

# LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



**Direction scientifique :**

Thierry CHOPIN

**Rédacteurs en chef :**

Selma GHODRI et Rémi GAMBINO

MARS 2022 - **N°22**

13<sup>e</sup> ANNÉE - ISSN 2011-4293



► Dossier thématique

## La souveraineté européenne : entre interdépendance et autonomie

### ► ACTUALITÉS

2 > p. 4

Les outils juridiques en matière de politique économique: L'exemple de la réforme du droit des sûretés en France

par Jorge L. Esquirol, Professeur Invité, Sciences Po École de Droit 2021-22, Professeur, Florida International University College of Law

### ► DOSSIER THÉMATIQUE

3 > p. 13

La souveraineté européenne

par Frédéric Allemand, Adèle Bourgin, Nicolas Burnichon, Johan Callewaert, Thierry Chopin, Jérôme Creel, Jan Dunin-Wasowicz, Jorge L. Esquirol, Sven Frisch, Sylvie Goulard, Mattias Guyomar, Jean-François Jamet, Aurélie Jean, Maxime Lefebvre, Jonathan Marsh, Phuc-Vinh Nguyen, Florent Parmentier, Yves Pascouau, Thomas Pellerin-Carlin, Didier Reynders, Anastasya Shapochkina, Bernard Stirn, Gabrielle Valli

# Sommaire

## Édito

page 1

1 *Selma GHODRI, Rémi GAMBINO*

## Actualités

page 4

2 *Jorge L. ESQUIROL* - Les outils juridiques en matière de politique économique : L'exemple de la réforme du droit des sûretés en France

## Dossier thématique

page 13

3 *Thierry CHOPIN* - La souveraineté européenne : entre interdépendance et autonomie

4 *Bernard STIRN* - Peut-on parler, en droit, d'une souveraineté européenne ?

5 *Mattias GUYOMAR* - Souveraineté des États et responsabilité partagée dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme

6 *Johan CALLEWAERT* - No more common understanding of fundamental rights ? About the looming fundamental rights patchwork in Europe and the chances for the current negotiations on EU-accession to the ECHR to help avoid it

7 *Sven FRISCH* - Le contrôle national de constitutionnalité a posteriori du droit de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence récente

8 *Didier REYNDERS* - Le parquet européen : une arme efficace contre la fraude et la corruption

9 *Jonathan MARSH* - European sovereignty and the rule of law : Strategic aspects of legal professional privilege

10 *Sylvie GOULARD* - La monnaie : manifestation d'une souveraineté européenne ?

11 *Jérôme CREEL, Frédéric ALLEMAND* - Freins et perspectives d'une union budgétaire européenne

12 *Florent PARMENTIER* - Comment la crise Covid-19 a favorisé l'émergence d'une souveraineté sanitaire européenne

13 *Jean-Francois JAMET* - L'Europe au défi de la souveraineté technologique

14 *Dr. Aurélie JEAN* - L'approche européenne de l'intelligence artificielle

15 *Adèle BOURGIN, Nicolas BURNICHON, Jan DUNIN-WASOWICZ* - Entreprises et droits humains à l'aune de l'autonomie stratégique européenne

16 *Phuc-Vinh NGUYEN, Thomas PELLERIN-CARLIN* - Designing a modern EU energy system - Relying on clean energy technologies and digitalization

17 *Gabrielle VALLI, Anastasiya SHAPOCHKINA* - Fit-for-55 and the European energy autonomy

18 *Yves PASCOUAT* - La politique migratoire de l'Union européenne dilue-t-elle la souveraineté des États membres ?

19 *Maxime LEFEBVRE* - Que manque-t-il à la souveraineté externe de l'Union européenne ?

## 1 Édito



**Selma GHODRI,**  
Rédactrice en chef,  
Étudiante au sein de l'École de droit



**Rémi GAMBINO,**  
Rédacteur en chef,  
Étudiant au sein de l'École de droit

Chères lectrices, Chers lecteurs,  
Nous sommes heureux de vous présenter ce nouveau numéro de la Revue des Juristes de Sciences Po consacré au thème de la souveraineté européenne, avec pour Directeur scientifique Monsieur Thierry Chopin.

Les contributions de ce numéro cheminent autour de la « *nation extraordinaire* » qu'est aujourd'hui l'Europe. Un rêve pour le grand-père de la construction européenne, Victor Hugo : « *nous aurons ces grands États-Unis d'Europe, qui couronneront le vieux monde comme les États-Unis d'Amérique couronnent le nouveau [...] ; nous aurons la généreuse fraternité des nations au lieu de la fraternité féroce des empereurs ; nous aurons la patrie sans la frontière, le budget sans le parasitisme, le commerce sans la douane, la circulation sans la barrière* ».

Cette aspiration se rapproche aujourd'hui de la réalité et nous remercions grandement celles et ceux qui ont aidé à l'édification de ce numéro dans l'esprit de « *la généreuse fraternité des nations* ». Une fraternité qui se matérialise par la recherche d'une harmonie entre le droit de l'Union, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'ensemble des droits nationaux des États membres.

Cette souveraineté européenne, en termes juridiques, est partagée dans de nombreux domaines : monétaire, budgétaire mais aussi en matière pénale, environnementale et sanitaire. Néanmoins, cette « *communauté de destins* » fait face au questionnement de sa représentation internationale, peut parfois souffrir du manque de coordination de ses États membres, et s'interroge sur son rôle au-delà du vieux continent.

Aujourd'hui, cette « *généreuse fraternité des nations* » est confrontée à une asynchronie de plus en plus perceptible entre la volonté d'une intégration économique croissante et une intégration politique dont les pas demeurent encore hésitants. L'intégration politique est ainsi la cible privilégiée

de certains États membres qui redoutent une dilution de leur souveraineté nationale.

En France, la souveraineté européenne est une notion dont la charge politique ne cesse d'augmenter dans le contexte de l'élection présidentielle d'avril 2022. Alors qu'au moment de la parution de ce numéro, la France assure la présidence du Conseil de l'Union Européenne, la Revue des Juristes de Sciences Po souhaite apporter une contribution nuancée à ces débats. Définir la souveraineté implique d'en comprendre les multiples composantes. L'articulation entre les souverainetés nationales et la souveraineté de l'Union Européenne est au premier plan des analyses présentées dans ce numéro. Entre tension et complémentarité, ces deux échelles interrogent la capacité de l'UE à exercer une forme de puissance dans des domaines stratégiques indépendamment des gouvernements des États membres.

Enfin, cette nouvelle parution de la Revue des Juristes de Sciences Po marque un tournant vers une analyse renouvelée de l'UE. Il y a plus de 6 ans et 10 numéros, nous avons étudié les crises que traversait l'Europe au premier rang desquelles apparaissaient le *Brexit* et la crise migratoire. Nous avons fait le choix d'inviter les contributrices et les contributeurs de ce numéro à apporter leurs perspectives sur les diverses facettes de la souveraineté européenne. Nous tenons à les remercier pour l'excellence de leurs contributions. Nous remercions très chaleureusement Monsieur Thierry Chopin pour sa disponibilité et ses précieux conseils dans l'élaboration de ce numéro. Enfin, nous remercions les membres du Comité de rédaction pour leur travail tout au long de la réalisation de la 22<sup>e</sup> édition de la Revue des Juristes de Sciences Po.

En vous souhaitant une excellente lecture. ■

*Le numéro 22 de la Revue des Juristes de Sciences Po a été réalisé avant l'invasion de l'Ukraine par la Russie.*

## Revue des Juristes de Sciences Po

REVUE SEMESTRIELLE

Directeur scientifique :  
**Thierry Chopin**

Rédacteurs en chef :  
**Selma Ghodri**  
et **Rémi Gambino**

Membres du Comité  
de rédaction :

**Alexander Burtcher**  
**Alexandre Capel**  
**Laetitia Giannoni**  
**Iskander Harhouz**  
**Teodor Iova**  
**Octavie Jacquet**  
**Aleksandar Radan Jevtic**  
**Romy Khoneisser**  
**Alexandre Lejeune**

**Saasha Malpani**  
**Clémentine Mariani**  
**Chioma Menankiti**

**Alix Meslier**  
**Dan Mocanu**  
**Louis Noirault**  
**Aurélien Péchère**  
**Méwaine Pétard**  
**Quentin Pitthois**  
**Fatima Riaz**  
**Fanny Rollet**  
**Remicard Sereme**  
**Rosie Tang**  
**Sofiane Vandecasteele**  
**Romain Vicendo**  
**Chrisppo Voukeng Taspze**

Membres du Comité  
Scientifique :

**Bernard Störn** (Président),  
Président de section honoraire  
au Conseil d'Etat, membre de  
l'Institut

**Emmanuelle Mignon**, Conseiller  
d'Etat, Associée du pôle Public,  
Réglementaire Environnement  
du cabinet August Debouzy

**Reinhard Dammann**, Associé  
Fondateur du cabinet  
Dammann

**Anne Maréchal**, Directeur  
des affaires juridiques de l'AMF  
**Aurélien Hammelle**,  
Directeur juridique du groupe  
TotalEnergies

**Julie Klein**, Docteur en  
droit de l'Université Paris  
II Panthéon-Assas (2010),  
Agrégée de droit privé (2011),  
Codirectrice scientifique de la  
spécialité EMR du Master Droit  
Économique de Sciences Po

**Pierre-Louis Périn**, Avocat  
associé du cabinet Bersay,  
Professeur affilié à l'École  
de Droit de Sciences Po

**Pierre-Benoît Drancourt**,  
Diplômé de l'École de droit  
de Sciences Po

**Carla Sasiela**, Diplômée de  
l'École de droit de Sciences Po

**Stanislas Julien-Steffens**,  
Diplômé de l'École de droit de  
Sciences Po

Directeur de la publication :  
**Anas Adri**

Photo de couverture :  
© Marta Nascimento / Sciences Po

Origine du papier : Allemagne  
Taux de fibres recyclées : 6 %  
Certification : 100 %  
Impact sur l'eau : P<sub>tot</sub> = 0,01 kg / tonne



Evoluprint  
Parc Industriel Euronord  
10 rue du Parc - 31150 Bruguères

## LES AUTEURS

**Jorge L. ESQUIROL** est professeur invité à l'École de droit de Sciences Po pour l'année 2021-2022, et professeur permanent à la *Florida International University College of Law* à Miami dont il est membre fondateur depuis 2002. Il est spécialiste en droit comparé et en droit commercial. Auteur de l'ouvrage *Ruling the Law: Legitimacy and Failure in Latin American Legal Systems*, Cambridge University Press, 2019. Titulaire de la *Fulbright Distinguished Chair of Comparative Law* en Italie en 2016. Il a enseigné en tant que *Associate Professor* à *Northeastern University School of Law* et a été *Director of Academic Affairs* du *Graduate Program* à *Harvard Law School*. Le professeur Esquirol est diplômé en Finances (B.S.B.A.) de *Georgetown University*, et en droit (J.D.) et études doctorales juridiques (S.J.D.) de *Harvard Law School*. Il a publié divers ouvrages académiques en anglais, espagnol, italien et portugais.

**Thierry CHOPIN** est docteur en sciences politiques de l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS) et a obtenu son habilitation à diriger des recherches à Sciences Po.

Professeur à l'Université catholique de Lille (ESPOL), il est Visiting Professor au Collège d'Europe à Bruges et enseigne également à Mines ParisTech (Corps des Mines). Il est conseiller spécial de l'Institut Jacques Delors.

Il a présidé le Comité de réflexion et de propositions pour la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, dont le rapport, remis à Clément Beaune, secrétaire d'Etat chargé des Affaires européennes, est paru sous le titre : *Une Europe pour aujourd'hui et pour demain. Souveraineté, solidarités, identité commune*, La documentation française, 2022.

**Bernard STIRN** Président de section honoraire au Conseil d'Etat, membre de l'Institut.

**Mattias GUYOMAR** Conseiller d'Etat, juge à la Cour européenne des droits de l'homme élu au titre de la France.

**Johan CALLEWAERT** Deputy Grand Chamber Registrar at the European Court of Human Rights; Observer for the European Court of Human Rights in the negotiations between the Member States of the Council of Europe and the European Commission on EU-accession; Professor at the Universities of Louvain and Speyer.

**Sven FRISCH** Diplômé du Master Droit économique de l'École de droit de Sciences Po (promotion 2012) et de *Harvard Law School* (promotion 2013), Sven Frisch a exercé la profession d'avocat au sein du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP à Bruxelles jusqu'en 2016. Il exerce depuis lors les fonctions de référendaire au Tribunal de l'Union européenne. Il est également membre du Bureau du Groupe des Alumni de l'École de droit de Sciences Po.

**Didier REYNDERS** devient député fédéral à la Chambre des Représentants en 1992. Sept ans plus tard, il devient Ministre des Finances de premier gouvernement de Guy Verhofstadt. Il y restera 12 ans avant de devenir Ministre des Affaires étrangères fin 2011. De 2004 à 2019, Didier Reynders est également Vice-Premier Ministre libéral des gouvernements fédéraux successifs. Il a exercé la fonction de président du Mouvement Réformateur (MR) de 2004 à 2011. Il est aujourd'hui - et depuis deux ans - le Commissaire européen à la Justice de la Commission dirigée par Ursula von der Leyen. Marié, il est père de quatre enfants et grand-père de 5 petits-enfants.

**Jonathan MARSH** President of the European Company Lawyers Association (ECLA), Vice President of l'Association Française des Juristes d'Entreprises (AFJE) and Directeur Juridique Adjoint of TotalEnergies Marketing Services (TEMS). The author's views expressed in the article are his own and do not necessarily represent the views of TEMS.

**Sylvie GOULARD** Sous-Gouverneure de la Banque de France. Elle représente les autorités françaises dans la Task Force for nature related disclosure (TNFD). Elle a été ministre des Armées (mai-juin 2017) du premier gouvernement d'Édouard Philippe.

**Jérôme CREEL** est directeur du département des études de l'OFCE-Sciences Po et professeur associé d'économie à ESCP Business School. Spécialiste de questions macroéconomiques et de gouvernance européenne, il coordonne les éditions successives de *L'économie européenne* dans la collection *Repères à La Découverte*. Il participe régulièrement en tant qu'expert aux travaux préparatoires de la Commission des affaires économiques et monétaires du Parlement européen. A l'occasion des vingt ans de l'euro, il a coédité, avec Eloi Laurent et Jacques Le Cacheux, *Report on the State of the European Union, The Euro at 20 and the Futures of Europe* paru chez Palgrave MacMillan en 2018.

**Frédéric ALLEMAND** est chercheur en droit de l'Union européenne, à la Faculté de droit, d'économie et de finance, à l'Université du Luxembourg. Il enseigne également à Sciences Po Paris, l'INSP (ex-ENA) et l'Institut national d'administration publique du Luxembourg. Il est diplômé de Sciences Po Paris (promo 2000) et titulaire d'un doctorat en droit public. Spécialiste du droit de l'Union économique et monétaire, il dirige la *Revue de l'euro* et est l'auteur de plus de 70 publications en ce domaine.

**Florent PARMENTIER** est Secrétaire général du CEVIPOF et chercheur-associé au centre de géopolitique de HEC. Il enseigne la prospective stratégique à Sciences Po et les affaires publiques à l'Université Mohammed VI (Rabat). Fondateur du site [eurasiapropective.net](http://eurasiapropective.net), il a récemment publié *La révolution du pilotage des données de santé* (avec David Gruson et al., 2019), *La Moldavie à la croisée des mondes* (avec Josette Durrieu, 2019) et *Géopolitique de l'Europe trois décennies après l'ouverture du Rideau de fer* (co-dirigé avec Pierre Verluis). Il a également participé à la publication de (sous la direction de Martial

Foucault et Pascal Perrineau) à l'ouvrage *La politique au microscope. 60 ans d'histoire du CEVIPOF* (2021).

**Jean-François JAMET** est Conseiller du Directoire de la Banque centrale européenne (BCE) et membre du Conseil national de la productivité. Il a participé au Comité de réflexion et de propositions pour la Présidence française du Conseil de l'Union européenne. Ancien élève de l'École Normale supérieure et de l'Université Harvard, ingénieur des Mines et diplômé de Sciences Po, il a travaillé pour Schneider Electric, la Banque mondiale et la Commission européenne avant de rejoindre la BCE. Il a également enseigné l'économie politique de l'Union européenne à Sciences Po.

