » car il favorise moins le dialogue que la confrontation, ni non plus véritablement « public » car il ne cesse de déborder sur la sphère privée, de s'appuyer sur des opinions personnelles qui ne cherchent même plus à se fonder en vérité. D'où une perte de l'universel du fait de discours

soi-disant réalistes qui divisent et empêchent l'élaboration d'une solution commune nécessaire faite à cette urgence une et multiple.

J.Y.H : D'autant que cette urgence est trompeuse si elle nous amène à croire que la catastrophe est ce qui va *bientôt* arriver. Penser la catastrophe comme ce qui va arriver, cela revient à se donner un délai, c'est succomber au mal collectif de la procrastination généralisée : 2025 ou 2034 pour l'invasion chinoise de Formose et le début de cette « troisième guerre mondiale » dont on pressent les frémissements ; 2030 ou 2050 pour un réchauffement climatique devenu insoutenable et des pays entiers sous les eaux ; 2080 ou 2100 pour le pic d'une population mondiale à 11 milliards d'habitants impossible à nourrir. En donnant une date future à l'arrivée du pire, on est dans l'illusion qu'on a encore le temps, que d'ici-là la solution viendra. Or la catastrophe a déjà fait irruption : ce que l'on voit ce ne sont pas les signes avant-coureurs d'une apocalypse à venir mais les symptômes d'une fin déjà commencée. L'urgence ne vient pas de ce qu'il reste peu de temps pour affronter ces crises : l'urgence vient de ce que le temps lui-même est une espèce en voie d'extinction, une ressource en voie de disparition.

J.T : La question fondamentale est de savoir comment penser un universel qui permettrait le ralliement de tous face à une situation critique. Non seulement comment le définir mais comment le diffuser, le communiquer. Le but serait de définir des impératifs transnationaux permettant d'élaborer une gouvernance mondiale ouverte et progressiste. Le monde, et l'Europe elle-même, se trouvent dans une situation de crise avec la multiplication de solutions boiteuses de gouvernance qui aboutissent à l'inverse de la gouvernance solidaire que nous souhaitons, et propose l'émergence de projets politiques « identitaristes » et irrédentistes qui fondent leur attrait sur la fracture du commun. On se trouve, dans la plupart des démocraties et en Europe, dans une situation où il semble que ce qui attire le plus les électeurs, ce sont ces discours prônant de faire ce que les autres ne font pas, parce qu'ils ne le font pas, pour souligner sa propre autonomie, en surjouant l'opposition et l'incompatibilité entre souveraineté nationale et objectifs européens.

J.Y.H : Comme si l'Europe en particulier et l'humanité en général avaient perdu cette faculté transcendante de goût permettant d'apprécier la saveur si distincte de l'universel ; la seule faculté qui reste étant la proprioception. La plénitude de l'âme au contact de l'universel est remplacée par le contentement de sa propre singularité : le plaisir de se sentir soi, surtout « pas comme les autres ». Ce qui se vérifie à toutes les échelles : de l'individu, du groupe, du genre, de l'ethnie, de la nation. Il y a une extériorisation totale de la différence et une intériorisation totale de l'identité, une hétérogénéisation radicale de l'autre et une homogénéisation radicale de soi. On n'est plus dans une logique d'égalité où l'on se devait de donner une place égale à ce qui est différent mais dans une logique d'identité où cha-

1. Le Collegium International est un réseau en activité depuis 2002, créé à l'initiative de Michel Rocard, Milan Kučan, Stéphane Hessel et Sacha Goldman. Rassemblant des hommes et femmes des champs philosophique, scientifique et artistique, des hauts dirigeants et responsables politiques, ses travaux s'orientent vers la création d'une nouvelle doctrine de gouvernance mondiale. A l'instigation de l'Office des Nations Unies à Genève, le Collegium se propose aujourd'hui de créer en lien avec l'IHEID une Charte tendant de relier les différentes composantes d'un système multilatéral éclaté, désintégré, afin de traiter l'impasse actuelle du monde ballotté dans un maelstrom de crises croissantes.

cun pense incarner un soi si radicalement autre des autres que ceux-ci ne peuvent qu'entraver sa liberté, menacer sa survie. Logique d'identité qui peut prendre des formes politiques diamétralement opposées, mais qui vont toutes dans le même sens de la séparation. Du point de vue « l'*alt-left* », il ne suffit plus pour l'être majoritaire (l'homme blanc hétérosexuel) de donner un statut égal à « l'autre » minoritaire : comprenant que son existence empêche de résoudre les problèmes écologiques, économiques et sociaux du monde, il doit désormais s'effacer. Du point de vue de « l'*alt-right* », on entretient la fable d'une majorité devenue minoritaire et qui doit se défendre contre le maillon faible (instrumentalisé du dehors) de la mondialisation : le migrant. D'où le repli sur le groupe, la nation, l'ethnie, la « civilisation » qui entraîne ce morcellement identitaire et cette crise globale de la gouvernance qui fait que l'on passe sans heurt, logiquement du Brexit des insulaires au Terrexit des milliardaires.

J.T. : Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'impression générale était que le monde ne pouvait plus continuer comme avant. Dans cet esprit de refondation rendue nécessaire par le champ de ruines qu'était (déjà) devenu le monde fut instituée une réponse comme celle des Nations Unies. Structure multilatérale qui aujourd'hui ne fonctionne plus de façon assez efficace pour répondre à son but premier, originel : non pas permettre à chaque nation de s'exprimer pour affirmer ses exigences souveraines irréductibles mais faciliter la construction collective d'un consensus dépassant les égoïsmes nationaux et visant le bien commun. Inutile d'épiloguer sur qui en est le plus responsable. La Chine en assume une bonne part, alors même, c'est le paradoxe, qu'elle fut pendant plusieurs décennies le principal bénéficiaire de ce système multilatéral. Dans cette manière d'avoir fait de la Chine une sorte de *deus ex machina* des Nations Unies dans le contexte de la guerre froide, ce fut du côté des Occidentaux une sorte d'aveuglement, de naïveté : nous étions persuadés que les principes fondamentaux, dégagés depuis les Lumières jusqu'au procès de Nuremberg, allaient s'imposer de manière naturelle. Or ce n'est pas du tout le cas. Il faut donc que nous effectuions un travail de reconstruction pour élaborer une gouvernance globale qui réponde aux exigences de la crise éco-politique actuelle et définisse un nouveau destin commun.