**Aurélien JEAN** Docteur en sciences et entrepreneure.

**Jan DUNIN-WASOWICZ** est Counsel au sein des équipes « Anticorruption & Enquêtes Internes », « Sanctions économiques, Contrôles à l'export et Lutte contre le blanchiment de capitaux » et « Arbitrage International » du bureau de Paris de Hughes Hubbard & Reed LLP. Il concentre sa pratique sur la conformité transfrontalière, les enquêtes internes et gouvernementales multi-juridictionnelles, les sanctions économiques et le contrôle des exportations et autres restrictions au commerce international en particulier au niveau de l'Union européenne, ainsi que sur l'arbitrage commercial international et d'investissement. Ayant suivi une formation juridique complète en France et aux Etats-Unis, il est avocat à la Cour en France et attorney-at-law aux barreaux de New-York et du District de Columbia. Il est enseignant à l'École de droit de Sciences Po.

**Adèle BOURGIN** est avocate collaboratrice au barreau de Paris conseillant sur les questions de conformité (lutte contre la corruption, responsabilité sociétale des entreprises) et d'entreprises et droits humains au sein du bureau parisien du cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP.

**Nicolas BURNICHON** est avocat collaborateur au barreau de Paris exerçant en compliance (sanctions économiques, contrôles des exportations, lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et lutte contre la corruption) au sein du bureau parisien du cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP.

**Thomas PELLERIN-CARLIN** is the Director of the Jacques Delors Energy Centre and a Jacques Delors Institute senior research fellow. His work focuses on the European Union energy policy, with a focus on innovation and climate change in the context of the European Green Deal. Thomas also teaches at the College of Europe Energy Union Training Programme, at Sciences Po, and at the Sorbonne.

**Phuc-Vinh NGUYEN** is a Research fellow at the Jacques Delors Institute and works on both French and EU energy policy. His works mainly focuses on France's role regarding the European Green Deal as he studies its aftermath on French public policies. His area of expertise also covers renewable energies and the European carbon market.

**Anastasiya SHAPOCHKINA** Cofondatrice et présidente d'Eastern Circles, Anastasiya Shapochkina a développé une solide expérience dans le domaine du conseil et de l'énergie, où elle a analysé pendant 11 ans les entreprises, technologies et les marchés des énergies renouvelables, des services publics, du nucléaire et de l'e-mobilité. Elle a dirigé des projets de recherche internationaux rassemblant différents secteurs industriels et a représenté des entreprises au sein d'associations de l'industrie et de la recherche en Europe. Depuis 2012, elle est également maître de conférence en géopolitique à Sciences Po où elle enseigne notamment le rôle des acteurs économiques dans les relations UE-Russie. Auteure de plusieurs articles sur la géopolitique et la géoéconomie dans l'ex-URSS, elle est régulièrement invitée à la télévision et à la radio. Anastasiya Shapochkina est diplômée de la Georgetown University School of Foreign Service au sein du programme d'études allemandes et européennes.

**Gabrielle VALLI** Cofondatrice et vice-présidente d'Eastern Circles, Gabrielle Valli a vécu plusieurs années dans l'espace post-soviétique où elle a notamment travaillé pour le ministère français des Armées et le ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. Elle est diplômée de l'École d'Affaires publiques de Sciences Po Paris (spécialité sécurité et défense) et a étudié à l'Institut d'Etat des relations internationales de Moscou (MGIMO). Ses recherches portent désormais sur les secteurs de l'énergie et de la défense dans l'ex-URSS.

**Yves PASCOU** est docteur en droit public de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour avec une thèse sur « La politique migratoire de l'Union européenne » (LGDJ, Paris, 2011). Spécialiste des questions migratoires, il est consultant pour différentes organisations et ONG. Il a été chercheur dans plusieurs universités - Université de Pau (2000-2010), Université Libre de Bruxelles (2008-2011) Université de Nantes (2017-2018). Yves Pascou a également exercé les fonctions de directeur au European Policy Centre à Bruxelles où il était chargé du programme Migrations et Diversité (2011-2017). Il a publié de nombreux articles et contributions portant sur les politiques européennes et nationales d'asile, d'immigration et d'intégration.

**Maxime LEFEBVRE** est diplomate et professeur en géopolitique à l'ESCP Business School. Il a été ambassadeur représentant permanent auprès de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe. Il a notamment publié « La politique étrangère européenne » (Que sais-je, 2021) et « La construction de l'Europe et l'avenir des nations » (Armand Colin, 2013).

# Actualités



## 2 Les outils juridiques en matière de politique économique : L'exemple de la réforme du droit des sûretés en France

Jorge L. ESQUIROL\*,

Professeur Invité, Sciences Po École de Droit 2021-22, Professeur,  
Florida International University College of Law

### 1. Introduction

1 - La mondialisation est aujourd'hui un phénomène très avancé. Nos échanges commerciaux se dessinent autour de nombreux intérêts qui vont bien au-delà de l'État-nation. Des organisations multilatérales veillent au respect des règles du marché, des conventions internationales visent à uniformiser le droit substantif, et des arbitres privés servent à régler les différends. Toutefois, les controverses autour de la mondialisation sont loin d'être terminées. Elles mettent en exergue les enjeux existentiels de notre époque, tels que la répartition des richesses planétaires, la protection de l'environnement, ainsi que la qualité des démocraties et les formes de culture privilégiées.

2 - Dès lors, le droit commercial émerge comme un terrain privilégié où se confrontent les oppositions. Les sujets primordiaux concernent certes les normes les plus pertinentes à l'économie mondiale. Parmi celles-ci, le droit des biens ne fait pas exception. Les sûretés en sont une branche particulièrement impactée. Ces règles de droit sont fondamentales aux marchés financiers. Dans une logique purement économique, l'accès aux garanties réelles réduit les coûts du capital et fournit une assurance de remboursement. Ainsi, en cas de non-paiement, un crédit s'avère moins risqué. Par conséquent, en découle un taux d'intérêt moins élevé qu'un simple prêt chirographaire ou qu'un crédit découvert.

3 - Lors des dernières décennies, la garantie de crédit sous forme de sûreté mobilière a été la cible d'une révolution transnationale visant à sa libéralisation. De fait, le droit pré-réforme de plusieurs juridictions a été systématiquement décrit comme étant anachronique, chaotique, excessivement complexe, et peu concurrentiel. Les réformes impulsées par la mondialisation visent à la simplification, transformant en ce sens le gage en un dispositif unique, accessible à tout débiteur, à tout créancier, sur n'importe quel objet présent ou futur et sur n'importe quelle valeur. Cette campagne de libéralisation se poursuit par divers moyens. Au sein des pays du Sud, les réformes sont présentées comme un saut vers la modernité, une formule pour le développement économique, et un atout essentiel pour attirer les investisseurs étrangers. La concurrence entre les systèmes juridiques pour ces derniers s'ajoute aux conditions imposées par les organisations internationales financières et les pays porteurs d'aide économique.

4 - Dans les pays du Nord sans gage libéralisé, cette transformation survient par des voies moins coercitives que celles susmentionnées. Dans ce cadre, des études juridiques et des pressions internationales parviennent néanmoins aux mêmes résultats. Le discours de la « *Legal Origins* », principalement mise en avant par

des théoriciens de la finance, insiste sur la supériorité des familles juridiques du « *Common Law* », et notamment des recettes anglo-américaines qui ont longtemps été libéralisées. De plus, les dynamiques de la liberté économique au sein de l'Union Européenne (UE) précipitent ce phénomène de concurrence réglementaire. Les pays de l'UE se battent pour attirer les acteurs de l'industrie financière au moyen de dispositifs juridiques toujours plus séduisants. En outre, les indicateurs économiques de la Banque Mondiale, tels que le « *Doing Business Reports* », suspendus récemment à cause de la corruption révélée dans son élaboration, poussent les pays mal classés à adopter les formules préférées par la Banque, l'une de ces formules étant la libéralisation des sûretés mobilières. La France et les pays influencés par ces institutions sont systématiquement placés vers le bas dans ces classements.

5 - Les intérêts qui motivent ce mouvement global sont assez évidents<sup>1</sup>. Les sûretés mobilières servent de base à une large gamme d'instruments financiers, voire des marchés de capitaux. Leur réglementation fournit l'encadrement des garanties de remboursement, soit à travers un bien affecté soit par une valeur mise à disposition. Dans cet ordre d'idées, cela concerne l'intégralité du secteur financier, pour les emprunts ordinaires comme pour les reventes et les syndications de prêts. Les produits de la haute finance les plus sophistiqués sont également concernés. De fait, la titrisation des crédits et d'autres valeurs relève du droit des sûretés. Cette branche du droit privé constitue un pilier majeur des marchés de capitaux et de l'édifice du secteur financier.

6 - Le droit français ne fait pas exception à ce tournant transnational. Son droit des sûretés a été amplement réformé en 2006, et encore en 2021<sup>2</sup>. Ces changements suivent un parcours très similaire à ceux d'autres juridictions. Les éléments du gage ont été libéralisés. Les différenciations parmi divers dispositifs de garanties ont été largement réduites. L'exigence de dépossession du débiteur a été retirée et l'accès à ce gage n'est conditionné ni par type de débiteur ni par type d'objet de garantie. Le modèle de fond est celui de l'article 9 du code commercial uniformisé des États-Unis (UCC), que ce dernier soit reconnu explicitement comme archétype à suivre ou qu'il s'inscrive parmi d'autres influences<sup>3</sup>.

7 - De fait, il est difficile d'entendre des voix dissidentes. Il semble que toutes les parties prenantes se soient mises d'accord. Les seuls débats suscités portent sur la réticence du législateur d'aller plus loin, d'éliminer toutes les différences y compris la différence purement terminologique qui demeure entre le gage et le nantissement, et de révoquer tous les gages spéciaux, tout du moins le peu qu'il

\* Mes sincères remerciements à Sofiane Vandecasteele pour toute son assistance dans la recherche et l'élaboration de cet article. Je remercie aussi les rédacteurs de la Revue des Juristes pour leur gentille collaboration et leurs suggestions. Enfin, ma gratitude aux étudiants dans mes cours à Sciences Po cette année pour les toujours vives discussions, en particulier sur les thèmes traités dans ce texte.

1. G. McCormack, *UNCITRAL, Security Rights and the Globalisation of the US Article 9* : *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2011, n° 62, Issue 4, 485.  
2. Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés ; Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.  
3. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail VI : Droit des sûretés (Sessions initiant en 2002 dont l'influence a été reconnue par les rédacteurs de la réforme).

en reste. Cependant, l'on peine à trouver une défense vigoureuse de la politique du crédit garanti ciblé, mis en exécution à travers un droit des sûretés différencié. Il n'y a plus de place au sein du droit des sûretés, semble-t-il, pour les gages spéciaux<sup>4</sup>.

8 - Néanmoins, la libéralisation de cette branche du droit n'est pas une proposition sans perdants et s'accompagne de l'abandon par l'État de certains pouvoirs sur l'économie. En libéralisant le droit des sûretés, l'État perd la possibilité d'utiliser un outil de droit privé pour faire de la politique industrielle. Les industries auparavant bénéficiaires de gages spéciaux, ou qui pourraient l'être à l'avenir, ne profiteront plus de ces distinctions dès l'introduction de ce régime libéral. De fait, les gages sectoriels consentent un avantage aux industries, aux débiteurs, et même aux produits expressément promus par l'État. De cette façon, ils sont un outil juridique fort utile entre les mains de l'État, auquel l'on doit bien réfléchir avant d'y renoncer complètement.

9 - Notamment, ce genre d'avantage ne rentre pas dans la catégorie des aides d'État interdites par les conventions internationales, du moins pour l'instant. De tels avantages ne constituent ni un apport de l'État ni une soustraction des charges publiques, qui sont les éléments déclencheurs de ces réclamations. Cette forme de politique industrielle est donc toujours praticable à travers le droit privé. Elle n'est pas formellement interdite par les traités de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)<sup>5</sup> ni par les règlements de l'UE<sup>6</sup>. Il ne s'agit pas d'une aide d'État selon les définitions du concept dans leurs normes pertinentes.

10 - L'avantage existe précisément lorsque le droit des sûretés n'est pas libéralisé. Les différences d'accès permettent aux entités bénéficiaires de disposer d'un avantage dans les marchés de crédit. La libéralisation des droits des sûretés élimine ces différentiels puisqu'elle est proposée au nom de l'égalité d'opportunités, pour assurer les mêmes conditions à tous les concurrents. Cependant, l'égalisation pratiquée par la mondialisation demeure toujours partielle et néglige une vaste gamme de conditions de concurrence tels que les salaires des employés et les protections environnementales, qui vont fortement différer d'une juridiction à l'autre. La libéralisation du droit globalisé est, pour le moins, une égalisation *très sélective*.

## 2. La libéralisation du droit des sûretés

11 - Les États-Unis étaient les pionniers de la libéralisation des sûretés. En 1952, l'*American Law Institute* et la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* ont proposé un modèle de code commercial<sup>7</sup>. Ce dernier a servi à codifier le droit, uniformiser les normes à travers les différents États de l'union américaine, et à « moderniser » le droit des sûretés<sup>8</sup>. Le modèle a été repris par les forces de la mondialisation néo-libérale<sup>9</sup>. Parmi les plus récentes transformations se trouve l'Italie en 2016, dont les règlements sont entrés en vigueur en 2021<sup>10</sup>. En dépit des différences temporelles, le processus de réforme suit un développement

très similaire aux États-Unis, en France, et en Italie. Tous partent d'une variété d'instruments spécialisés selon le type de créancier, l'assiette de la garantie, et le secteur économique. Ils aboutissent à une libéralisation qui élimine presque tous les différentiels.

12 - Le droit des sûretés, avant d'être transformé dans chaque pays, ressemblait à une mosaïque hétéroclite de dispositifs juridiques. La garantie d'un crédit était réglementée différemment selon les impératifs énoncés par le législateur, en relation avec le secteur économique, le créancier, ou le débiteur favorisé. Cette différenciation se faisait, techniquement, à travers la manipulation d'une entrave juridique. En ce sens, le gage de droit commun était limité par une exigence de dépossession du débiteur du bien grevé, ce qui rendait ce dispositif peu pratique pour les commerçants et les industriels. Ces derniers devaient mettre leurs outils en fonction et vendre leurs marchandises aux tiers et non pas les transférer à un établissement financier pour satisfaire l'exigence de la *traditio* inhérente au gage traditionnel. Pour admettre l'accès aux créances garanties, le législateur a donc créé des dérogations à l'exigence de la dépossession requise par le droit commun. Une telle dérogation est prévue dans des lois de gages spéciaux, voire sectoriels, et s'applique de manière sélective dans l'économie. Les gages spéciaux sont adaptés en fonction du type d'industrie concernée, de l'objet donné en garantie, du type de créancier et de débiteur.

13 - Aux États-Unis, avant la réforme, parmi les dispositifs les plus reconnus, l'on trouvait la vente conditionnelle, l'hypothèque mobilière, le gage de titre de propriété, le reçu en fiducie, et le privilège de l'escompteur<sup>11</sup>. Ces instruments répondaient à des objectifs variés et entraînaient des exigences différentes. Tout cela fut remplacé, dans les années cinquante, par un nouveau régime et un nouveau terme, le « *security interest* » qui est la forme largement libéralisée d'un gage en droit français<sup>12</sup>. Ce dispositif sert à garantir un quelconque crédit, à quelconque créancier, sur la base de quelconque objet ou valeur<sup>13</sup>. Il n'est pas conditionné à un certain type de débiteur qu'il soit commerçant ou personne morale, ni à un objectif de financement précis. De fait, il ne distingue pas entre les biens meubles proprement dit et les obligations et les crédits qui, à leur tour, font également partie de l'assiette des garanties envisagées.

14 - Un exemple plus récent est celui de l'Italie<sup>14</sup>. La loi de 2016 a libéralisé l'accès aux garanties mobilières. Auparavant, l'Italie disposait d'un système de sûretés différenciées. Les industries charcutières et fromagères profitaient alors d'une dérogation, conditionnée à certaines limitations imposées par le législateur<sup>15</sup>. Par exemple, les débiteurs qualifiés devaient être titulaires d'un indicateur géographique, satisfaire à des contrôles de production, et suivre des procédés de qualité. C'est une façon de faire à la fois de la politique industrielle et de renforcer les protocoles de qualités des industries du « *Made in Italy* ». En outre, certains créanciers en Italie jouissaient de dérogations spéciales. Les banques profitaient quant à elles d'un privilège bancaire qui équivalait à un gage sans dépossession, et les vendeurs d'équipements pouvaient réserver le titre de propriété jusqu'à la satisfaction du prix d'acquisition. Il n'est donc pas vrai que les pays qui préservaient le gage de droit commun avec dépossession prohibaient toute garantie mobilière sans dépossession. Au contraire, des législations comme celle de l'Italie le permettaient mais de manière sélective.

4. M. Julienne, *Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ?*, Recueil Dalloz, 2016, 1266.

5. Organisation Mondiale du Commerce, Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, 1994, Article 1.1.

6. Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, 1957, Article 107(1), et Traité de Lisbonne, 2009 ; Commission Européenne, Communication relative à la notion d'« aide d'État », Paragraphe 61 (2016/C 262/01, J.O. C 262 du 19.07.2016) ; V. K. Bacon, *European Union Law of State Aid* : 2017, § 1.23, 2.02-2.04.

7. P. Winship, *An Historical Overview of UCC Article 9 : 2016*. Unedited text of chapter 3 in L. Gullifer & O. Acksele eds., *Secured Transactions Law Reform : Principles, Policies and Practice* : Oxford : Hart Publishing Ltd, 2016.

8. O. Spivack, *In Re Article 9* : Temp. L.Q. 1955, n° 28, 603.

9. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, UN GA Res. 63/121, December 2008 ; European Bank for Reconstruction and Development, *Model Law on Secured Transactions*, 1994.

10. Decreto Legge 3 maggio 2016, n.59, G.U. Mar. 3, 2016, n.102, converti en loi par Legge 30 giugno 2016, n.119, G.U. July 7, 2017, n.153 (It.).

11. A. W. Stone, Article 9 : Secured Transactions : 21 Mont. L. Rev. 1959, n° 91, 92-93. (conditional sale, chattel mortgage, pledge, trust receipt, factors lien) ; G. Gilmore, *Secured Transactions* : Boston, Little Brown & Co. 1964, vol. I.

12. UCC Article 1-201(35).

13. UCC Articles 9-109, 9-102(42).

14. J. L. Esquirol, *Credit Supports for Italian Specialty Products : The Case of Prosciutto and Long-Aged Cheese* : FIU L. Rev. 2021, n° 14, 589.

15. Ces gages sectoriels n'ont pas été éliminés. Au contraire, même après la libéralisation mais avant sa mise en exécution, les secteurs viticulteur et olivier ont reçu un statut spécial en 2021, de façon similaire aux industries charcutières et fromagères.

15 - Dorénavant, n'importe quel créancier peut prendre n'importe quel bien ou valeur comme garantie d'un prêt, la seule limitation étant que le débiteur soit un entrepreneur et que le prêt soit réalisé dans un objectif lié à l'entreprise. L'opposabilité aux tiers est assurée par l'inscription dans un registre national. Ce nouveau régime suit les lignes tracées par l'UCC états-unien, le mouvement transnational de libéralisation, ainsi que la directive européenne sur les garanties financières<sup>16</sup>. En principe, cette réforme globale est présentée publiquement comme une transformation bien justifiée de systèmes anachroniques qui insistaient auparavant sur la dépossession du bien objet de gage. Mais, plus précisément, il s'agit d'une libéralisation des garanties de crédit qui auparavant existaient mais qui étaient différenciées selon le créancier, le débiteur ou l'industrie. Dans ces conditions, seulement certains secteurs de l'économie bénéficiaient de l'accès aux gages, via une dérogation à l'exigence de dépossession de droit commun. Ce levier juridique de l'exigence de dépossession, ainsi que sa dérogation sélective, a servi de base pour réglementer un accès différencié aux garanties.

### A. - L'inefficacité du droit existant

16 - Dans le discours général des réformes, deux raisons principales émergent en faveur de la libéralisation des sûretés. La première vise l'exigence de dépossession du bien de la part du débiteur. Le gage traditionnel requiert le transfert de la possession du bien donné en garantie du débiteur au créancier. Au minimum, le débiteur doit être dépossédé et le créancier doit avoir une sorte de possession, éventuellement à travers un tiers. Cette exigence forme la base du droit réel des sûretés. Cette disposition restrictive exclut la plupart des biens d'une entreprise pouvant servir de garantie. À cet égard, les stocks et les marchandises ainsi que les équipements et les outils ne sont pas facilement transférables. Néanmoins, ces biens, comme d'autres faisant partie du fonctionnement de l'entreprise, pourraient, en principe, représenter une source de garantie. En l'espèce, l'exigence de la dépossession du gage classique pose une barrière infranchissable à cette utilisation. Les projets de réforme, cités ici, proposent d'éliminer ce décalage entre le droit et l'accès au crédit garanti.

17 - En réalité, les systèmes pré-réforme avaient développé diverses façons de contourner cette exigence. Il s'agissait dans certains cas de remplacer la dépossession avec une inscription dans un registre public, par une dépossession tout à fait fictive, ou bien par une marque sur les objets grevés. Je prends ici l'exemple de l'Italie car il est l'un des plus récents. Il est vrai que dans ce pays l'exigence de la dépossession persistait pour le « *pegno* » dans le Code civil, c'est-à-dire le gage de droit commun. Néanmoins, au fil d'une série de lois spéciales, cette obligation avait été assouplie de manière ciblée pour certaines industries et pour certains types de créanciers. De leur côté, les banques ont une législation spéciale qui leur permet, à travers une reformulation conventionnelle du « *privilegio* », de constituer une garantie *sans dépossession* avec les biens de l'entreprise. Ce privilège bancaire fonctionne avec un registre spécial où ces charges sont inscrites.

18 - Dès 1985, en Italie, des gages sectoriels importants ont aussi été institués. L'industrie du *prosciutto* était la première à en profiter<sup>17</sup>. Elle bénéficie d'une législation spéciale pour l'attribution en garantie de leurs stocks pendant la période d'affinage. Ces lois privilégient exclusivement les *prosciutto* d'appellation contrôlée qui sont agréés par le consortium qui détient le label. Comme condition de cet avantage, ils doivent suivre les coutumes et usages historiques dictés par les entités de contrôle. Selon la législation, les créanciers ont eux-mêmes le droit de vérifier que ces procédés sont bien respectés. Ce type de loi sectorielle a été étendu à l'indus-

trie fromagère en 2001<sup>18</sup>, puis au vin et à l'huile d'olive en 2021<sup>19</sup>. Ces lois offrent une manière de contourner l'exigence de la dépossession. Les produits qui servent d'assiette à la garantie sont enregistrés dans un livret, et l'enseigne du créancier est marquée au fer brûlant sur les *prosciutto*. Tant le livret que les produits sont contrôlés périodiquement, chez le débiteur, par un des acteurs que la loi désigne.

19 - Cette façon de procéder favorise, évidemment, certains secteurs de l'industrie. C'est une façon de mener une politique industrielle à travers les règles du droit privé. Uniquement les entreprises charcutières, fromagères, viticultrices et olivères du « *Made in Italy* » en bénéficient pour obtenir des prêts plus avantageux. Cela s'avère être un avantage comparatif sur le marché puisque seuls certains producteurs y ont accès – la loi fait ainsi des différenciations. Il s'agit d'acheminer un atout indirect à l'industrie concernée. Ce n'est toutefois pas une aide d'État. En effet, l'initiative appartient au secteur privé. C'est uniquement dans le cas où les banques ou les financiers privés se servent de ces instruments que se produit le bénéfice. En outre, ce bénéfice présumé dépend du fait que les prêts garantis soient offerts réellement à un taux d'intérêt plus bas<sup>20</sup>. Cette supposition pourrait toutefois être démentie dans un cas particulier. Il faut cependant noter que la pression en faveur des réformes découle précisément de cette supposition – du présumé abaissement des coûts des crédits à travers la libéralisation des garanties.

20 - Dans les lois spéciales en Italie, on peut apprécier d'autres valeurs en jeu : la primauté assignée aux produits du « *Made in Italy* », le renforcement des procédés de production traditionnels, un savoir-faire à valoriser. L'effet de la libéralisation, en revanche, est de retirer cet outil de régulation de l'économie des mains de l'État. Néanmoins, les outils de droit privé sont fondamentaux. Ils constituent l'infrastructure de l'économie. De fait, l'économie politique et ses variations relèvent de la composition des règles juridiques. En libéralisant ces règles du jeu, les localités perdent un grand pouvoir d'encadrement de l'économie réelle. En termes d'interventions publiques, le droit des sûretés est un domaine encore entre les mains de l'État, contrairement aux aides et aux subventions qui sont interdites ou bien minimisées par les traités internationaux et les engagements régionaux et bilatéraux.

### B. - La simplification

21 - Une deuxième justification, très répandue, pour les réformes précitées est l'argument de la simplification. L'histoire des sûretés dans tous les pays considérés témoigne d'un développement multiforme. Des instruments juridiques ont été créés en vertu de l'intérêt public afin de favoriser certaines industries ou transactions. Reprenons l'exemple de l'Italie : des lois spéciales y ont été promulguées selon le type de débiteur, le type de créancier, et même le type d'objet de garantie. Les banques ont acquis une forme de privilège bancaire qui leur permet de bénéficier de garanties sans la dépossession du débiteur. Un article du Code civil avait été révisé pour reconnaître la rétention du titre de propriété en faveur du vendeur/créancier d'un équipement industriel. En revanche, les titres de créances étaient facilement assimilables au gage de droit commun puisqu'ils sauraient être transférés sans grand inconvénient, et n'ont donc requis aucune législation

18. L. n. 122/2001 (Italie).

19. D'intérêt, cette loi spéciale a été promulguée après la loi générale de libéralisation en 2016, mais avant l'entrée en vigueur des règlements d'application de cette dernière. Néanmoins, la loi spéciale offre un avantage que même la loi générale ne fournit pas. Le prêt en question peut être utilisé par le débiteur pour n'importe quel objectif. Il n'est pas limité à l'utilisation des fonds pour un objectif de l'entreprise. Decreto Legge, 17 marzo 2020, n.18 converti en loi Legge 24 aprile 2020, G.U. Apr. 29, 2020, n.110 (Decreto Cura Italia).

20. Contra F. Modigliani and M. Miller, *The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment* : AM. ECON. REV. 1958, n° 48, 261 ; V. aussi H. Hughes, *Aesthetics of Commercial Law – Domestic and International Implications* : La. L. Rev. 2007, n° 67, 712-15, note 85.

16. Directive Européenne 2002-47 du 6 juin 2002.

17. L. n. 401/1985 (Italie).

spéciale. En outre, les industries du *Made in Italy* avaient obtenu des lois spéciales, adaptées à leurs produits et à leurs exigences de production.

22 - Évidemment, un seul dispositif juridique pour toute garantie mobilière simplifie les démarches. Le fait que le droit des sûretés prévoit une diversité de garanties sert d'argument pour sa rationalisation. Des valeurs telles que l'efficacité économique, la modernisation, et la simplification sont invoquées. En effet, la pluralité des normes juridiques est facilement caractérisée comme un type de féodalisme juridique – une multitude d'institutions anachroniques, à l'inverse de la modernité. Néanmoins, cet argument contre la pluralité juridique n'est pas neutre. À la base, il requiert l'homologation d'une variété de situations à une même réalité, voire à une même fonction. À partir de cette ressemblance, son traitement juridique doit donc être uniformisé en raison des valeurs de l'efficacité et de la simplicité. Mais, il pourrait y avoir des valeurs contraires à cette conceptualisation. Dans divers domaines, la pluralité juridique représente des différences que le droit prend en compte pour reconnaître des politiques différenciées au sein de l'économie et de la société.

23 - En outre, la « simplification » n'est pas neutre pour tous les opérateurs économiques. Pour les industries bénéficiant de lois spéciales, le droit est déjà assez simple. Elles n'ont à composer qu'avec leur propre législation spécifique. Les transactions de crédit répétées relèvent toujours des mêmes normes sectorielles. Il n'y a donc pas de complexité majeure à gérer. C'est plutôt pour l'industrie transversale du crédit, le secteur financier, que l'argument de simplification s'applique. Pour les acteurs de cette industrie, les transactions de crédit seraient certainement plus simples s'il n'y avait qu'un seul dispositif – flexible et minimal – qui s'appliqueraient à toutes les opérations. L'argument de simplification pourrait aussi attirer les juristes. Les avocats qui représentent des acteurs de la finance et les juges qui sont saisis afin de régler des différends relatifs à l'industrie financière auraient une tâche beaucoup plus simple. Bien sûr, la préférence des avocats n'est pas si évidente. Ils pourraient préférer la complexité pour augmenter leurs prestations. En revanche, les juges appelés à trancher dans cette branche du droit pourraient être bien servis. Néanmoins, ces derniers sont censés pouvoir apprécier une vaste gamme de complexité juridique et les valeurs différenciées qu'elle représente potentiellement. Il s'agirait d'un drôle d'argument que de limiter les objectifs sociaux et économiques dans le but de minimiser l'effort intellectuel judiciaire.

24 - En tout cas, rien n'empêche une simplification au sein des divers dispositifs. Une réforme pourrait viser à simplifier, sans éliminer la pluralité juridique. Une différenciation parmi les possibles objets de garantie ou de type de débiteur serait donc possible ainsi qu'une simplification des procédures formelles. Un registre unique pourrait remplacer l'inscription décentralisée. De fait, une simplification ne signifie pas forcément une libéralisation de toute forme de crédit garanti.

### 3. La réforme française

25 - La réforme du droit des sûretés mobilières en 2006, puis en 2021, a succédé à une période marquée par d'importantes critiques<sup>21</sup>. Les institutions françaises en la matière étaient régulièrement taxées d'archaïsme et de désuétude<sup>22</sup>. À ce titre, les réformes ont abrogé la plupart des gages spéciaux, cibles principales de ces objections<sup>23</sup>. Ceux-ci ont été remplacés par un unique

gage sans dépossession<sup>24</sup>. Ces transformations ont été effectuées afin de moderniser le droit et de le rendre plus compétitif. Bien entendu, ces objectifs présument une définition de modernité universelle et une compétitivité bonne pour tous. Pourtant, ces grandes lignes directrices ne sont pas neutres dans le contexte.

26 - Il n'est certainement pas faux que la libéralisation a des effets positifs pour quelques-uns. L'élimination d'un régime différencié par classe de créanciers, par débiteur et industrie, sans doute, simplifie et élargit le marché du crédit. Cependant, le secteur financier est le premier à bénéficier de ces effets, pouvant ainsi envisager une uniformité dans ses produits. En revanche, depuis la perspective des producteurs qui profitent d'un système différencié, la réforme élimine un filon de compétitivité vis-à-vis de leurs concurrents ne disposant pas d'un même accès. Une partie de l'économie est donc favorisée au détriment d'une autre.

#### A. - Les perdants

27 - Les réformes des sûretés vantent une réduction de la complexité juridique. En ce faisant, elles rapportent un avantage principalement au secteur financier. Dorénavant, les formalités juridiques seront plus souples et uniformes pour les crédits garantis. Cela engendre de nouveaux marchés pour ce secteur. En revanche, les inconvénients produits ne sont pas souvent mentionnés. À ce titre, les règles de droit privé sont fondamentales au maniement d'une politique industrielle d'un pays.

28 - Les politiques économiques sont plus communément envisagées comme saisies des mesures de droit public. De fait, elles sont souvent critiquées comme une ingérence étatique dans le secteur privé. Les actions les plus visibles dans ce domaine sont, sans doute, les aides d'État, les taxes aux importations, et les barrières non-tarifaires qui visent à protéger les industries nationales. Cependant, ces pratiques énumérées, dans l'économie mondialisée, sont limitées par des accords internationaux, en particulier l'OMC, et l'UE. Ces pratiques sont perçues comme des entraves artificielles au libre fonctionnement des marchés, aux avantages comparatifs et à l'efficacité.

29 - Néanmoins, la construction des marchés dépend aussi des règles de droit privé. Il s'agit de normes substantielles : les éléments constitutifs du contrat, les exceptions admises aux obligations, le droit des biens, les garanties aux prêts. Tout ceci forme l'architecture des biens et valeurs, des possibilités et contraintes qui définissent le marché. De cette façon, la reconfiguration du droit privé n'en sert pas moins à mener une politique industrielle, une direction explicite de gestion de l'économie. Ce n'est pas comme si l'on pouvait se passer d'en avoir une, qu'elle repose sur une vision implicite du droit privé traditionnel non examinée ou qu'elle devienne sujette à des transformations et à une réorganisation plus réfléchie. Il ne faut pas se demander si un pays a une politique industrielle mais plutôt quel type de politique industrielle mène-t-il. Les discours de libéralisation, de modernisation et de simplification dissimulent ces enjeux de politique économique. Dans le cas des sûretés, ils mènent à une politique industrielle décidément en faveur du secteur financier.