J.Y.H. : On a l'impression que, après la Seconde Guerre mondiale et avec la dissolution de l'Union soviétique à la fin de la (première) guerre froide, l'Europe s'est laissée enfermer dans la fiction de la post-histoire, de la post-hégémonie. Fiction qui remonte aux philosophies de l'histoire de type hégélienne avec cette idée d'une histoire linéaire ayant des étapes nécessaires qui s'achèverait avec l'Europe allemande du 19^{ème} siècle. Selon un processus que l'ensemble du globe, de façon « naturelle » (surtout s'il était un peu « aidé » à aller dans ce sens, par la colonisation d'abord, les programmes d'ajustements structurels du FMI ensuite), devait rejouer pour atteindre finalement

la même forme politico-sociale que la nôtre. Ce récit de la « fin de l'histoire », selon la malheureuse formule de Francis Fukuyama, s'est cristallisé en 1989 : la Chute du mur de Berlin devant symboliser la victoire totale du libéralisme occidental. L'ironie vient de ce qu'avant le 9 novembre 1989, s'était produit hors d'Europe, le 4 juin 1989, 200 ans après la Révolution française, un événement qui annulait, dès avant même son émergence, tout ce discours « post-historique » : la répression du soulèvement étudiant à Tiananmen. 1989, plutôt que la fin de l'Histoire était le début d'une histoire divergente qui signait la mort de l'histoire universelle sous les coups de la bombe à fragmentation de la souveraineté ethnoculturelle prise comme critère ultime du devenir politique. Entre le 4 juillet 1776 à Philadelphie et le 4 juin 1989 à Pékin, on assiste à ce moment de l'essor de droits humains fondamentaux dont la puissance d'universalité va transformer l'ensemble du monde et trouver son apogée dans la décolonisation - avant de trouver un arrêt brutal avec les chars de la place de Tiananmen qui ouvrent le sillage de ce nouveau récit de la spécificité irréductible des « ensembles civilisationnels ». Dès lors, ce que l'Europe interprétait comme fin de l'histoire sera vu, hors Occident, comme marquant simplement la fin de *son* histoire : la fin de sa contribution à l'histoire du monde qui aurait désormais « pivoté » vers l'Asie et la Chine. Avec l'émergence des « *Asian values* » se propage l'idée que la liberté ne serait qu'un concept occidental, abstrait, dont la surdétermination politique nierait la primauté du droit au développement, du droit à la satisfaction des besoins fondamentaux des pays moins avancés. Ce qui était, pour l'Occident, la fin de l'histoire s'est transformée, pour les émergents, en 'faim de l'histoire'. Mais le drame, à l'échelle planétaire, c'est que l'émergence d'un tel contre-récit survient au même moment où, à partir de 1987 avec la publication du rapport Brundtland, à partir de 1988 avec la constitution du GIEC, émerge la conscience claire que « notre futur commun » est, sauf changement de paradigme dans notre mode de développement, profondément menacé par la crise environnementale. La nécessaire refonte du modèle global de production a été rendue quasi-impossible par le fait qu'une telle exigence écologique a été perçue par les puissances non-occidentales, au premier rang desquelles la Chine (mais aussi l'Inde), comme une stratégie « néocoloniale » visant à contrecarrer leur « essor légitime ». L'Occident, ou, plus exactement, ce qui n'est pas du tout pareil, les entreprises multinationales qui y ont leur siège, se satisfaisant par ailleurs fort bien de la croissance du PIB à deux chiffres dans cette région du monde.

J.T. : Ce n'est donc pas la fin mais le début de l'Histoire, une histoire qui s'ouvre sur un avenir incertain. En Europe et en France, on a cru que la Chine était entrée après 1989 dans une nouvelle ère de réforme et d'ouverture qui devait conduire à son alignement, dans un futur proche, sur des valeurs « européennes » (au niveau social, politique, culturel). On était dans l'illusion que la croissance économique serait nécessairement vectrice de libéralisa-

tion. Ce qu'on n'a pas vu, c'est qu'au contraire, le développement économique servait à fabriquer un système de valeurs, non seulement différent mais concurrent : les autoproclamées « valeurs asiatiques ». Ce qui me paraît le plus fascinant, c'est ce retour, que ce soit en Russie ou en Chine, à la notion de « civilisation ». Outre l'eurasisme autour de la Russie et la refondation de la sinité avec le retour à Confucius en Chine, deux exemples : d'une part, le cas de la Hongrie, avec la volonté de revenir à la domination des Magyars ; de l'autre, on en parlera lors des élections à venir en Espagne, le parti *Vox* qui entend faire revenir l'Espagne aux temps d'Isabelle la Catholique, à la Reconquista et à l'expulsion des musulmans. Tout un travail est à faire pour montrer que les droits humains fondamentaux ne sont pas occidentaux mais universels et qu'ils peuvent être opérationnels et efficaces hors de ce que le reste du monde appelle « l'Occident ».

J.Y.H : Ce retour au thème de la civilisation en Russie et en Chine se fait dans le contexte d'une déliquescence du marxisme en tant qu'idéologie, dans le contexte d'une ouverture au capitalisme dont le contrôle par l'Etat n'altère pas l'essence productiviste et inégalitaire. Le « civilisationnisme » permet de donner un vernis traditionnaliste et localiste à l'inclusion du pays dans des chaînes de valeurs transnationales dont il dépend pour sa survie. Plus encore, ce culturalisme civilisationnel marque le retour à l'Empire comme figure centrale de l'imaginaire politique. Logique puisque, pour contourner le modèle démocratique, on a besoin de revenir au processus impérial de la consolidation dynastique. Inquiétant aussi puisque l'Empire, à la différence de la Nation, se définit par l'absence de frontières déterminées : sa survie dépend de son extension continue. Intéressant et paradoxal est le fait qu'alors que les dirigeants chinois modernes au début du vingtième siècle avaient fait de l'Empire Qing des manchous le symbole de la corruption, de la déchéance et de la défaite, la Chine contemporaine semble penser que les conquêtes coloniales des Qing, au Xinjiang (au prix du génocide des dzoungars, 80% de la population tuée entre 1755 et 1757), au Tibet et à Taiwan, constituent les frontières naturelles du pays. L'incorporation de Formose, par la force si nécessaire, est vue ainsi comme le signe d'une « réjuvenation » accomplie. Ce que ce retour à l'Empire, à la « civilisation » symbolise aussi, c'est la volonté d'éviter toute forme de « décolonisation » des territoires annexés par l'Empire (Qing ou tsariste) en s'appuyant sur le récit selon lequel le colonialisme serait une spécificité occidentale.