30 - En libéralisant de cette façon, l'État se prive de la possibilité de mener une politique industrielle d'une forme plus ciblée, en octroyant un bénéfice généralisé en faveur du secteur financier. Par exemple, en Italie certains secteurs du *Made in Italy* ont été directement favorisés par les lois spéciales. Il faut, pour en profiter, être un producteur agréé, suivant les protocoles traditionnels de production, et le droit des labels contrôlés. Ce dispositif dirige des ressources indirectement vers les producteurs favorisés. Ce n'est pourtant pas le résultat d'une action de droit public ou d'une aide d'État. C'est une organisation des règles du jeu octroyant à certains

21. J.-F. Riffard, *Le Security Interest ou l'Approche Fonctionnelle et Unitaire des Sûretés Mobilières : Contribution à une rationalisation du droit français* : 1997.

22. Ibid. p. 23 et suite.

23. P. Dupichot, *Actualité : 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité*, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 2021, Fascicule n° 11, 6 : « Une fièvre abrogative s'attaque ainsi à des sûretés mobilières spéciales bien connues : tenues les unes pour désuètes [...] et les autres pour inutiles ».

24. Néanmoins, certains gages spéciaux demeurent : le warrant agricole, l'établissement de garantie sur récolte, le nantissement de fonds de commerce, le nantissement sur fonds agricole.

producteurs une position juridique qui leur donne accès à une institution de droit privé réduisant leurs coûts de production. L'avantage économique est mis en œuvre par le marché privé qui agit sur la base de ces règles de fond. Cela n'est absolument pas une aberration. Nous pourrions faire la même analyse avec d'autres règles du droit : les règles de la concurrence loyale, de la transparence, de la responsabilité civile et ses limitations. Toutes font partie de la création d'un marché avec ses avantages et ses inconvénients qui retombent sur les acteurs qui y participent.

31 - En outre, cette manière de faire de la politique industrielle est très précieuse. Elle ne devrait pas être inconsciemment ou facilement délaissée. En tant qu'organisation des règles de jeu du droit privé, elle contourne les interdictions internationales contre les politiques industrielles de subventions par l'État. De fait, l'OMC et l'UE imposent des limites strictes sur la marge de politique industrielle acceptée. Les subventions directes aux exportations sont fortement prohibées. De plus, les aides d'État sont minutieusement scrutées. Seulement, la politique industrielle en matière de droit privé n'est pas une aide d'État puisque cette dernière doit consister en un bénéfice attribué ou en une omission de charge effectuée par l'État. Les règles de droit privé ont simplement un effet structurant. Ce sont les parties privées qui décident si et comment prêter des fonds et à quel taux d'intérêt.

32 - Cela n'empêche pas que les institutions internationales de commerce décident d'élargir leur influence directement sur ces règles nationales. Mais, pour l'instant, l'uniformisation des règles du jeu discutée ici se fait d'une autre façon, à travers les discours transnationaux et une pression indirecte. C'est pour cela que ces transformations doivent être scrutées avec une analyse distributionnelle. Il convient de noter en effet que ces règles de droit privé, une fois simplifiées, ne créent pas forcément une libéralisation bonne pour tous, ni une modernisation inexorable, ni même une simplification anodine. Elles sont un outil de politique sectorielle, et un des outils aux mains de l'État. Cela ne signifie pas que ces réformes ne doivent absolument pas se faire en toute circonstance. Cela suppose toutefois, pour le législateur, d'avoir conscience des nouveaux gagnants et des nouveaux perdants que les réformes instituent.

## B. - Les gages sectoriels

33 - Les réformes de 2006 et 2021 représentent un bouleversement dans le droit des sûretés. La France a une longue tradition de gages sectoriels qui viennent d'être largement supprimés<sup>25</sup>. Les « gages spéciaux », contrairement au gage de droit commun, sont conditionnés par rapport à leurs objectifs : mise en exergue de secteurs productifs, de produits à valeur géographique, ou de fonctions d'importance nationale. La différenciation des gages, voire de l'accès à des taux d'intérêts moins élevés, sert d'élément concurrentiel et de levier de politique économique. Dans la tradition française, ces politiques ont été menées à travers la mise en place de warrants et de nantissements. Ces deux derniers bénéficient de certains intérêts précis, identifiés par secteurs, industries, produits, voire débiteurs et créanciers. Les warrants et les nantissements répondent aux politiques conjoncturelles de l'État.

34 - En dépit de la simplicité de la solution d'une dérogation à la dépossession, la doctrine a longtemps débattu sur les caractéristiques diverses du warrant et du nantissement. Les commentateurs se sont confrontés sur chacun des aspects de ces dispositifs, à savoir leur caractère réel, leur opposabilité aux tiers, leur droit de suite, leur droit de préférence, et leur droit de rétention. Le warrant agricole, par exemple, était perçu par les commentateurs soit comme

une hypothèque mobilière soit comme un gage avec dépossession fictive<sup>26</sup>. La solution du « gage avec dépossession fictive » comportait la possibilité d'un droit de préférence. Quant à l'opposabilité aux tiers, elle était persuasivement perçue par l'inscription au tribunal d'instance, au lieu de la dépossession. De fait, cette dépossession fictive a été amplement reconnue par la jurisprudence<sup>27</sup>. A son tour, le droit de rétention, lui aussi fictif, est censé découler de cette même possession fictive du créancier<sup>28</sup>. En effet, le droit de rétention fictif pourrait même échapper à sa neutralisation en procédures collectives, à la différence du droit de rétention légiféré pour les gages sans dépossession<sup>29</sup>. Ces deniers sont suspendus pendant la période d'observation et d'exécution d'un plan de redressement judiciaire<sup>30</sup>. Enfin, un droit de suite est généralement reconnu (à l'exception des objets fongibles) mais qui est facilement surmonté par les tiers-acquéreurs de bonne foi<sup>31</sup>. Un résumé des warrants et des nantissements les plus saillants suit ci-dessous.

### 1° Les warrants

35 - En général, les warrants sont à la fois une espèce de gage et un billet à ordre<sup>32</sup>. Ils relèvent tant du droit cambiaire que du droit des gages. De fait, l'exigence de dépossession du gage, le caillou dans la chaussure de tout gagiste potentiel, est contourné par son inscription dans un registre public<sup>33</sup>. Néanmoins, il n'est pas remplaçable par un gage sans dépossession générique, vu sa double fonction de gage et d'instrument cambiaire<sup>34</sup>. Celui-ci engage la responsabilité solidaire de tous les endosseurs le long de la chaîne de négociations. Le porteur de l'instrument a le droit d'agir contre ces garants « accidentels », en cas d'un défaut de paiement.

36 - En tout cas, le premier gage spécialisé fut le warrant agricole créé en 1898<sup>35</sup>. Il élargit l'accès au crédit pour les agriculteurs, en leur permettant « d'emprunter », le plus gros actif à donner en garantie étant leurs productions pendantes<sup>36</sup>. En effet, le warrant agricole a connu un grand succès et demeure aujourd'hui l'un des gages sectoriels toujours en vigueur. Il n'est accessible qu'aux agriculteurs de profession, indifféremment de leur condition de propriétaire, usufruitier, métayer ou preneur<sup>37</sup>. Le dispositif fut rapidement élargi aux personnes morales, en l'espèce aux socié-

25. Les warrants sectoriels sont calqués sur le modèle du warrant commercial (1848, 1858). Ce dernier envisage le dépôt des marchandises dans des magasins généraux, et l'émission d'un titre de propriété qui fonctionne comme certificat de gage capable d'être endossé. P. Baubeau, *Le warrant agricole (1880-1914) : Objet interstitiel ou bricolage juridique ?* : 2011.

26. Nonobstant l'expression du rapporteur du projet de loi à la chambre en 1898 : « Nous faisons du warrantage, c'est-à-dire du gage, et non du privilège ou de l'hypothèque » (Chastenet : JO déb. ch. dép. 1898, p. 1500) ; V. aussi Code Rural et de la pêche maritime, art. L. 342-1.

27. Cass. civ., 23 avr. 1918 : DP 1919, I, p. 3.

28. C. Masson et F. Collard, *Warrant agricole*, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2022, Fascicule n° 10, 29-30 : « Mais la jurisprudence admettait déjà un tel droit [de rétention] avant cette loi [de 2008 sur le droit de rétention fictive] bien que le warrant reposât alors sur une possession fictive du porteur ; la publicité de la constitution de cette garantie justifiant l'exercice d'un droit de rétention ».

29. E. Le Corre-Broly, *La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME* : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, § B.6.

30. C. com., art. L. 622-7, I, al. 2 ; Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, C. civ., art. 2286, 4°.

31. C. civ., art. 2276 : la publicité au tribunal d'instance ne suffit pas pour rendre l'acquéreur de mauvaise foi. V. aussi M. Julienne, *Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ?*, Recueil Dalloz, 2016, 1266, § 10-11 (qui décrit l'interdiction dans les warrants de *traditio*, mais pas de la vente en soi, d'un objet warranté sans le désintéressement du warrantiste, avec l'exception du gage automobile où la vente aussi requiert permission).

32. E. Dellor, *Les warrant agricoles et leur rôle économique : étude de la loi du 18 juillet 1898* : Thèse pour le doctorat en sciences politiques et économiques, Université d'Aix-Marseille, 1900, 24.

33. Valable pour cinq ans, avec la possibilité de renouvellement.

34. V. en général, E. Le Corre-Broly, *La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME* : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2013, n° 30 (Pour les nouveaux gages sans dépossession, le droit de rétention est légiféré).

35. Loi du 18 juillet 1898 (D. 1898, IV, p. 89) ; Articles L. 342-1 à L. 342-17 du Code rural et de la pêche maritime.

36. *Ibid.*

37. C. rur., art. L. 342-2.

tés agricoles<sup>38</sup>. Il est aussi accessible aux coopératives agricoles, mais pas aux commerçants.

37 - Ce warrant, lorsqu'il a été créé, était une figure centrale de la politique de crédit agricole de l'État<sup>39</sup>. Il ouvrait l'accès au crédit aux agriculteurs non-proprétaires. Jusqu'alors, les privilèges des propriétaires fonciers sur les fruits de la terre empêchaient l'accès au crédit garanti sur la base de leur production par les usufruitiers, métayers, preneurs, et d'autres sans titre de propriété. Le warrant a fourni le moyen d'affecter en gage ces biens meubles issus de la terre. En outre, la législation a été pensée pour protéger les agriculteurs contre les ventes coercitives à bas prix, avant la récolte, contraints pour faute de moyens<sup>40</sup>. Les situations dans lesquelles les agriculteurs n'arrivaient pas à couvrir toutes leurs dettes avant la vente de la récolte étaient bien connues. Des commerçants peu scrupuleux en profitaient pour acheter la future récolte à des prix trop bon marché. Le warrant offrait la possibilité d'un financement à bas intérêt, permettant un déferrement jusqu'à obtenir des ventes plus rentables.

38 - Pour les bénéficiaires de cette législation, ce dispositif juridique offre une marge de flexibilité ainsi qu'une simplicité. Par ailleurs, les fonds obtenus au moyen de ce dispositif peuvent être utilisés pour n'importe quelle activité, agricole ou autre<sup>41</sup>. Le warrant sert à garantir les dettes tant concomitantes qu'antérieures<sup>42</sup>. Il n'est cependant pas clair qu'il puisse garantir des dettes futures<sup>43</sup>. En tout cas, l'agriculteur peut emprunter sur tous ses biens meubles, et immeubles par destination, y compris le matériel agricole<sup>44</sup>. Cela n'a pas toujours été le cas. La loi de 1898 a commencé par énumérer une liste de produits agricoles warrantables. La modification de 1906 a éliminé la liste mais a limité les objets licites aux biens meubles<sup>45</sup>. Enfin les réformes de 1935 ont ouvert la voie aux biens meubles immobilisés<sup>46</sup>. Seuls les biens futurs restent non-warrantables<sup>47</sup>. Cependant, la Cour de cassation a approuvé la prospective des warrants sur les biens fongibles<sup>48</sup>. Une récolte future peut se substituer à la précédente sans accord conventionnel<sup>49</sup>. En outre, le warrant sur récolte future a trouvé acceptation pour garantir sa livraison lorsqu'un acompte a été payé<sup>50</sup>. Il est opposable aux tiers dès lors qu'il est inscrit au greffe du tribunal d'instance de référence. En revanche, parmi ses limitations se trouvent l'inefficacité en effet du droit de suite du créancier face à un tiers acquéreur de bonne foi ainsi comme le

non-report du warrant sur les bénéficiaires d'une vente ou d'une aliénation<sup>51</sup>.

39 - Peu après, le warrant s'est étendu à d'autres secteurs de l'économie. Le premier a été l'industrie viticultrice<sup>52</sup>. Une sorte de warrant simplifié, nommé « engagement de garantie sur récolte », s'est adressé aux viticulteurs, sociétés coopératives et commerçants vinificateurs<sup>53</sup>. Son objet porte sur une quantité de vin ou d'alcool précise en cuves et chais. La récolte pendante est exclue. Il s'agit donc d'un gage sur objet fongible. Selon les vœux apparents de ses bénéficiaires, il ne fournit pas une publicité au grand public, aux tiers intéressés, à la différence du warrant agricole. Son inscription est effectuée auprès de l'administration des contributions indirectes, qui contrôle le mouvement du vin. Au lieu d'une publicité, des contrôles administratifs sont censés assurer la priorité du créancier. La législation pertinente compare l'engagement de garantie à un privilège mobilier, et son caractère fongible admet la vente et la substitution par une quantité égale de produit. Il serait l'un des premiers gages « tournants ». Comme pour le warrant agricole, il sert comme un billet à ordre<sup>54</sup>. Une différence est que son inscription « secrète » ne pût pas de limite de durée<sup>55</sup>.

40 - Le warrant hôtelier est quant à lui le premier de son genre considéré comme commercial<sup>56</sup>. Il fut conçu pour permettre aux exploitants non-proprétaires d'emprunter des deniers. Comme dans le cas des agriculteurs, les droits des propriétaires fonciers faisaient présumer un privilège légal qui primerait sur toute tentative d'engager le mobilier d'un exploitant. Dorénavant, le mobilier commercial, le matériel, et l'outillage, de la propriété du constituant, furent susceptibles d'une affectation en garantie. Les marchandises et les objets d'immédiate circulation et d'usage en étaient toutefois exclus. En outre, les dispositions pertinentes interdisaient un deuxième warrant sur les mêmes objets, ainsi que les warrants sur des objets préalablement affectés par un privilège ou une réserve de propriété<sup>57</sup>. Selon les commentateurs, le warrant hôtelier n'a jamais été bien accueilli par la pratique, les exploitants préférant d'autres types de sûretés tels que les nantissements de fonds de commerce ou le nantissement de matériels et d'outillage<sup>58</sup>. Ce warrant s'inscrit aussi dans un registre spécial au tribunal d'instance. Le constituant doit présenter un avis préalable au propriétaire de l'immeuble, pour surmonter les privilèges de ce dernier<sup>59</sup>. Ce gage spécial est parmi ceux abrogés par l'ordonnance de 2021.

41 - À son tour, le warrant pétrolier faisait partie de la politique énergétique de l'État français dans les années trente<sup>60</sup>. Les entreprises pétrolières qui étaient autorisées à importer du pétrole étaient contraintes de maintenir des réserves en dépôt<sup>61</sup>. Les warrants vinrent alléger le fardeau de cette obligation en facilitant le crédit sur les stocks. Les entreprises avaient alors accès à une liquidité en fonction de leur produit emmagasinée, moyennant un taux d'intérêt prétendument plus bas grâce au warrant. Au début, ces dispositifs étaient limités aux entreprises certifiées mais, suivant la libéralisation des importations, ils ont été étendus à toutes les

38. C. rur., art. L. 324-1

39. J.-B. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public* : Bibliothèque nationale de France, 2010, 655.

40. *Ibid.* : « Cette proposition, a dit M. Chasteney, qui s'inspire d'une idée particulièrement heureuse, écarte toutes les objections qui ont fait échouer les projets antérieurs. Elle ouvre un crédit plus mesuré à des besoins plus restreints. Sa préoccupation dominante consiste surtout à permettre aux cultivateurs, qui ont rarement un capital roulant bien élevé, d'échapper à la nécessité de la vente immédiate au moment de la récolte. ».