J.T. : Le retour des Empires fait partie des préoccupations du *Collegium International*, à savoir que l'avancement du monde vers une gouvernance globale passe par le développement de démocraties solidaires et non pas l'exercice de souverainetés solitaires, hostiles et suprématistes, au double sens politique et ethnique du terme. La question est de savoir si le retour vers les Empires est un obstacle rédhibitoire ou une étape nécessaire dans ce progrès social, économique, global qui permettra une

convergence politique mondiale ? De ce point de vue, la mise au pas de l'oligarchie en Chine par le dirigeant de la République populaire Xi Jinping pourrait aussi signifier la réaffirmation de la valeur éminente du politique comme seul vecteur légitime de gouvernance. Pour autant qu'elle ne conduise pas à une aventure guerrière, irresponsable, dans le détroit de Taïwan, sur le plateau du Ladakh, autour des îles Senkaku, ce qui, du fait de la dissuasion nucléaire, serait suicidaire. La volonté impériale de dirigeants autoritaires pourrait, par une nouvelle ironie de l'histoire, en replaçant le politique au centre, déboucher sur l'élaboration d'une gouvernance mondiale solidaire et démocratique. L'idée qui nous guide est double : d'une part, le multilatéralisme ne fonctionne plus ; d'autre part, l'idée d'une gouvernance mondiale n'est pas si utopique qu'on le pense. Certes la résurgence de structures néo-impériales, guidées par un récit « civilisationnel » de nature suprématiste, affirmant des « valeurs » qui se veulent irréductibles à celles des autres, semble aller à l'encontre d'une telle convergence. En même temps, le souhait d'une « communauté de destin » s'exprime aussi dans les pays (comme la Chine) qui y semblent, si l'on juge par leurs actes, les plus réfractaires. Comme le dit Mireille Delmas-Marty, « la communauté mondiale ne pourra s'unir qu'en prenant conscience de son destin commun ». Comment une telle prise de conscience est-elle possible, dans le monde qui est le nôtre, fragmenté, morcelé, divisé, où l'universel même a perdu son sens ? Tout compte fait, ces puissances qui prétendent renvoyer l'Europe et l'Occident, en général, à l'état de « déchet historique », ne deviendraient-elles pas, elles-mêmes, sources d'universalisation ?

J.Y.H : La question est bien celle de la refondation de l'universel en butte à la logique séparatiste, ségrégationniste, de l'identité. Selon cette logique, le soi n'existe que dans sa contradiction avec ce qu'il n'est pas. Or, ce que dit une philosophie de la relation, c'est que la relation est première à ses termes, au sens où le « soi » ne se définit que dans son rapport à l'autre et que, dans sa prétention à être tout ce que « l'autre » n'est pas, ce que le sujet identitaire exclut est moins « l'autre » que la partie de soi qui s'est constituée dans le contact avec celui-ci. Martin Buber insistait sur ce point : « L'homme est anthropologiquement existant, non point dans l'isolement du moi, mais dans l'intégralité du rapport de l'un à l'autre. » Le « soi » et « l'autre » ne préexistent pas au *nous* qui les met en rapport dans l'espace du social, de la langue, etc. Francis Jacques notait dans *Différence et subjectivité* : « C'est sans doute moi qui parle, le locuteur. Mais en toute rigueur je ne suis pas l'énonciateur : c'est nous qui disons. » Parler, écrire pour un sujet, ce n'est pas que dire le soi, révéler les fondements de sa subjectivité, c'est d'abord s'adresser à quelqu'un, anticiper les réponses et modifier par avance ses propos. Plus encore, cette co-construction du sens ne fait sens que parce qu'elle se réfère à un tiers, parce que le « soi » et « l'autre » ne parlent pas que d'eux-mêmes mais d'autre chose qui existe indépendamment d'eux. C'est pourquoi la logique de l'identité ne conduit pas simplement à nier l'autre mais

le réel même : l'enfermement narcissique du « soi » va ainsi de pair avec la prolifération du faux.

J.T. : L'Europe est le terrain parfait d'application immédiate de ces idées. D'un côté, des pays comme la Hongrie ou la Pologne affirment que les valeurs sont celles qu'elles doivent définir elles-mêmes, sans autorité de Bruxelles - dans un geste de retranchement axiologique qui mine de l'intérieur le socle commun européen. De l'autre, l'Allemagne et la France, après s'être combattues en 1870, en 1914, en 1939 se sont rapprochées en s'appuyant sur ce qui restait de commun et nuancant ce qui était encore différent. C'est dans cet esprit de double dépassement que les grandes aires civilisationnelles peuvent aujourd'hui se rencontrer dans un nouvel universel qui ne sera pas « occidental » mais, parce que fondamentalement humain, véritablement mondial.

J.Y.H. : Transposer au niveau culturel, civilisationnel cette logique de la relation, de la co-construction du sens et de soi peut nous permettre de comprendre ce qui s'est passé en Europe entre les 16^{ème} et 18^{ème} siècles : la production d'une modernité transculturelle qui en déseuropéanisant l'Europe l'a universalisé. Quand on veut définir « l'Europe », on répète souvent le récit de sa double fondation, fécondation par Athènes et Jérusalem, le *logos* grec et la *gnose* hébraïque-et-chrétienne. Or il faut se rappeler que l'Europe, au moment de son édification au Moyen-Âge, se trouve en situation d'extériorité par rapport à ses sources culturelles. Pour un roi Franc, c'est-à-dire un « barbare », Platon et le Christ sont deux figures externes à sa culture et sa géographie, ayant existé dans un lointain ailleurs Sud-Oriental. Comme le disait Rémi Brague : « Ce n'est que par le détour de l'antérieur et de l'étranger que l'Européen accède à ce qui lui est propre ». Mais un « propre » qui lui est toujours déjà « secondaire ». Car le propre de la culture européenne est que son origine se confonde avec un détour. Détour qui prend une forme encore plus radicale à partir de la Renaissance pour s'achever, avec les Lumières, dans une altération culturelle profonde dont découle l'idée même d'universel. La rencontre de l'Europe avec le monde non-Européen, dans les Amériques, au Japon, en Chine, en Inde, ne peut être réduite à un pur mouvement de soumission, d'exploitation, d'éradication de l'autre. Elle a aussi et en même temps eu pour conséquence d'ébranler de façon radicale et irréversible le système de valeur du colonisateur. Au terme de ce processus, à la fin du 18^{ème} siècle, « la modernité européenne [est] désormais, au moins en partie, définie comme un projet scientifique, éducatif et politique s'opposant au propre héritage religieux et culturel de l'Europe » (Joan-Pau Rubiés). Si les valeurs des « Lumières » ne sont pas qu'« occidentales », c'est parce que leur élaboration s'est faite dans un rapport de l'Europe à l'autre qui a bouleversé sa définition de soi, dans une relation de « tiercéité culturelle » à l'Asie, qui a conduit à la formulation d'universaux transculturels.

J.T. : Il serait important de s'appuyer sur des exemples issus des penseurs des Lumières en Europe (France, Allemagne, Pays-Bas, etc.), de se poser la question de savoir par quels transferts d'une aire civilisationnelle à une autre ces changements se sont produits, de savoir comment la modernité a fait irruption dans le monde à travers ces rencontres culturelles qui avaient l'Europe pour centre névralgique de mise en relation. Il est important aujourd'hui de rappeler cette histoire au moment où l'Europe se referme sur elle-même, au moment où certains pays se mettent en Europe même hors de l'Europe, au moment où certains groupes s'enferment dans des logiques identitaires au sein de nations de plus en plus divisées, clivées.

J.Y.H. : Parmi tous les possibles, prenons l'exemple des missions jésuites en Chine à partir de 1582. Si on interprète cet événement selon les catégories convenues de l'orientalisme post-colonialiste, on n'y verra que la tentative, vouée à l'échec, d'un groupe religieux d'imposer ses vues monothéistes et « eurocentrées » à une culture plurimillénaire. On en conclura (un peu vite) à l'impossibilité de l'interculturalité. Or cet événement prend son sens dans la diffusion des écrits chinois en Europe. Avant Leibniz, les commentaires et traductions des livres confucéens trouvèrent leur principal écho en France, chez les Libertins : La Mothe Vayer en 1642 et Simon Foucher en 1688 introduisirent Confucius selon une stratégie, systématisée par Bayle et finalisée par Voltaire, visant à démontrer qu'un ordre social stable et des attitudes civiques vertueuses étaient possibles sans contrôle religieux du politique. Notre séparation de l'Eglise et de l'Etat, notre idée d'un universel immanent plus universel que celui des religions trouvent là certainement un de ses fondements. Délicieux paradoxe : en voulant évangéliser la Chine, les Jésuites ont contribué, à laïciser (confucianiser) l'Europe et donc à l'universaliser.

J.T. : Pour pousser l'ironie encore davantage, notons qu'aujourd'hui, on assiste en Chine au mouvement inverse, celui de l'instauration d'une religion d'Etat, ou plus exactement de la religion du Parti, face à laquelle l'opposant n'est pas simplement un dissident mais aussi un hérétique. S'il est vrai que l'introduction de la pensée chinoise a induit en Europe une sortie du religieux, ironiquement, la sinisation d'une idéologie athée, telle que le marxisme-léninisme, a produit l'effet inverse : de Mao à Xi Jinping, le culte du dirigeant s'impose à tous, au niveau autant social qu'économique. De sorte que l'oligarque chinois est aujourd'hui à la fois un opposant politique, un dissident économique et un hérétique idéologique. C'est un système de pouvoir à l'envers, déstabilisant pour la gouvernance mondiale, déstructurant pour le fonctionnement des Nations Unies, dérangeant pour le respect des conventions de l'OMC, désinhibant pour le moins-disant démocratique au niveau régional, déroutant par cette rechute vers une guerre froide chauffée au nucléaire. Cette crise géopolitique latente a induit le transfert vers le Pacifique de la matrice des relations internationales. Il faut le

considérer comme un événement majeur dont les répercussions se font sentir à tous les niveaux. Le Brexit anglais n'est que le premier pas dans un cheminement qui mène à la création de l'AUKUS, qui entraîne la scission de l'Occident en deux : Europe continentale d'un côté, sphère Commonwealth des pays entourant le Pacifique de l'autre. Dans ce processus, l'Angleterre n'est pas la cinquième roue du carrosse, comme on a pu l'entendre, mais le chef de file. Car ces pays ont comme dénominateur commun la langue, l'histoire, la religion, le droit (*common law*), et la culture - entrelacés depuis des siècles - de telle sorte qu'on pourrait considérer les Etats-Unis comme en faisant partie. Ainsi l'Europe est la victime collatérale de cette scission de l'Occident provoquée par la marche accélérée de la Chine vers un avenir incertain.

J.Y.H : Poursuivons l'ironie, en se demandant si l'Europe n'est pas aujourd'hui plus « chinoise » que la Chine néo-maoïste de Xi Jinping. Au sens où en reniant les valeurs qu'elle présente comme occidentales (et qu'elle a en réalité, par son influence passée, contribué à produire), la Chine contemporaine se coupe de son propre potentiel d'universalisation. Au sens aussi où, comme le disait Anne Cheng, le modèle chinois d'une gouvernance mondiale sous le signe du Tianxia, qui viserait à pallier les limites du modèle westphalien, trouve une meilleure réalisation dans les institutions européennes que dans les rapports de Pékin à Hong-Kong, à Taiwan ou aux pays riverains de la mer de Chine de Sud. De ce point de vue, c'est une erreur de penser que pour augmenter le « *soft power* » européen, il faudrait que l'Europe produise un récit global d'elle-même qui, en réponse aux récits culturalistes russes et chinois, affirmerait sa propre singularité radicale. Car si « l'Europe » a un quelconque rapport à « l'universel », c'est moins du fait d'un contenu culturel spécifique, « unique » (immanence grecque, transcendance hébraïque-et-chrétienne, rationalité scientifique, individualisme romantique) que de par l'absence d'une essence propre autre que celle issue de sa refondation continue au contact de l'autre. Ne suivons pas Heidegger quand il proposait de faire un détour par l'origine afin d'être encore plus soi (devenir Grec pour être enfin Allemand), de faire un détour par l'ailleurs pour dégager une identité culturelle pure (ne plus être « Asiatique » pour devenir vraiment Européen). En réalité, pour l'Europe, il n'y a pas d'autre origine que le détour, pas d'autre terme que le retour. Notre idée au *Collegium* est que l'universel n'est pas ce que l'un impose aux autres ; c'est le produit de l'effort fait par chacun pour se débarrasser d'un peu de soi, céder de sa propre souveraineté (personnelle ou collective) - comme le notait Jürgen Habermas : « Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. » L'Europe n'a rien à gagner à entrer dans le jeu de l'affrontement civilisationnel en produisant un méta-récit célébrant son exceptionnelle singularité culturelle. Ce qui ne signifie pas nier l'existence du conflit, ou-