41. CA Nîmes 23 janv. 1925 : DP 1925, 2, 87.

42. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 1966 : Bull. civ. I, n° 147.

43. CA Rennes, arrêt préc. n° 48 ; CA Paris, 6 janv. 1937 : DH 1938, somm. 12 ; V. aussi T. civ. Alençon, 19 janv. 1932 : Gaz. Pal. 1932, 1, 588 (admettant la validité sur dettes futures).

44. Décret-loi de 1935 et reprise à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 342-1 du Code rural et de la pêche maritime (sur les biens immeubles par destination seul le propriétaire du fonds en a le droit).

45. Loi du 30 avr. 1906, art. 1<sup>er</sup>, al. 1, modifiant la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles.

46. Décret-loi du 28 septembre 1935 relatif à la défense du marché du vin.

47. CA Nîmes, 14 janv. 1935 : DH 1935, p. 125. – CA Rennes, 18 nov. 1998 : JurisData n° 1998-049800. – V. toutefois, T. civ. Lectoure, 21 déc. 1936 : Gaz. Pal. 1937, 1, 596.

48. CA Agen, 27 févr. 1985 : JurisData n° 1985-040161 et sur renvoi Cass. com., 15 juill. 1986 : JCP C 1986, II, 20604 ; V. aussi (C. rur., art. L. 342-1, al. 6) (animaux en remplacement si expressément convenu).

49. *Ibid.*

50. TGI Sidi-BelAbbès, 10 mars 1959 : Gaz. Pal. 1959, 2, 91.1.

51. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 18 janv., 2000, n° 97-19.473 : JurisData n° 2000-000080 ; V. aussi C. Masson et F. Collard, *Warrant agricole*, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2022, Fascicule n° 10, 29-30, 31.

52. Décret-loi du 28 septembre 1935 relatif à la défense du marché du vin.

53. CA Nîmes, 13 nov. 1968, D. 1969, jur., p. 207.

54. Cabrillac M., D. 1969, jur., p. 207, note sous CA Nîmes, 13 nov. 1968.

55. Lamyline, *L'engagement de garantie sur récolte* : Étude 257 Produits agricoles, § 257-65.

56. Loi du 8 août 1913 (DP 1916. 4.7), complétée et modifiée par la loi du 17 mars 1915 (DP 1916. 4. 10) (C. com., art. L. 523-1 s.).

57. C. com., art. R. 523-1, al. 2 ; C. com., art. L. 523-4.

58. M. Cabrillac, *Warrant hôtelier* : Répertoire de droit commercial, 2016, § 2 ; V. aussi J. Hémar, Les contrats commerciaux : Sirey, 1953, tome 1, n° 574.

59. C. com., art. L. 523-2.

60. Loi du 21 avril 1932 créant des warrants pétroliers (DP 1933. 4.33, comm. H. D.) ; C. com., art. L. 524-1 et s.

61. M. Cabrillac, *Warrant hôtelier* : Répertoire de droit commercial, 2016.

entreprises pétrolières et de produits dérivés ou de résidus<sup>62</sup>. Toutefois, la gestion des réserves requerrait l'attention d'experts pétroliers ainsi que son entretien continu par ces derniers. La particularité du warrant pétrolier est sa fonction de garantie sur un *produit fongible* sous le contrôle du débiteur. Il envisage la rédaction et la transcription par le greffier du tribunal d'instance de la circonscription où le pétrole est emmagasiné<sup>63</sup>. Celui-ci est inscrit dans un registre spécial et une notation signale les stocks déjà grevés par un warrant précédent<sup>64</sup>. Les commentateurs ont bien noté qu'avec la disparition des politiques d'État qui l'ont vu naître, ce warrant est devenu désuet. En effet, il a été abrogé par la réforme de 2021<sup>65</sup>.

42 - La nécessité d'assouplir l'exigence de la dépossession du gage de droit commun s'applique bien évidemment aux véhicules<sup>66</sup>. La vente à crédit des automobiles et leur popularité toujours croissante favorisent l'utilisation du gage automobile. Initialement envisagé pour les automobiles et les tracteurs, le gage englobe désormais tout véhicule immatriculé. La publicité de ces gages s'effectue à travers une inscription auprès de la préfecture. Par œuvre du législateur, il s'agit évidemment d'une dépossession fictive<sup>67</sup>. L'opposabilité, le droit de rétention, le droit de préférence, et le droit de suite sont tous reconnus, par une combinaison de dispositifs législatifs, de jurisprudence et de doctrine. Notamment, le droit de suite prévaut sur les tiers-acquéreurs et les créanciers concurrents, nonobstant leur bonne foi<sup>68</sup>. Cependant, les privilèges des garagistes et des conservateurs priment sur le gage automobile. La réforme de 2021 a subsumé le gage automobile au sein du gage de droit commun.

43 - Le warrant industriel, de son côté, avait aussi un but très précis. Il a été créé pour soutenir la défense nationale. Créé en 1939, il a été utilisé sur les marchandises stockées qui servaient les efforts de la guerre<sup>69</sup>. Sa particularité était qu'il portait sur une quantité de produits avec une possibilité de réapprovisionnement. Similaire au warrant pétrolier, il établissait une sorte de gage « *tournant* » pour les objets grevés. Après la guerre, il a été étendu à tout produit fabriqué ou en cours de fabrication et toute matière première détenus par des industriels ou des artisans<sup>70</sup>. Pour contrôler la spéculation sur les produits, conséquence imprévue d'un tel dispositif, le warrant industriel a été reconduit à ces limitations précédentes<sup>71</sup>. Tant le warrant industriel que le warrant pétrolier sont désormais réputés désuets ou non pratiqués.

44 - Cependant, l'intérêt des gages spéciaux a perduré dans le temps. En 2006, date à laquelle le législateur a libéralisé le droit des gages, il a aussi mis en place un nouveau gage spécial sur les stocks. Introduit dans le Code de commerce, ce gage spécial est plus limité et plus protecteur du constituant<sup>72</sup>. Il ne s'applique qu'avec un établissement de crédit ou une société de financement. Le débiteur doit exercer une activité professionnelle qui a pour objet la marchandise des stocks objet de la sûreté. Le pacte commissaire qui transfère par clause contractuelle le titre de propriété au créancier au moment du défaut fut initialement

prohibé<sup>73</sup>. Le warrant n'était pas limité à une industrie particulière ni à des marchandises nominatives. Il visait plutôt tous les biens meubles susceptibles de magasinage et d'occuper les rayons des commerces. À son origine, les professionnels n'avaient pas la possibilité de décider entre le gage sur stock et le gage sans dépossession, nouvellement introduit. D'après une loi de 2016, l'option a été attribuée aux parties, à condition qu'elles réunissent les exigences du Code de commerce. Il vient d'être supprimé en déférence au gage de droit commun.

## 2° Les nantissements

45 - À son tour, le nantissement a fonctionné aussi comme une sorte de gage sans nécessité de dépossession. À la différence des warrants, il n'a pas le double caractère d'un instrument négociable. Plutôt, il a comme vocation une universalité d'objets ou bien des objets définis par sa typification. Dans les récentes réformes, le terme de « *nantissement* » a été réservé pour les garanties sur les biens incorporels. En tout cas, les nantissements spéciaux sont, en général, inscrits au greffe du tribunal de commerce, ce qui les rend opposables aux tiers.

Dès 1898, le législateur en avait créé un. Il a trait aux commerçants. En effet, le nantissement de fonds de commerce est né la même année que le gage agricole<sup>74</sup>. Ce dispositif englobe tant les biens corporels qu'incorporels, sans nécessité de dépossession, le bail commercial étant parmi les plus grosses valeurs du fonds nantissable. De fait, ce nantissement, en particulier, a joui d'une certaine popularité<sup>75</sup>. Il est l'un des gages spéciaux qui a survécu aux réformes de 2006 et 2021<sup>76</sup>.

46 - En revanche, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement n'a pas eu le même sort<sup>77</sup>. Il a été créé pour refournir l'industrie française après la Seconde Guerre mondiale. Mais cette garantie spéciale a été supprimée par la réforme de 2021. Le gage de droit commun est censé le remplacer et occuper intégralement sa fonction.

47 - Tout de même, un nouveau nantissement a été introduit en 2006<sup>78</sup>. Il s'agit du nantissement sur fonds agricole, comparable à celui réalisé sur fonds de commerce<sup>79</sup>. Les commentateurs ont trouvé ce développement assez paradoxal. La nouvelle loi était censée éviter un recours à des gages spéciaux de n'importe quel type. En particulier, la création de nouveaux warrants et nantissements apparaissait, pour quelques-uns, comme un non-sens. Néanmoins, ce nantissement a survécu à la rafale d'abrogations de 2021.

## 3° Les gages spéciaux après la réforme

48 - Les débats doctrinaux, au fil du temps, concernaient surtout l'efficacité de ces gages spéciaux en aval. Une garantie inopposable aux tiers sans droits de suite, de préférence, et de rétention aurait peu de sens. Elle serait une simple obligation personnelle entre les parties. En tout état de cause, ces débats ont été pratiquement résolus par les tribunaux et par le législateur. La doctrine a servi principalement à souligner les éléments dont le législateur

62. Loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, art. 1<sup>er</sup>.

63. C. com., art. 524-1.

64. M. Cabrillac, *Warrant hôtelier* : Répertoire de droit commercial, 2016, § 17.

65. L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (JO 16 sept., art. 28, 4°).

66. Loi du 29 décembre 1934 dite loi Malingre, relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles.

67. C. civ., art. 2352.

68. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 298.

69. Décret-loi du 24 juin 1939 relatif au warrant industriel.

70. Loi du 12 septembre 1940 sur le financement des fabrications de démarrage faisant l'objet de lettres d'agrément, modifiée par une ordonnance n° 45-1744 du 6 août 1945 et un décret n° 45-1754 du 6 août 1945.

71. Loi du 31 décembre 1953 (art. 49) ; V. P. Delebecque, N. Binctin, L. Andreu, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, 2018.

72. J. Attard, *Gage de stocks : un régime plus libéral pour une meilleure attractivité* : LPA, 2016, n° 114n0, 11.

73. Abrogé, en effet, par l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks qui donne le choix au constituant de choisir le régime de gage de droit commun.

74. Loi du 1<sup>er</sup> mars 1898 sur les nantissements de fonds de commerce (DP 1898. 4. 20), réformée par la Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce (DP 1909. 4. 41).

75. M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial : Commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce* : Précis Dalloz, 2015, 4<sup>e</sup> éd., n° 316.

76. C. com., art. L. 142-1 à L. 142-5.

77. Loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (D. 1951. 35), complétée par le décret n° 51-194 du 17 février 1951 (D. 1951. 54).

78. Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole (C. rur., art. L. 311-3).

79. I. Petel-Teyssié, *Une nouvelle sûreté : le nantissement du fonds agricole* : RD rur., 2006, p. 25.

devoir s'occuper<sup>80</sup>. Une fois les dispositifs clairement établis par la loi ou la jurisprudence, la doctrine s'est complu à constater le caractère raisonnable, d'une part, du « *gage avec dépossession fictive* », en affirmant son caractère réel et tous les droits accessoires, et d'autre part, du « *gage sans dépossession* » opposable aux tiers nonobstant sa nature réelle douteuse et avec droit de suite nonobstant la non-possession du détenteur<sup>81</sup>. En effet, les warrants ont été traditionnellement conceptualisés comme étant dans la première catégorie<sup>82</sup>, et le gage réformé dans la seconde.

49 - D'après la doctrine récente, la réforme a pour effet de subsumer tous les gages spéciaux sous la rubrique des gages sans dépossession. Et cela a des répercussions au niveau de leurs caractéristiques<sup>83</sup>. En effet, cette solution efface toutes les différences juridiques entre le nouveau gage de droit commun et le nombre réduit de warrants non-abrogés. De fait, la désignation sectorielle de quelques gages restants et la différence nominale faite entre le gage et le nantissement sont les seules différenciations qui restent sur pied.

50 - Il est toutefois possible de relever certaines différences. Il y a la priorité accordée aux gages sectoriels vis-à-vis de ceux de droit commun<sup>84</sup>. Il existe aussi des différences dans la nécessité (ou non)

d'une autorisation judiciaire avant une vente forcée post-défaut. Certains warrants offrent plus de garanties aux créanciers, avec la possibilité d'une vente après la mise en demeure du débiteur. Ceux-ci sont néanmoins des aspects plutôt entamés par rapport aux vraies différences envisageables en un système de sûretés plus nuancé.

## Conclusion

51 - Ce résumé vise à démontrer la marge de manœuvre du législateur national. Rien n'empêche la création des gages spéciaux, soit par l'intermédiaire des notions de fictivité de possession sélective, soit par l'institution des nouveaux warrants et nantissements. L'intérêt réside dans les caractéristiques que la garantie aura en aval, c'est-à-dire son opposabilité, le droit de rétention, le droit de suite, et le droit de préférence vis-à-vis d'autres créanciers garantis, tiers acquéreurs, et le juge-commissaire dans une procédure collective. Mais, surtout, une grande différence existe entre les systèmes d'accès différentiel aux garanties et ceux des gages complètement libéralisés.

52 - Même en instituant cette réforme très libérale, les changements opérés au sein du droit français des sûretés laissent des opportunités pour engager des politiques économiques, voire sociales. Des privilèges légaux peuvent toujours être créés pour primer sur les droits des détenteurs de garanties conventionnelles. Le classement de priorités parmi créanciers peut être réaménagé. Et, dans le cadre d'une procédure collective, l'organisation des droits des créanciers offre des marges d'appréciation. En effet, comme exemple de ce dernier, le droit de rétention des gages sans dépossession dans ces procédures n'est pas toujours assuré, ce qui impacte la position des garanties en mains des gagistes.

53 - Il n'en reste pas moins que l'élimination des différentiels offerts par les gages sectoriels enlève une grande possibilité de politique économique pour le législateur. Il est dommage que des décisions de si grande envergure soient prises à travers un discours mystificateur de la modernité, de la simplification et de l'attractivité, et non sur les véritables enjeux pour tous les secteurs concernés. ■

80. Un débat similaire a émergé lors de la première réforme en 2006 au sujet du gage avec dépossession. En commentant l'institution de gage sans dépossession qui est opposable, mais non-réel, la doctrine s'est interrogée sur les implications liées au droit de rétention. Le droit de rétention est, à vrai dire, l'intérêt principal d'un gage pour le créancier. Ce n'est qu'en ayant la possibilité de la rétention du bien que le gage garantit effectivement un remboursement. Néanmoins, le pouvoir d'opposer le gage aux tiers, reconnu par la loi, et le droit de rétention ont été apparemment différenciés. Le résultat était un simple exercice de toilette par le législateur, qui a émis une nouvelle loi sur « *le droit de rétention fictif* » appartenant au détenteur d'un gage sans dépossession.

81. La qualification de gage sans dépossession est aujourd'hui retenue par la majorité de la doctrine.

82. Cass., civ., 23 avr. 1918 : DP 1919, 1, 33, note H. Capitant ; S. 1917, 1, 153, note Lyon-Caen : « *Le warrant agricole rendu public par la transcription est la représentation légale de la chose warrantée et confère au porteur une possession équivalente à la possession réelle* ».

83. E. Le Corre-Broly, *La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME* : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, § 6.

84. M. Julienne, *Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ?* : Recueil Dalloz, 2016, 1266, § 16.

# Dossier Thématique



# 3 La souveraineté européenne : entre interdépendance et autonomie



Thierry CHOPIN,

professeur de science politique à l'Université catholique de Lille (ESPOL),  
conseiller spécial de l'Institut Jacques Delors

La campagne présidentielle, qui coïncide avec la présidence française du Conseil de l'Union européenne (PFUE), montre à quel point les thèmes au cœur des débats présentent tous une dimension au moins autant européenne que nationale : crise sanitaire, incertitude économique, crise environnementale et énergétique, tensions géopolitiques notamment avec la Russie, etc. Ces différents défis renvoient tous à des enjeux de souveraineté. Le discours sur la « *souveraineté européenne* » est placé au cœur de la doctrine et de la politique européennes de la France et est porté au plus haut niveau de l'État par les autorités françaises depuis 2017. Ce concept a été formalisé et énoncé par le Président de la République dans le discours prononcé à la Sorbonne en septembre 2017 et développé à différentes occasions depuis. Que recouvre-t-il précisément ? Au-delà de l'usage politique qui en est fait, peut-on parler en droit d'une souveraineté européenne ? Celle-ci est-elle antinomique ou bien complémentaire avec la souveraineté nationale des États membres ? Dans quelle mesure la souveraineté européenne peut-elle être déclinée ? Dans quelles politiques publiques peut-elle être mise en œuvre concrètement ?