blier les rapports de force mais penser l'universel comme le bien commun résultant du processus indéfini de transformation de soi. Prévenons ainsi un malentendu : si en se défaisant de soi une culture non-européenne peut avoir l'impression de s'euro-péaniser, ce n'est pas au sens où elle adopterait des valeurs « étrangères » (qui seraient contraires à « ses » valeurs qu'elles devraient s'efforcer de préserver pour conserver son « identité culturelle ») mais où sens où elle répète ce geste de la différenciation interne, de la différence à soi qui définit l'euro-péanité non-européenne de l'Europe.

J.T. : Revenons pour conclure sur ce thème qui était celui de mon prédécesseur à la présidence du *Collegium*, Michel Rocard, parlant de cette crise profonde. Car on se trouve bien aujourd'hui dans la situation exposée par son dernier ouvrage majeur : *Suicide de l'Occident, suicide de l'humanité ?* Avec Michel Rocard, il faut « souligner la gravité profonde, trop souvent mésestimée, des évolutions mortelles qui nous menacent à terme - nous l'humanité - ». L'impossibilité de résoudre des crises cumulées est flagrante. L'absence de valeurs communes menace la conduite du monde. N'étant pas prêts collectivement à des défis globaux, tout accident nous est potentiellement fatal. De telle sorte qu'on pourrait dire que la pandémie a commencé avant l'émergence du Covid-19. D'ailleurs l'impuissance à réguler le changement climatique prend des dimensions inquiétantes. Quand le président des Etats-Unis en 2021 fait un discours au sommet mondial sur l'environnement (COP26) en usant des mêmes termes que son prédécesseur cinq ans plus tôt (COP21), le surplace est sidérant. Entre temps, l'Amazonie a brûlé, l'Australie a brûlé, la Californie a brûlé... Et quand Joe Biden termine par « *God Bless The Planet* », c'est dire : *ite, missa est*. La redondance oratoire mène vers la fuite du politique à plusieurs niveaux. Cela se manifeste, en période électorale, par la pléthore exponentielle de candidats partant à la chasse au Dahu, par l'irruption d'énergumènes venus des médias avec leur arsenal tabloïd et leur pratique politique façon fête foraine. Michel Rocard disait : « Le métier que j'ai fait n'existe plus ».

J.Y.H : Quand on sait que le dérèglement climatique, la perte de la biodiversité, la pollution de l'air, des sols, sont des réalités perçues depuis le début de la révolution industrielle, scientifiquement analysées depuis 50 ans, on peut s'interroger sur la part obscure du « désir » dans l'intensification et la multiplication des événements météorologiques extrêmes. Une urgence contre laquelle on ne fait rien, ou si peu, n'est plus une urgence mais une opportunité... D'un côté, on dénonce ensemble, dans un communiqué édifiant, la « dramatique fonte des glaces » ; de l'autre, chaque pays place ses pions en Arctique pour se préparer à en exploiter les ressources mises à nu. Peut-on se contenter de la thèse de l'Accident, d'un événement extérieur nous prenant par surprise ? Une catastrophe que l'on ne fait rien, ou si peu, pour éviter n'est plus une catastrophe mais comme l'expression d'une attente... Jean-

Luc Nancy écrivait, dans *Vérité de la démocratie* : « Rien n'est plus commun que la pulsion de mort - et le point n'est pas de savoir si les politiques technologiques d'État qui ont permis Auschwitz et Hiroshima ont déchainé des pulsions de cet ordre, mais plutôt de savoir si l'humanité trop lourde de ses millions d'années n'a pas choisi depuis quelques siècles la voie de son anéantissement ». L'Holocauste n'est-il pas le marqueur de la fin de l'Holocène, le début de cet Anthropocène qui nous dirige droit vers un « Anthropocauste » ? Heiner Müller énonçait, au sujet du nazisme, ce terrible apophtegme : « Les Allemands sont un peuple suicidaire qui ont trouvé les Juifs sur leur chemin ». Aujourd'hui, on pourrait dire : l'*Homo sapiens* est une espèce suicidaire qui a trouvé la Terre sur son chemin. Mais comment comprendre cette pulsion de mort de l'Homme, ce suicidaire extraverti, qui entraîne le réel dans son naufrage ? Notre incapacité d'agir pour le mieux stimule et renforce notre « capacité » à garder cap au pire : plutôt une volonté de néant qu'un néant de volonté, disait Nietzsche. L'Anthropocène est un *anthropobs-cène* : le symptôme d'une symphorophilia collective dont le crash civilisationnel est l'ultime « nirviagra ». Dégoût et fascination se mêlent dans notre société apornocalyp-tique du spectacle qui a pour seule révélation la mise en scène de sa disparition : des Romains se délectant à la vue de martyrs dévorés par les lions au fil continu des news enchaînant incendies géants et crues mortelles, la nature du frisson reste la même, seule change l'étendue du sacrifice. J. G. Ballard, dans l'introduction française de son livre le plus iconoclaste *Crash* (1973), faisait le diagnostic suivant : « Le voyeurisme, le dégoût de soi, le caractère infantile de nos rêves et aspirations - ces maladies de la psyché - ont abouti à la mise à mort la plus terrifiante du 20^{ème} siècle : la mort de l'affect. » L'urgence n'est pas qu'un problème de « vitesse » et « d'accélération » ; plus