Le discours sur la souveraineté européenne s'inscrit dans un contexte particulier. Après l'épuisement des récits politiques sur la paix et le marché, la situation européenne actuelle suppose de porter un message clair sur ce qui peut fonder l'Union européenne et sa légitimité face aux défis actuels. Cela suppose de répondre aux questions suivantes : quels sont les objectifs collectifs de l'Europe ? Quels sont les biens communs qui requièrent une action

commune ? Dans le domaine économique, la monnaie, mais aussi la stabilité financière, se sont peu à peu imposées comme des biens communs à protéger dès lors que la crise de l'un de ses membres peut menacer la stabilité de l'ensemble de la zone euro. Mais, au-delà, la réflexion sur les biens communs dépasse le seul champ économique et recouvre aussi les enjeux politiques liés au rôle de l'Union européenne dans le maintien de la sécurité et de l'État de droit (par exemple la protection des frontières de l'Union ou la lutte contre la corruption) ainsi que les facteurs essentiels de la puissance, comme la technologie, l'énergie ou encore la politique étrangère et la défense.

Le projet visant à approfondir la souveraineté européenne semble avoir des justifications solides. Tout d'abord, les enjeux internationaux mettent en jeu la capacité collective des Européens à répondre aux transformations géopolitiques mondiales. C'est le cas pour l'organisation de leur sécurité collective mais aussi pour la régulation des flux migratoires, comme pour la lutte anti-terroriste. Un tel projet prend également son sens du point de vue de la gestion des nouveaux rapports de force géoéconomiques mondiaux, tant sur le plan environnemental, numérique, technologique que dans le domaine commercial et aussi dans celui de la fiscalité. Les justifications au fondement de la souveraineté européenne sont encore renforcées par les crises actuelles : crise pandémique, crise environnementale et énergétique (avec l'augmentation des prix de l'énergie) et crise géopolitique (notamment dans le contexte des tensions avec la Russie).

C'est à l'analyse de l'ensemble de ces enjeux et des questionnements qui en découlent que s'efforce de contribuer cette nouvelle livraison de la *Revue des Juristes de Sciences Po*. Je veux remercier vivement et très sincèrement toutes les personnalités ici réunies d'avoir accepté de participer à ce projet, parfois dans des délais très courts, ainsi que pour la très grande qualité de leurs contributions. Je tiens également à remercier les étudiants de Sciences Po, notamment Selma Ghodri et Rémi Gambino, pour leur efficacité dans la réalisation de cette livraison. Très bonne lecture à toutes et tous ! ■

**Bernard STIRN**, Peut-on parler, en droit, d'une souveraineté européenne ? : article 4

**Mattias GUYOMAR**, Souveraineté des États et responsabilité partagée dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme : article 5

**Johan CALLEWAERT**, No more common understanding of fundamental rights ? : article 6

**Sven FRISCH**, Le contrôle national de constitutionnalité a posteriori du droit de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence récente : article 7

**Didier REYNDERS**, Le parquet européen : une arme efficace contre la fraude et la corruption : article 8

**Jonathan MARSH**, European sovereignty and the rule of law : Strategic aspects of legal professional privilege : article 9

**Sylvie GOULARD**, La monnaie : manifestation d'une souveraineté européenne ? : article 10

**Frédéric ALLEMAND, Jérôme CREEL**, Freins et perspectives d'une union budgétaire européenne : article 11

**Florent PARMENTIER**, Comment la crise Covid-19 a favorisé l'émergence d'une souveraineté sanitaire européenne : article 12

**Jean-Francois JAMET**, L'Europe au défi de la souveraineté technologique : article 13

**Dr. Aurélie JEAN**, L'approche européenne de l'intelligence artificielle : article 14

**Jan DUNIN-WASOWICZ, Adèle BOURGIN, Nicolas BURNICHON**, Entreprises et droits humains à l'aune de l'autonomie stratégique européenne : article 15

**Phuc-Vinh NGUYEN, Thomas PELLERIN-CARLIN**, Designing a modern EU energy system – Relying on clean energy technologies and digitalization : article 16

**Anastasiya SHAPOCHKINA, Gabrielle VALLI**, Fit-for-55 and the European energy autonomy : article 17

**Yves PASCOUUAU**, La politique migratoire de l'Union européenne dilue-t-elle la souveraineté des États membres ? : article 18

**Maxime LEFEBVRE**, Que manque-t-il à la souveraineté externe de l'Union européenne ? : article 19

## 4 Peut-on parler, en droit, d'une souveraineté européenne ?



**Bernard STIRN,**  
président de section honoraire au Conseil d'État,  
membre de l'Institut

1 - La construction européenne repose sur le droit. Des piliers juridiques assurent ses fondements, au travers de la grande Europe du Conseil de l'Europe comme au sein de l'Union européenne.

2 - Institué par le traité de Londres du 5 mai 1949, le Conseil de l'Europe a été conçu selon la perspective que Winston Churchill dessinait le 7 mai 1948 au Congrès de La Haye : « *We aim at the eventual participation of all European peoples whose society and way of life are not in disaccord with a charter of human rights and the sincere expression of free democracy* ». Son objet est d'assurer la prééminence du droit et le respect de la démocratie. Créé au départ par dix États<sup>1</sup>, il en réunit aujourd'hui 47, Russie et Turquie comprises, et groupe 830 millions d'habitants. De tout le continent européen, seule la Biélorussie n'y appartient pas. Adoptée à Rome le 4 novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme en exprime les règles fondamentales. Accessible à tout citoyen après épuisement des voies de recours internes, la Cour européenne des droits de l'homme, qui siège à Strasbourg, veille à son respect.

3 - Issue du traité de Paris du 18 avril 1951 pour la Communauté européenne du charbon et de l'acier et des deux traités de Rome du 25 mars 1957 pour la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, l'Europe communautaire traduit une aspiration davantage économique et commerciale. Sa dimension juridique n'en est pas moins marquée, en particulier avec l'apparition, aux côtés des traités institutifs, d'un droit dérivé, constitué principalement de règlements et de directives. Sous l'impulsion dynamique de la Cour de justice de Luxembourg, un ordre juridique intégré se met en place. Il réunit, après le Brexit, les 27 États membres de l'Union européenne et leurs 447 millions d'habitants. Adoptée en 2000 et incorporée en 2007 au traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux souligne que l'Union n'est pas seulement un grand marché mais qu'elle consacre aussi des valeurs et garantit les libertés.

4 - Droit de la Convention et droit de l'Union se conjuguent pour former ensemble un droit européen, qui devient un véritable système juridique, avec ses principes, ses voies de recours, son autorité et son rayonnement. Peut-on pour autant parler d'une souveraineté juridique européenne ? La question se pose en vérité d'un double point de vue. A l'égard des États européens

d'abord, le droit européen se présente-t-il comme un ordre juridique supérieur, qui viendrait mettre en question la souveraineté nationale ? L'interrogation a d'autant plus de signification que des formes de souverainisme conduisent certains pays à mettre aujourd'hui en cause les droits et libertés consacrés par les engagements européens et à contester les juridictions qui les garantissent. Au regard des pays non européens ensuite, le droit européen revêt-il une force suffisante pour s'imposer dans l'espace mondial, à l'instar du droit américain ou du droit chinois, dont, pour le premier surtout, la portée extraterritoriale s'affirme de plus en plus ? En se développant, la souveraineté juridique européenne pourrait inquiéter les États sans acquérir pour autant une autorité capable de s'affirmer au-delà des frontières de l'Europe. Trop forte pour la souveraineté nationale, la souveraineté européenne serait trop faible à l'échelle du globe.

5 - Sur chacun de ces registres, la réalité d'aujourd'hui appelle une approche nuancée. Le droit européen est une création originale, qui n'entre dans aucune catégorie préexistante. Ses deux sources, droit de la Convention et droit de l'Union, accroissent encore sa singularité. Elles sont en outre en interaction constante avec les différents droits nationaux. Avec ses caractéristiques propres, le droit européen s'inscrit dans un espace mondialisé au sein duquel le droit international occupe une place croissante. Mais si la mondialisation revêt une forte dimension juridique, la souveraineté nationale n'en continue pas moins d'imprimer fortement sa marque. Le droit international demeure dans la main des États. L'autorité des constitutions nationales est plus reconnue que jamais et une irréductible identité constitutionnelle s'affirme avec force. Des tentations souverainistes et des dérives populistes mettent parfois en cause les acquis communs. Une dialectique inédite se construit entre la souveraineté des États, l'espace européen et l'ordre international. Dans ce contexte, il serait vain de chercher à accroître la vigueur du droit européen au détriment des souverainetés nationales. Au contraire une articulation réussie entre droit national et droit européen apparaît comme une condition à l'affirmation d'une souveraineté juridique européenne.

### 1. Articuler le droit européen et le droit national

6 - Avec la construction européenne, la hiérarchie des normes s'est trouvée profondément modifiée. La supériorité du droit international sur la loi nationale, reconnue partout en dépit de quelques nuances, trouve principalement à s'appliquer à l'égard

1. Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède.

du droit européen, qu'il s'agisse du droit de la Convention ou du droit de l'Union. Plus délicate, la combinaison du droit européen avec les exigences constitutionnelles appelle des logiques conciliatrices, qui préservent l'identité constitutionnelle nationale.

### A. - Droit européen et loi nationale

7 - Dès les lendemains de la Seconde guerre mondiale, la France s'est engagée dans la voie de la reconnaissance de l'autorité des traités internationaux, auxquels l'article 26 de la Constitution de 1946 conférait « force de loi ». L'article 55 de la Constitution de 1958 est allé plus loin dans cette voie, en prévoyant que les traités régulièrement ratifiés et publiés ont, sous réserve de réciprocité, « une autorité supérieure à celle des lois ».

8 - Affirmée dans son principe, la supériorité des traités sur les lois ne pose guère de difficulté lorsqu'un traité est plus récent qu'une loi : sa ratification, en principe autorisée par le Parlement, emporte abrogation de la loi antérieure. Plus difficile à résoudre est l'hypothèse d'une loi postérieure à un traité. Le juge, et dans l'affirmative, quel juge peut-il écarter la loi plus récente en raison de sa contrariété avec un engagement international ?

9 - Dans sa décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un contrôle sur ce point ne relevait pas de l'office du juge constitutionnel, en notant « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »<sup>2</sup>. Dès le 24 mai 1975, la Cour de cassation en a déduit qu'il appartenait au juge judiciaire d'écarter le cas échéant, pour trancher un litige relevant de sa compétence, une loi, même plus récente, incompatible avec un engagement international de la France<sup>3</sup>. Le Conseil constitutionnel a encouragé la généralisation de cette jurisprudence, en rappelant « qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives »<sup>4</sup> puis en l'appliquant lui-même lorsqu'il intervient non comme juge constitutionnel mais comme simple juge électoral<sup>5</sup>. La question se posait avec une acuité renforcée devant le juge administratif : juge de l'exécutif, il n'était pas évident qu'il pût affranchir le gouvernement de son obligation d'appliquer une loi au motif que celle-ci était contraire à un engagement international antérieur. Le pas était difficile à franchir dans les années soixante-dix, surtout si l'on se rappelle qu'après l'arrêt *Jacques Vabre*, l'Assemblée nationale avait adopté un « amendement Aurillac », qui interdisait au juge « à peine de forfaiture, d'écarter l'application d'une loi pour quelque cause que ce soit ». Mais signe de l'immersion croissante du droit national dans l'univers international, l'arrêt *Nicolo*, par lequel le Conseil d'État a rejoint la jurisprudence *Jacques Vabre*, s'est imposé presque comme une évidence lors de son adoption le 20 octobre 1989<sup>6</sup>. Modifiant profondément le rapport du juge à la loi, le contrôle de conventionnalité subordonne depuis lors devant toute juridiction l'application de la loi à sa compatibilité avec le droit international qui est, en pratique, le plus souvent, le droit européen.

10 - Avec quelques nuances, les pays européens s'accordent pour reconnaître une telle supériorité des traités sur les lois. Pour tous les pays membres de l'Union européenne, cette supériorité s'applique sans restriction en ce qui concerne le droit de l'Union, qu'il s'agisse des traités eux-mêmes ou du droit dérivé. Elle vaut aussi largement pour la Convention européenne des droits de

l'homme. Lorsqu'il appartenait à l'Union européenne, le Royaume-Uni reconnaissait ainsi la supériorité du droit communautaire sur la loi britannique<sup>7</sup>, en s'inspirant sans doute de ce qu'énonçait, non sans quelque humour teinté de nostalgie en 1977 Lord Denning : « *Just as in Rome, you should do as Rome does. So in the European Community, you should do as the European Court does* ». Pour l'application par Londres de la Convention européenne des droits de l'homme, la formule de Lord Bingham prononcée en 2004 demeure éclairante : « *No more but certainly no less* ». S'agissant du droit international général, en revanche, en Allemagne comme au Royaume-Uni, le juge a seulement l'obligation d'interpréter la loi de manière à la rendre conforme aux traités. Mais, dans les cas, il est vrai exceptionnels, où une telle interprétation conforme s'avère impossible, le juge doit appliquer la loi plus récente tant que le Parlement ne décide pas de la modifier pour assurer son harmonie avec le droit international<sup>8</sup>.

11 - Avec ces quelques variations, la supériorité du droit international sur les lois est une donnée partagée de l'ordre juridique européen. Elle trouve toutefois sa limite lorsque sont en cause les exigences constitutionnelles. Si le droit européen s'impose à la loi, sa rencontre avec la suprématie de la constitution appelle des logiques conciliatrices.

### B. - Droit européen et constitution nationale

12 - En France, la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne a été affirmée, au tournant du siècle, en des termes voisins, par le Conseil d'État<sup>9</sup>, la Cour de cassation<sup>10</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>11</sup>. La Cour de Karlsruhe situe de même au sommet de la hiérarchie des normes le caractère démocratique des institutions, le respect des pouvoirs du Bundestag et la protection des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale allemande<sup>12</sup>. Même en l'absence de constitution écrite, la Cour suprême du Royaume-Uni proclame la suprématie des « *instruments constitutionnels* » dont le pays s'est doté depuis la Grande Charte de 1215, l'*Habeas corpus* de 1679 et le *Bill of Rights* de 1689 et qu'ont complétés des lois de portée constitutionnelle, comme les lois de dévolution et celles qui définissent les pouvoirs du Parlement<sup>13</sup>. La suprématie de la constitution se trouve pareillement consacrée en Italie, en Espagne, au Danemark ou en Pologne.

13 - Le caractère de norme suprême reconnu à la Constitution ne se concilie pas d'évidence avec les caractéristiques du droit européen. La Cour de justice de Luxembourg a très tôt affirmé l'effet direct et la primauté du droit communautaire<sup>14</sup>. Elle voit dans les traités « *la charte constitutionnelle de base* » d'une communauté de droit<sup>15</sup>. La Cour de Strasbourg qualifie de son côté la Convention européenne des droits de l'homme d'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »<sup>16</sup>. De telles jurisprudences pourraient sembler difficiles à conjuguer avec la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne.

7. Chambre des Lords, décision du 11 octobre 1990, *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*.

8. Chambre des Lords, décision du 16 décembre 2004 ; Cour de Karlsruhe, décision du 15 décembre 2015.

9. CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, n° 200286 et 200287.

10. Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, n° 99-60.274.

11. Cons. Const., Décision du 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC.

12. Cour de Karlsruhe, décisions du 12 octobre 1993 et du 20 juin 2009.

13. Cour suprême du Royaume-Uni, 22 janvier 2014, UKSC 42, *HS2 Action Alliance Limited*.

14. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, n° 26-62 ; CJCE, 15 juin 1964, *Costa c/ Enel*, n° 6-64 ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, n° 106/77.