encore qu'un rétrécissement du temps, on assiste à un véritable rétrécissement du cœur, à une crise du lien. Deleuze affirmait dans *Image Temps* que l'unique solution pour remédier à la crise de l'action, à la paralysie de notre réactivité était la croyance en ce monde-ci. Cependant, à l'heure où le monde lui-même s'efface, la seule réponse qui reste est la foi en autrui : *I believe you*. Mais comment faire confiance à l'autre si « l'autre » ne se définit que par opposition à « moi » ? En délaissant la logique mortifère de l'ipséité solitaire pour la logique vitale de l'altérité solidaire. Recréer du lien dans la co-construction du sens ouvre la voie vers un *transversel* dont le modèle est moins le dialogue rationnel que le contact amoureux. C'est du plus lointain que vient cet autre que soi qui répond au désir de devenir autre du soi : on ne naît pas humain, on le devient - quand on dit à l'autre : change-moi !

J.T. : Peter Sloterdijk le dit, avec son livre *Il faut que tu changes ta vie*. Au sein du *Collegium*, il apporte l'idée de remettre à jour les impératifs catégoriques, conditions *sine qua non* de la préservation de ce qui arrive. Le croisement, la cofécondation du politique et du philosophique s'imposent. En effet, le sujet de la pensée philosophique et le sujet de l'action politique ne sont pas censés se rencontrer, selon Max Weber dans *Le Savant et le politique* (« *Wissenschaft als Beruf* », « *Politik als Beruf* »). L'impossibilité de la rencontre entre ces deux vocations doit être dépassée dans les crises extrêmes qui affectent le monde aujourd'hui. Plus encore, comme dit Edgar Morin, il n'y a en réalité qu'une seule crise, une polycrise, qui crée la polycatastrophe dans laquelle nous nous trouvons. C'est précisément dans l'ADN du *Collegium* international depuis sa création, avec sa double hélice politico-philosophique, de faire que ses deux vocations se rencontrent.



Raphaël Glucksmann • Député européen

La volonté de puissance

182

Un dictateur comme Lukashenko peut envoyer ses Migs détourner un avion de ligne reliant deux capitales européennes pour kidnapper un journaliste. Ou bien convoyer des milliers d'êtres humains depuis Bagdad ou Damas jusqu'à la frontière polonaise, créant de toute pièce une « crise migratoire » dans l'unique but de nous déstabiliser et de nous faire chanter. Pourquoi ? Parce qu'il part, à tort ou à raison, du principe que l'Union européenne est structurellement impuissante.

Ne croyons pas qu'il s'agisse là d'un cas isolé ou du simple coup de folie d'un tyran aux abois. Le même calcul habite les cercles du pouvoir à Moscou, Pékin ou Ankara. Dans un monde violent et conflictuel, si loin de l'univers irénique de la Fin de l'Histoire, la faiblesse est un appel à l'agression. Nous sommes donc condamnés à être puissants ou à ne plus être.

Or nous agissons comme si nous étions les spectateurs de notre déclin inexorable, vécu comme un *fatum* antique. L'Europe est devenu un continent de consommateurs : consommateurs de biens produits en Chine et consommateurs de sécurité produite aux Etats-Unis. Le rapport au monde des élites européennes n'est pas sans rappeler celui du Maître de Hegel : jouissant des biens produits par l'esclave, il s'avachit, s'amollit et devient l'esclave de son esclave. Jusqu'à sa chute. Par où commencer si nous voulons sortir du piège de l'impuissance ?

Une révolution mentale

Quel est, au fond, le pêché originel du Maître ? C'est de fantasmer éternelle une victoire qui n'était qu'éphémère, de penser que la lutte est finie. C'est d'avoir lu Fukuyama à la chute du Mur de Berlin, rêvé à la paix perpétuelle et cru à la possibilité du repos. Voilà la grande erreur philosophique et politique des années 1990 et 2000 que nous payons aujourd'hui.

S'il n'y a plus d'adversaire stratégique, plus de grand conflit théologico-politique, plus de grand péril, alors à quoi bon rechercher la puissance ? Et à quoi bon la politique en fait ? La simple gestion des affaires communes par une caste d'experts suffit. J'ai été surpris, à Taïwan, de voir les individus les plus talentueux d'une génération investir le secteur public et embrasser une carrière politique. En Europe, ils auraient sans doute choisi d'être chanteurs ou de lancer leur start up. A Taipei, ils veulent servir l'Etat. Pourquoi ? Parce que la démocratie taïwanaise vit sous la menace constante du Parti Communiste Chinois. Et cette menace existentielle confère à la chose commune une dimension sacrée. L'absence de menace, au contraire, la rend inessentielle et précipite la bureaucratisation de la démocratie, ce processus de dé-politisation dont l'Union européenne - dans sa forme actuelle - est l'aboutissement.

Le premier enjeu donc, pour revitaliser nos cités et sortir de l'impuissance qui les mine, c'est de comprendre que nous sommes menacés. Menacés par l'effondrement climatique tout d'abord qui rétablit un horizon tragique à nos existences, individuelles et collectives, et redonne ainsi du sens à l'idée même de cité. Menacés, ensuite, par des multinationales qui deviennent plus puissantes que nos États et se jouent des intérêts communs comme des volontés générales. Menacés, enfin, par des adversaires géopolitiques nous imposant des rapports de forces constants auxquels nous devons répondre.

Au Parlement européen, la commission spéciale sur les ingérences étrangères que je préside dissèque depuis plus d'un an la guerre hybride menée par des régimes autoritaires contre l'Union européenne. Nous ne sommes pas en guerre évidemment, mais nous ne sommes plus vraiment en paix non plus. Nous vivons dans un entre-deux caractérisé par un haut niveau de conflictualité sans affrontement militaire direct. Depuis les campagnes de désinformation constantes ou les attaques massives de hackers contre nos institutions ou nos hôpitaux jusqu'aux investissements hostiles dans nos infrastructures stratégiques ou à la captation méthodique d'une part de nos élites politiques ou sociales, la Russie de Poutine, la Chine de XI Jinping et, parfois, la Turquie d'Erdogan, tentent d'affaiblir les démocraties européennes *de l'intérieur*. Leurs actions effacent toute frontière entre diplomatie et politique.