15. CJCE, 9 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts*, n° 294-83.

16. CEDH, Gd. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n° 15318/89.

2. Cons. Const., Décision du 15 janvier 1975, n° 74-54 DC.

3. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des Cafés Jacques Vabre*, n° 73-13-556.

4. Cons. Const., Décision du 3 septembre 1986, n° 86-216 DC.

5. Cons. Const., Décision du 21 octobre 1988, n° 88-1082/1117 AN.

6. CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

14 - Mais des logiques conciliatrices permettent une articulation raisonnable du droit national et des deux ordres juridiques européens, celui de l'Union et celui de la Convention. Elles reposent sur un intense dialogue des juges qui permet, au travers de passerelles construites en commun, d'assurer la cohérence de l'ensemble.

15 - Plusieurs instruments contribuent à l'affirmation des logiques conciliatrices. Issue de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, la notion d'identité constitutionnelle est reprise par d'autres cours constitutionnelles, en particulier en Italie, en Belgique et en France. Proclamé par le traité de Maastricht, le principe de subsidiarité irrigue de plus en plus l'ordre juridique de l'Union. De son côté la Cour européenne des droits de l'homme confère à la marge nationale d'appréciation une étendue croissante, que l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> août 2021, du protocole n° 15 à la Convention a encore confortée.

16 - De nombreuses jurisprudences, des cours européennes comme des cours suprêmes et des cours constitutionnelles nationales, illustrent le souci partagé d'écoutes réciproques.

17 - Pour prendre quelques exemples caractéristiques du côté des cours européennes, la Cour de justice juge que le principe de dignité humaine, reconnu tant par la Constitution allemande que par les principes généraux du droit de l'Union, permet à l'Allemagne d'interdire l'exploitation de jeux simulants des homicides sans méconnaître les exigences de la libre prestation de services<sup>17</sup>. Elle décide que le Royaume-Uni, alors membre de l'Union, peut autoriser les ressortissants du *Commonwealth* qui résident à Gibraltar à voter pour les élections au Parlement européen<sup>18</sup>. Eu égard aux caractéristiques venues de l'histoire, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les marges nationales d'appréciation permettent à l'Italie d'autoriser la présence de crucifix dans les écoles publiques<sup>19</sup> et à la France comme à la Belgique d'interdire la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>20</sup>.

18 - La logique conciliatrice se retrouve du côté des cours suprêmes nationales.

19 - Gardienne vigilante de l'ordre constitutionnel allemand, la Cour de Karlsruhe limite son intervention en matière de droits fondamentaux aussi longtemps (« *so lange* ») que le droit de l'Union assure une protection équivalente à celle qu'impose la loi fondamentale<sup>21</sup>. À tous les moments cruciaux, elle accompagne la construction européenne : elle juge que l'Allemagne peut ratifier le traité de Lisbonne<sup>22</sup> comme le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe<sup>23</sup> sans modifier sa Constitution, elle admet la création de fonds de stabilité financière<sup>24</sup> et, après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice<sup>25</sup>, le rachat par la Banque centrale européenne de la dette publique sur le marché secondaire<sup>26</sup>, même si elle précise que la Banque doit justifier, par une analyse compréhensible et précise, de la conformité des rachats auxquels elle

procède à son mandat et de la proportionnalité de ses interventions<sup>27</sup>.

20 - En France, le Conseil constitutionnel juge que l'Union relève d'« *un ordre juridique propre* »<sup>28</sup> et que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »<sup>29</sup>. De l'article 88-1 de la Constitution, il déduit une « *obligation constitutionnelle de transposition des directives* » et adapte son contrôle de constitutionnalité, tout en réservant les exigences de l'identité constitutionnelle de la France<sup>30</sup>. Dans les deux décisions de 2004 et 2006, le Conseil constitutionnel dit : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ». Le Conseil d'État partage cette jurisprudence<sup>31</sup> et il en tire les conséquences pour l'exercice de son contrôle de légalité<sup>32</sup>.

21 - L'année 2021 a été marquée par un approfondissement de ces logiques conciliatrices. Le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, donné une illustration concrète de l'identité constitutionnelle, en jugeant que l'interdiction de déléguer des pouvoirs de police administrative générale à des personnes privées en constitue un élément<sup>33</sup>. Le Conseil d'État, dans deux importantes décisions relatives l'une à la conservation des données de connexion<sup>34</sup>, l'autre au temps de travail des militaires<sup>35</sup>, a fait application du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice tout en réservant les exigences constitutionnelles qui garantissent la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, sans avoir à se servir effectivement, dans ces affaires, de ce « *joker constitutionnel* ».

22 - Un ordre juridique européen se construit à partir des jurisprudences croisées des cours européennes et de l'ensemble des cours suprêmes et cours constitutionnelles nationales. Il n'obéit plus à la logique simple et ordonnée de la pyramide de Kelsen. Comme le déclarait Andreas Vosskuhle, alors président de la Cour de Karlsruhe, en prononçant le discours de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme en janvier 2014, l'image du mobile de Calder en rend mieux compte : des éléments en déplacement incessant trouvent leur équilibre au travers des appuis réciproques qui découlent de leur mouvement simultanément. Une telle articulation entre droit national et droit européen est la condition de l'affirmation d'une souveraineté juridique européenne dans l'espace mondial.

## 2. Promouvoir la souveraineté juridique européenne dans l'espace mondial –

23 - Pour être présente à l'échelle mondiale, l'Europe a besoin d'un ordre juridique cohérent qui assure sa force dans la mise en œuvre des politiques déployées pour répondre aux grands enjeux du monde contemporain.

17. CJCE, 14 octobre 2004, *OMEGA*, n° 36-02.

18. CJCE, 18 novembre 2006, *Espagne c/ Royaume-Uni*, n° 145-04.

19. CEDH, 8 mars 2011, *Lautsi c/ Italie*, n° 30814/06.

20. CEDH, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *SAS c/ France*, n° 43835/11 ; CEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c/ Belgique*, n° 37798/13.

21. Cour de Karlsruhe, décisions des 29 mai 1974, 22 octobre 1986 et 7 juin 2000.

22. Cour de Karlsruhe, décision du 30 juin 2009.

23. Cour de Karlsruhe, décision du 12 septembre 2012, 2 BvR 1390/12.

24. Cour de Karlsruhe, décision du 7 septembre 2011, 2 BvR 987/10 ; 2 BvR 1485/10 ; 2 BvR 1099/10.

25. Cour de Karlsruhe, décision du 14 janvier 2014, OMT-Beschluss, BVerfGE 134, 366.

26. CJUE, 16 juin 2015, *Gauweiler*, n° 62-14.

27. Cour de Karlsruhe, décision du 5 mai 2020, 2 BvR 859/15.

28. Cons. Const., Décision du 9 avril 1992, n° 92-308 DC.

29. Cons. Const., Décision du 9 août 2012, n° 2012-653 DC.

30. Cons. Const., Décisions du 10 juin 2004 et du 27 juillet 2006, n° 2004-496 DC et n° 2006-540 DC.

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

32. CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 ; CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845.

33. Cons. Const., décision QPC du 15 octobre 2021, n° 2021-940 QPC.

34. CE, ass., 21 avril 2021, *Société French data network*, n° 393099.

35. CE, ass., 17 décembre 2021, *M. Bouillon*, n° 437125.

### A. - L'ordre juridique européen

24 - Les principales faiblesses de la souveraineté juridique européenne viennent de tensions intérieures à l'Europe.

25 - Au sein du Conseil de l'Europe, des pays s'affranchissent des garanties communes. En 2015, la Russie a adopté une révision constitutionnelle qui permet à sa Cour constitutionnelle de ne pas tenir compte de la décision d'un organisme international qui serait contraire aux règles constitutionnelles du pays. Sur ce fondement, la Cour constitutionnelle de Russie a décidé, par un arrêt du 19 janvier 2017, qu'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la Russie à indemniser les actionnaires du conglomérat loukos ne serait pas appliquée. Une autre révision, plus large dans son objet, approuvée par référendum en 2020, confère au président russe des prérogatives dans la nomination des juges de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême qui posent question au regard de l'indépendance de la justice. Depuis le coup d'État manqué de l'été 2016, le gouvernement turc pratique des arrestations arbitraires, licencie massivement des agents publics et méconnaît l'indépendance de la justice comme la liberté des médias. Il ignore les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui ordonnent la libération d'un militant kurde<sup>36</sup> et celle d'un opposant politique<sup>37</sup>.

26 - À l'intérieur de l'Union européenne, la Hongrie et la Pologne s'orientent vers une forme de démocratie illibérale, marquée par une reprise en main des juridictions et des menaces sur les droits fondamentaux. Après avoir réduit à presque rien le droit à l'interruption volontaire de grossesse<sup>38</sup>, le Tribunal constitutionnel polonais s'est délibérément situé en dehors de l'État de droit tel qu'il est défini par l'Union européenne par son arrêt du 7 octobre 2021. Loin de se borner à rappeler la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne, il méconnaît en effet tant la lettre des traités que la jurisprudence de la Cour de justice en déniait à l'Union européenne toute qualité pour apprécier les garanties d'indépendance de la justice, nécessaires à la correcte mise en œuvre du droit de l'Union. En Europe comme dans d'autres continents, un divorce dangereux entre démocratie et liberté apparaît ainsi. Yascha Mounk le relève : « *La démocratie libérale est en train de se décomposer en ses différents éléments, donnant ainsi naissance à une démocratie antilibérale d'un côté et à un libéralisme antidémocratique de l'autre* »<sup>39</sup>.

27 - L'affirmation d'une souveraineté juridique européenne suppose de surmonter ces tensions. Celles-ci font ressortir que tous les pays n'avancent pas au même rythme et ne partagent pas les mêmes sensibilités à l'égard des droits fondamentaux. Sur les grandes questions d'aujourd'hui, de l'asile au développement durable, de la bioéthique au numérique, des différences existent et doivent être prises en compte. Elles appellent la construction commune à s'inspirer davantage de la subsidiarité, des marges nationales d'appréciation et du respect des identités constitutionnelles. Mais la crédibilité de l'ordre juridique européen demande aussi un consensus sur les valeurs partagées. Espace de droit et de liberté, qui a construit des mécanismes sans équivalent de garantie collective des droits fondamentaux, l'Europe repose sur le respect de la personne humaine, le pluralisme des idées et des opinions, la tolérance, le refus des discriminations. Des principes intangibles en découlent, sécurité juridique, proportionnalité, droit au recours devant un juge indépendant et impartial. La souveraineté juridique européenne ne peut s'épanouir que dans

leur respect. Elle jouera alors tout son rôle pour répondre aux enjeux du monde contemporain.

### B. - Les enjeux du monde contemporain

28 - Les politiques publiques ont aujourd'hui à répondre à de grands enjeux, qui ne peuvent être appréhendés à l'échelle nationale, migrations et asile, lutte contre le terrorisme, biodiversité et développement durable, organisation du commerce international, santé publique et combat contre les épidémies, régulation du numérique. Ces questions sont de plus en plus régies par le droit international, qui s'applique avec une autorité croissante. Elles sont le support de la mondialisation du droit.

29 - Aux règles internationales s'ajoute la portée extraterritoriale que certains systèmes juridiques nationaux acquièrent dans ce contexte. Les États-Unis se sont ainsi dotés d'armes puissantes qui leur permettent d'imposer des sanctions aux entreprises qui ont un lien quelconque avec l'économie américaine. Passer une transaction en dollars suffit pour entrer dans le champ de ces mesures, dont les sanctions à l'égard de l'Iran ont montré la force. Les projets conçus autour des « *nouvelles routes de la soie* » relèvent largement du droit chinois. Pour les pays du *Commonwealth*, le droit britannique demeure une référence, dont l'autorité est renouvelée par le Brexit.

30 - Le droit européen est, lui aussi, en mesure de peser dans l'espace mondial. La Convention européenne des droits de l'homme produit certains effets extraterritoriaux, par exemple lorsque la Cour européenne des droits de l'homme fait obstacle à l'éloignement d'un étranger vers un pays qui n'est pas partie à la Convention, en raison des risques encourus par l'intéressé dans ce pays tiers. La Convention est en outre une source d'inspiration pour des droits et des juridictions de pays qui lui sont extérieurs. La Cour suprême des États-Unis s'est ainsi référée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour condamner toute discrimination liée à l'orientation sexuelle<sup>40</sup>. Le droit de l'Union européenne a plus encore de nombreux effets au-delà du territoire de l'Union et à l'égard d'États qui n'y appartiennent pas. En matière numérique, en particulier, les règles édictées par l'Union européenne acquièrent une portée universelle. Grâce à sa qualité, le règlement général pour la protection des données, adopté le 27 avril 2016, contribue à la régulation mondiale de l'internet. En préparation, le Digital Services Act (DSA) et le Digital Markets Act (DMA) s'inscrivent dans cette dynamique, d'autant plus crédible que la riche jurisprudence en la matière de la Cour de justice<sup>41</sup> exerce son autorité au-delà des frontières de l'Europe. La Cour a ainsi jugé que, lorsqu'il exige un déréférencement, le droit de l'Union implique que celui-ci soit opéré sur tout le territoire de l'Union et que, s'il n'impose pas le déréférencement mondial, il n'interdit pas non plus aux autorités nationales de l'exiger<sup>42</sup>.

31 - La force du droit européen dépend à la fois de sa cohérence et de sa pertinence. Lorsque des règles européennes sont largement admises, dans le cercle de la Convention ou dans celui de l'Union, et lorsqu'elles apportent un encadrement adapté à des questions partagées au-delà de l'Europe, d'autres adhèrent aux solutions qu'elles retiennent. Dans un monde qui est aussi celui de l'extraterritorialité du droit, le droit européen est un incontestable atout de souveraineté.

36. CEDH, 20 novembre 2018, *Demirtas c/ Turquie*, n° 14305/17.

37. CEDH, 10 décembre 2019, *Kavala c/ Turquie*, n° 28749/18.

38. Tribunal constitutionnel polonais, décision du 22 octobre 2020.

39. Yascha Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, Edition de l'Observatoire, 2018, Paris.

40. Cour suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence v/ Texas*, 539 U.S. 558.

41. CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain*, n° 131-12 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems*, n° 362-14 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, n° 203-15.

42. CJUE, 24 septembre 2019, *Google LLC c/ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*, n° 136/17.

32 - Depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, un considérable chemin a été parcouru vers la construction d'un espace juridique européen. Des embûches demeurent sur les pas des pays européens eux-mêmes et les concurrences externes sont fortes. Mais mesurées à l'aune des réalisations accomplies et des dynamismes d'aujourd'hui, les difficultés sont plus des enjeux stimulants que des obstacles infranchissables. Un équilibre est

encore à consolider entre le droit européen et l'identité de chaque pays. Pour prendre pleinement sa place à l'échelle mondiale, le droit européen a besoin de parfaire l'harmonie entre les trois sources dont il est issu, le droit de l'Union, le droit de la Convention et l'ensemble des droits nationaux. Une grande force se dégage de telles perspectives de synthèse qui sont la clef de la souveraineté juridique européenne. ■

## 5 Souveraineté des États et responsabilité partagée dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme



Entretien avec

Mattias GUYOMAR,

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, élu au titre de la France

conduit par

Aurélien PÉCHÈRE,

membre du comité de rédaction de la RJSP

### 1. Les notions de marge d'appréciation, de principe de subsidiarité et de responsabilité partagée des États —

*La Revue des Juristes de Sciences Po (RJSP) : L'insertion au sein du Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme (« Conv. EDH » ou « Convention ») d'un nouveau considérant<sup>1</sup> invite à réaliser une distinction entre les notions de subsidiarité et de marge d'appréciation, concourant toutes deux à la poursuite de la responsabilité partagée entre la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH », « Cour » ou « Cour EDH ») d'une part, et les États parties à la Convention d'autre part.*

**Existe-t-il une différence de nature (et le cas échéant, laquelle ?) entre, d'abord, le principe de subsidiarité empêchant la Cour EDH de revêtir le rôle de quatrième instance, ensuite, la responsabilité partagée entre la Cour et les juridictions nationales dans la protection des droits de l'Homme protégés par la Convention, et enfin, la marge d'appréciation dont disposent les États pour mettre en œuvre souverainement les dispositions de la Convention ?**

**Mattias Guyomar (MG) :** En réalité, ces notions sont imbriquées les unes aux autres. Ce qu'il faut bien voir est que la subsidiarité renvoie à un principe d'organisation des compétences respectives entre d'une part la Cour, et d'autre part, les États contractants et leurs autorités, au premier chef desquelles se trouvent les juridictions internes. Il faut bien comprendre qu'il s'agit d'un principe d'organisation, et, comme d'ailleurs en droit de l'Union européenne, d'un principe de répartition des compétences.