Nous n'avons pas d'autre choix que de retrouver en nous une forme de volonté de puissance pour faire face à ces menaces. Reste à savoir si nous pouvons tracer une voie réaliste vers l'émergence d'une puissance européenne.

Au commencement était le marché

Si nous ne voulons pas tomber dans l'incantation fédéraliste, il nous faut partir de ce qu'est l'Union européenne aujourd'hui : un marché. Le premier marché du monde même. Aucune multinationale ne peut s'en priver, aucun pays producteur ne peut s'en passer. C'est la seule véritable force de l'Europe aujourd'hui, mais ce n'est pas

rien. C'est même beaucoup. A condition d'en faire quelque chose de radicalement différent de ce qu'on en fit jusque-là.

Dès le début de mon mandat, j'ai compris la division des tâches qui s'opérait au sein des institutions européennes : d'un côté les débats sur les principes et la géopolitique, de l'autre la gestion des affaires commerciales. Au Parlement, ceux qui veulent débattre de géopolitique rejoignent la Commission des Affaires étrangères et la sous-commission des Droits humains, ceux qui entendent défendre les intérêts des grandes entreprises européennes rejoignent la Commission Commerce International. J'ai donc rejoint les deux avec une idée fixe : faire du commerce un moyen au service de nos intérêts à long terme et de nos principes.

Le but est d'utiliser le marché européen comme outil stratégique d'exportation de normes. A cette fin, la législation européenne sur le devoir de vigilance est sans doute le texte le plus important de notre mandature. Telle que nous l'avons conçue et élaborée au Parlement européen, elle peut être vue comme la première étape d'une reprise en main de la globalisation par la cité européenne. Un moment de rupture, donc, tant la doxa bruxelloise en matière de commerce fut de promouvoir la levée des restrictions et des « obstacles » à la libéralisation totale des échanges.

Ce dogme du « lâcher prise » a conduit à l'éclatement des chaînes de valeur, aux délocalisations et à l'explosion des marges, donc des dividendes. Les grandes multinationales ont délégué la fabrication de leurs produits à d'autres et se sont ainsi retrouvées exemptées de toute responsabilité juridique. Le devoir de vigilance met fin à l'impunité érigée en norme qui est constitutive de la globalisation des années 1990-2000. Il impose un ensemble d'obligations juridiquement contraignantes aux entreprises européennes et à toutes celles actives sur le marché européen.

Ces règles les astreignant à identifier, prévenir et faire cesser toutes les violations des droits humains, sociaux et environnementaux sur leur chaîne de valeur les obligera à restructurer leur business model. Au bénéfice des pays faisant respecter un minimum l'état de droit. Le jour où les dirigeants de Zara ou de Nike feront face à la justice en Europe parce que leurs fournisseurs chinois exploitent des esclaves ouïghours est de plus en plus proche. Ce jour-là, l'Union européenne sera devenue une puissance normative globale. Elle aura décidé d'avoir un rôle mondial.

Sans surprise, les multinationales sont parties en guerre contre ce projet. Mais les réticences ne viennent pas seulement des acteurs privés qui bénéficient le plus de l'effacement actuel du politique, elles viennent en partie du politique lui-même. La commission et certains Etats membres hésitent à franchir le pas, comme effrayés par la perspective de l'affirmation de leur propre pouvoir. Voilà pourquoi la pression du public, via des campagnes civiques massives, sera fondamentale : l'enjeu est d'obliger le pouvoir à s'exercer.

Ce que l'autonomie stratégique veut dire

Le devoir de vigilance n'est qu'un premier pas, une étape censée redonner aux élites européennes le goût du pouvoir. Dans la foulée, ce sont toutes les bases d'une puissance européenne globale qu'il faudra poser.

Notre dépendance à l'égard de la Chine fait que toute grande politique communautaire produit des contre-effets désastreux. Prenons l'exemple du Green Deal européen, la transition vitale vers une production décarbonnée d'électricité et le cas spécifique des panneaux photovoltaïques. Aujourd'hui c'est la Chine qui les fabrique en grande partie et elle le fait grâce au polysilicium produit par le travail forcé des Ouïghours. Nos subventions publiques serviront donc à financer le système concentrationnaire chinois tant que nous n'avons pas doublé le Green Deal d'un véritable projet de réindustrialisation européenne.

Non seulement nous devons rapidement interdire l'entrée sur le sol européen des produits de l'esclavage, à l'instar des Etats-Unis, mais nous devons aussi prendre les mesures permettant à l'Europe de redevenir un continent de producteurs. En s'appuyant d'abord sur l'arme de la commande publique. Les 2.400 milliards d'euros de commandes passées chaque année par le secteur public européen doivent être orientés vers les entreprises produisant en Europe. C'est le sens du *Buy European Act* que nous poussons au Parlement. En lui ajoutant la taxe carbone aux frontières de l'UE, à un *Made in Europe Act* favorisant l'émergence de champions européens dans la transition écologique ou la révolution numérique et à des investissements massifs dans la Recherche et le Développement, nous dessinerons les contours d'une puissance industrielle européenne.

Mais une puissance n'a d'existence propre que si elle a les moyens de se défendre elle-même. Tant qu'elle dépendra totalement des Etats-Unis sur le plan militaire, l'Union ne pourra pas contrôler son destin. Or le mandat de Trump n'était pas une parenthèse : la période de l'hégémonie américaine se referme et il devient vital pour l'Europe de faire émerger une politique de défense et de sécurité digne de ce nom. Avec un rôle immense à jouer pour la France, seul pays de l'Union à pouvoir offrir les garanties de sécurité nécessaires, y compris nucléaires à terme, à l'ensemble de l'espace commun.

Une refonte institutionnelle

La question de la puissance correspond in fine à celle de la souveraineté. Nous devons faire nôtre le slogan du Brexit : « *Take Back Control* ». Des traités alambiqués, produits de compromis bancaux, ont dilué l'idée de responsabilité politique dans un océan de bureaucratie. On ne sait plus qui fait quoi, qui est responsable de quoi dans l'architecture européenne et l'art de gouverner est devenu un art de la défausse permanente.

Une immense clarification s'impose donc, une clarification qui serait un retour aux sources en quelque

sorte. Dans les ruines de la Seconde Guerre mondiale, la construction européenne s'est fondée sur des projets de coopération concrets entre pays européens, de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) au rapport Spaak en passant par le projet avorté de Communauté européenne de défense (CED). Les fameux « Pères fondateurs » voulaient faire ensemble pour ne plus pouvoir se faire la guerre. Leurs héritiers ont voulu vivre ensemble, perdant de vue l'horizon de l'action. Cela a enclenché la bureaucratisation du projet européen, le délégitimant progressivement aux yeux des citoyens.

Au lieu de s'enfermer dans des débats stériles sur le fédéralisme, définissons les grands chantiers à mener à l'échelle européenne. Adaptons ensuite notre fonctionnement à ces chantiers. Pour les mener à bien, les institutions communautaires devront faire un bond fédéral dans certains domaines spécifiques, imposer des objectifs contraignants aux Etats et être seules comptables devant

les citoyennes et citoyens. Dans d'autres domaines, les nations reprendront leur prééminence.

Des Commissaires au plan recevront du Parlement européen un mandat clair, circonscrit, auquel seront adossés des objectifs précis. Et la Commission cessera d'être un gouvernement bis au budget ridicule et aux compétences peu claires. De l'industrie à la transition énergétique, en passant par la défense, les peuples sauront à quelle fin ils mettent en partage leur souveraineté et en quoi ce partage n'est pas une perte, mais un gain de puissance et de maîtrise.

C'est ainsi que nous répondrons aux sentiments de déclassement, de dépossession et d'impuissance qui minent les cités européennes et conduisent le projet communautaire au délitement. Et c'est ainsi que nous redeviendrons fiers d'être Européens.

*Toutes mes conclusions
passent par le
Document Analyzer.*



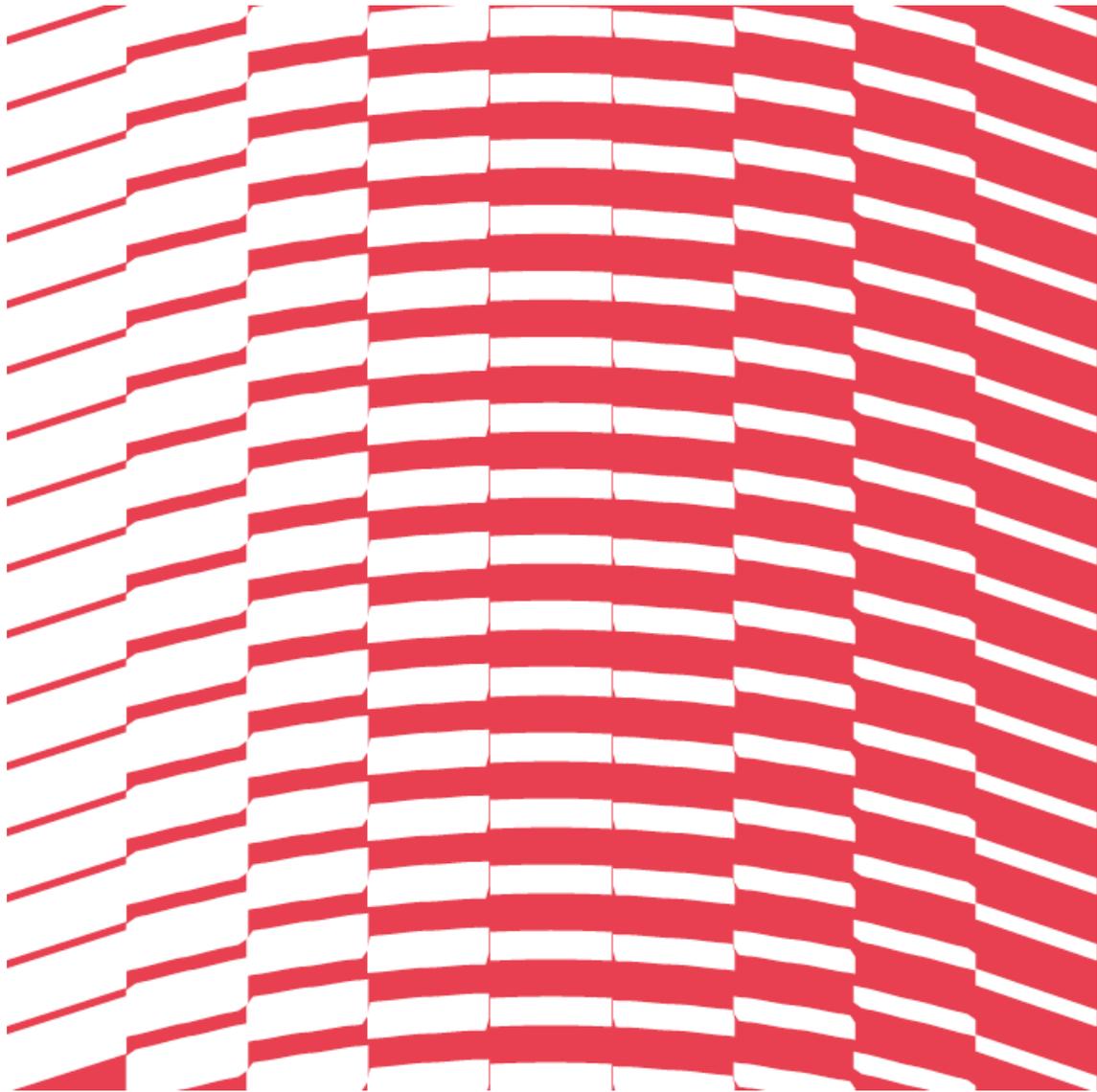
Nicole Radius
Avocate en droit du travail

Finies les recherches sans fin.

Retrouvez toute la jurisprudence citée dans vos documents, dans son contexte.
Consacrez-vous à ce qui compte le plus : l'analyse et le conseil juridique.

Des centaines de conclusions analysées par vos confrères chaque semaine.

Essayez sur [doctrine.fr/document-analyzer](https://www.doctrine.fr/document-analyzer)



La Revue Européenne du Droit

La Revue Européenne du Droit est éditée par le Groupe d'études géopolitiques en partenariat avec Doctrine.