Dès l'arrêt *Handyside*<sup>2</sup>, la Cour a affirmé que son contrôle revêtait un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'en réalité, elle n'exerçait son office qu'à son tour et à sa place.

À son tour : après épuisement des voies de recours internes, ce qui est la traduction procédurale du principe de subsidiarité.

À sa place : dans le cadre d'une supervision qui l'a conduite à refuser d'être une quatrième instance, c'est-à-dire qu'elle ne revient pas sur les appréciations de fait, elle n'est pas une Cour qui re-juge complètement le litige à la place des juges nationaux. La subsidiarité est donc un principe directeur dans le fonctionnement de la Convention.

C'est d'ailleurs à cela que renvoie le principe de responsabilité partagée, c'est-à-dire que la responsabilité est commune (assurer la protection des droits garantis par la Convention et veiller à leur respect effectif), et partagée par les États d'abord, qui en sont les premiers garants, et à son tour et à sa place comme je viens de le dire, à titre subsidiaire, par la Cour.

Vous avez évoqué ensuite la notion de marge nationale d'appréciation. Il est vrai que le Préambule de la Convention, tel que modifié par le Protocole n° 15, comporte désormais une référence explicite au principe de subsidiarité et à la marge nationale d'appréciation. La marge nationale d'appréciation est une notion qui permet de déterminer l'intensité et la profondeur du contrôle qu'exerce la Cour. Ce contrôle sera toujours réalisé à titre subsidiaire, il ne s'agit pas de revenir sur le principe de non-substitution, qui fait que la Cour n'est pas une quatrième instance. Toutefois, dans le cadre de son office, la Cour va plus ou moins loin dans le respect des exigences, ce qui revient à laisser une plus ou moins grande franchise d'action aux États pour assurer ce respect, ou en tout cas pour prendre des actes juridiques, des lois ou des mesures concrètes qui seront regardés comme compatibles avec les exigences de la Convention. C'est une notion fonctionnelle qui permet de régler la profondeur et l'intensité du contrôle de la Cour.

S'agissant de la marge nationale d'appréciation, entrent en jeu la nature du droit en cause, la nature des questions posées et enfin l'existence ou l'absence d'un consensus.

En ce qui concerne la nature du droit en cause, d'abord, nous avons besoin d'identifier cette marge d'appréciation dans un certain nombre de cas seulement. Dans le cadre des droits absolus, comme l'article 3 par exemple, il n'y a pas de question de marge nationale d'appréciation qui se pose. C'est plutôt pour les droits « dérogeables », c'est-à-dire les articles 8 à 11 de la Convention, que cette notion peut être mobilisée, même s'il arrive à la Cour de l'avoir transposée dans d'autres cas de figure.

La nature des questions posées par le litige est également prise en considération. Par exemple, les questions sociétales ou celles en matière de bioéthique et, de manière plus générale, toutes celles qui soulèvent un débat, vont appeler la reconnaissance d'une large marge d'appréciation.

1. L'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 15 intègre dans le Préambule de la Conv. EDH la formule suivante : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention ».

2. CEDH, Formation plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, req. n° 5493/72.

L'existence d'un consensus, enfin. La Cour décide en effet de la largeur ou de l'étroitesse de la marge d'appréciation en fonction également de l'existence ou non d'un consensus en Europe sur la question posée par le litige. C'est important, car s'il y a un consensus en Europe, c'est-à-dire qu'une large partie des États apportent une réponse analogue ou convergente à la même question, la Cour va s'appuyer sur ce socle commun de traitement d'une question pour légitimer la profondeur de son contrôle, et, d'une certaine manière, asseoir la détermination de ces exigences. S'il n'y a pas de consensus, alors elle va davantage opter pour un *self-restraint* et laisser la main aux États.

C'est en fonction de l'ensemble de ces critères, combinés ensemble, que nous déterminons s'il existe, et le cas échéant, dans quelle mesure, une marge nationale d'appréciation.

## 2. Le Protocole n° 15 et la marge d'appréciation des États

**RJSP :** Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2021, le vote de ce nouveau Protocole était ouvert à la signature des États membres depuis 2013. Depuis cette date, la Cour a eu l'occasion, de manière prétorienne, d'affirmer son respect de la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre des droits conventionnels.

**Dans ces conditions, quelle avancée concrète cette nouvelle référence à la marge d'appréciation des États et au principe de subsidiarité au sein du Préambule de la Convention est-elle censée apporter dans la poursuite de l'objectif de responsabilité partagée ?**

**MG :** Les modifications apportées au Préambule par le Protocole n° 15 n'entraînent aucun bouleversement du mode de fonctionnement de la Cour ou du mode d'exercice de son contrôle. Il s'agit en réalité de la consécration par les États des principes et notions dégagés par la Cour pour déterminer les modalités d'exercice du contrôle. Il y a donc une forme de codification, dans la lettre même du Préambule, de ces principes forgés par la Cour au fil de sa jurisprudence et réaffirmés constamment par elle.

En réalité, cette démarche vise à inscrire dans le marbre du Préambule ce principe directeur qu'est la subsidiarité, ainsi que cette notion de marge nationale d'appréciation comme clé de réglage de l'intensité du contrôle. C'est une forme de reconnaissance et de légitimation par les États de la jurisprudence de la Cour. C'est aussi un signe qu'ils entendent conférer une certaine pérennité à ce cadre. En effet, une jurisprudence peut toujours être modifiée par la Cour, mais une fois couchées dans le Préambule, ces grandes lignes y figurent durablement comme un horizon dans lequel la Cour devra inscrire l'exercice de son pouvoir juridictionnel.

## 3. Le consensus européen et la marge d'appréciation des États

**RJSP :** Selon le doyen Cornu, le consensus est un « accord informel proche de l'unanimité, [une] convergence générale des opinions »<sup>3</sup>.

**Selon le droit européen des droits de l'Homme, la notion de consensus européen est une notion autonome<sup>4</sup> dégagée par la Cour EDH, en particulier à l'occasion d'affaires à enjeu sociétal, traitant notamment de l'article 8 (relatif au droit au**

**respect de la vie privée et familiale) et/ou de l'article 10 (relatif à la liberté d'expression), permettant à la Cour d'opérer un état des lieux des législations des États membres sur une question de droit afin d'adapter et de justifier ses décisions qui, malgré une autorité relative de la chose jugée, revêtent en pratique un effet comminatoire important auprès de l'ensemble des États du Conseil de l'Europe.**

**Pourriez-vous nous éclairer sur cette notion de consensus européen ? Quels sont les critères pris en compte par la Cour pour en dégager un ? Existe-t-il une échelle des consensus (consensus plein, simple tendance etc.) ? Enfin, dans quelle mesure la découverte d'un consensus sur une question de droit constitue-t-elle une variable d'ajustement de la marge d'appréciation laissée aux États pour légiférer à ce sujet ?**

**MG :** Cette notion de consensus a parfois été critiquée, comme surgie de nulle part, aux contours un peu flous, finalement discrétionnairement maniée par la Cour à la manière d'un « *pick and choose* ». Je crois qu'il faut réfuter toutes ces critiques.

D'abord, c'est une notion qui permet à la Cour de déterminer quelle est la marge d'appréciation dont disposent les États sur telle ou telle question. C'est aussi ce faisant, comme je l'ai dit, un mode de légitimation de son contrôle.

La Cour n'est pas un législateur. Malgré l'interprétation dynamique qu'elle a retenue de la Convention dès l'origine (la Cour a dès le début posé qu'il s'agissait d'un « *instrument de droit vivant* »<sup>5</sup> qui devait être appliqué à la lumière du contexte dans lequel se pose le litige), la Cour n'a pas la légitimité du législateur qui, seul, peut prendre des positions qui engagent toute une société et, sur un certain nombre de points en débat, peut trancher dans quel sens la règle doit être posée. Cela ne veut pas dire que le juge n'a pas de pouvoir normatif. Mais, celui-ci est très clairement borné. Et lorsqu'une juridiction l'exerce, il faut à la fois en fixer les limites et en asseoir la légitimité. En ce sens, la notion de consensus est véritablement un outil majeur.

Quant à son caractère plus ou moins flou ou discrétionnaire, je crois que nous avons beaucoup progressé de ce point de vue-là.

D'abord, l'affirmation d'un consensus ne sort pas du « *chapeau* » de la Cour : très souvent, ce sont les parties qui s'en réclament, ou au contraire se réclament de son absence pour revendiquer, au profit des États, une plus grande latitude d'action.

Mais nous disposons aussi de nos propres outils internes, et nous faisons faire des recherches de droit comparé, sur telle ou telle question, nous mobilisons le réseau des cours supérieures, mis en place en 2015, qui regroupe aujourd'hui une centaine de juridictions de 44 des 47 États membres du Conseil de l'Europe, pour recueillir des éléments de droit comparé et avoir une vision la plus exhaustive possible de l'état des réponses contemporaines sur tel ou tel point de droit.

Enfin, il y a évidemment une échelle des consensus. L'absence de consensus, l'existence d'une quasi-unanimité de réponses, le consensus proprement dit, c'est-à-dire une plus large majorité d'États. Il existe aussi les tendances émergentes, c'est-à-dire quelque chose qui ne concerne encore qu'une minorité d'États sur les 47. Il faut toutefois noter le caractère dynamique de la tendance : on voit une tendance à l'œuvre, et cela peut aider la Cour à poser des exigences un peu plus strictes ou renouvelées, en s'adossant à ce qui est en train de se jouer dans l'espace juridique européen.

3. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2011, s.v. « consensus ».

4. Sens donné aux notions de la Conv. EDH par la Cour et dont elle contrôle l'évolution des contours dans un objectif d'applicabilité des dispositions de la Convention, de supériorité de son interprétation sur celle des États parties et d'effectivité des droits garantis : M. Malblanc, « *La technique des notions autonomes en droit de la convention européenne des droits de l'Homme* », Thèse, 2020.

5. CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, req. n° 5856/72.

#### 4. Les contours et les enjeux du principe de non-substitution

**RJSP** : Dans le célèbre arrêt *Von Hannover*<sup>6</sup>, la Cour a dégagé le principe de non-substitution, décliné depuis au fil de sa jurisprudence. La Cour a précisé à cette occasion que « si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes ».<sup>7</sup>

**Pouvez-vous d'abord nous expliquer la signification précise de ce principe de non-substitution et les enjeux qui s'y attachent du point de vue de la souveraineté des États ?**

**Enfin, auriez-vous des illustrations des « raisons sérieuses » évoquées par l'arrêt ?**

**MG** : Le principe de non-substitution correspond à la manière de qualifier le fait que la Cour, en principe, ne « refait pas le match ». Les requérants la saisissent après l'épuisement des voies de recours internes, mais ne peuvent pas obtenir d'elle que le litige soit complètement rejugé en fait comme en droit. Certainement pas en fait, et cela repose sur des considérations à la fois de déférence des juridictions internes et de réalisme judiciaire. En effet, nous ne voyons pas les requérants, il y a peu d'audiences à la Cour, seulement en principe devant la Grande Chambre. Nous sommes donc plus éloignés de la réalité du dossier. De la même manière, nous n'avons pas de contact direct avec certains éléments du dossier (je pense notamment à des visites sur place ou à des auditions de témoins). Ce *self-restraint* repose tout simplement sur des considérations de réalisme. Nous jugeons aussi que, d'une certaine manière, les autorités nationales sont souvent les plus aptes à effectuer les fins réglages dans le contexte propre à leur État. Tout cela nous impose de ne pas nous placer sur le même plan que les juridictions internes, et de ne pas tout réapprécier complètement, comme si nous étions des juges de première instance ou d'appel.

Je crois donc que c'est très important en ce que c'est à la fois, je le disais, une marque de déférence et un souci de réalisme. En ce qui concerne les raisons sérieuses, la Cour n'a jamais renoncé, de manière absolue et définitive, à exercer son contrôle, et je crois que c'est très sage. En réalité, on peut penser à la notion d'erreur manifeste d'appréciation, bien connue en droit français. S'il nous apparaît dans une affaire qu'il y a des considérations qui reposent sur un raisonnement purement arbitraire, sur une erreur patente de fait ou encore sur quelque chose de parfaitement déraisonnable, il est évident qu'elles constitueront des raisons sérieuses de nous replonger dans le cœur du dossier.

#### 5. La traçabilité des décisions de justice et la concrétisation de la responsabilité partagée

**RJSP** : Ce principe de non-substitution est subordonné au respect, par les juridictions nationales, d'une traçabilité du raisonnement au sein des décisions de justice, c'est-à-dire une structure de raisonnement, empruntée à la CEDH, par laquelle les juridictions nationales rendent compte de la mise en balance des intérêts lorsqu'ils sont saisis de motifs tirés de la violation alléguée, par l'État, de l'un des droits du requérant que la Convention protège.

**Dans un article paru en 2020 dans la revue de l'ENM<sup>8</sup>, vous évoquiez en ce sens la nécessité, pour les juridictions**

nationales, de suivre les critères énoncés par la Cour, formalisés dans une « grille de contrôle ».

**Si l'on prend l'exemple concret du contrôle de proportionnalité proprement dit<sup>9</sup> dans le champ des articles 8 à 11 de la Convention, quelles sont les « traces » attendues des juridictions nationales par la CEDH au sein des décisions rendues ?**

**MG** : Le terme de « traçabilité » dit bien les choses : il s'agit de restituer, surtout en droit, mais également en fait, les étapes qui ont conduit à telle ou telle solution. Nous faisons le « contrôle du contrôle »<sup>10</sup> et, dans ce cadre, il faut que les juridictions internes se donnent à voir. Cela va passer essentiellement par une exigence de motivation et, de ce point de vue, les enrichissements et les évolutions effectués en France, par le Conseil d'État et la Cour de cassation, pour retenir de nouveaux modes de rédaction et détailler davantage chaque étape du raisonnement juridique suivi, s'inscrivent tout à fait dans le sens de ce qu'attend la Cour.

Il y a, nous le disons souvent, une exigence que les solutions retenues reposent sur des motifs suffisants et pertinents.

Par le motif suffisant, directement lié à la traçabilité, nous exigeons en réalité la présentation de suffisamment d'éléments par les juridictions internes aux parties, d'abord, et à la Cour, ensuite, pour que le chemin suivi soit accessible. C'est une question d'accessibilité aux étapes du raisonnement. C'est très important, et cela va dans le sens de la responsabilité des juridictions, leur obligation croissante de rendre compte, « l'*accountability* » à laquelle les juridictions n'échappent heureusement pas.

C'est une manière plus moderne de rendre la justice qui doit se faire bien comprendre pour être totalement efficace, c'est-à-dire pour que les décisions rendues soient à la fois exécutoires et respectées.

#### 6. L'influence du *process-based review*

**RJSP** : Dans un article paru en 2018 dans la Revue des droits de l'Homme<sup>11</sup>, le Président Robert Spano a théorisé la doctrine du *process-based review* qui limite le travail de la Cour à un examen d'ordre procédural du contrôle de conventionnalité réalisé dans un premier temps par les juridictions nationales<sup>12</sup>.

**Pouvez-vous nous décrire les implications concrètes liées au développement de cette nouvelle doctrine au sein de la jurisprudence de la Cour ?**

**MG** : Le *process-based review* est une tendance très forte de l'évolution de notre contrôle et qui, je crois, doit être bien comprise. Il s'agit moins d'un repli procédural que d'une traduction pertinente des rôles respectifs des juges internes et de la Cour.

Le contrôle de la Cour consiste en réalité à observer la manière avec laquelle les juridictions internes ont assuré le respect des exigences découlant des droits protégés par la Convention.

Vérifier la pertinence des motifs revient pour la Cour à s'interroger sur le fait de savoir si les juridictions internes ont

6. CEDH, 7 février 2012, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. n° 40660/08 et 60641/08.

7. *Ibid.*, par. 107.

8. M. Guyomar, *La Cour européenne des droits de l'Homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le « contrôle du contrôle »*, « Revue Justice Actualités », n° 20, ENM, Décembre 2020.

9. Il s'agit en réalité du contrôle de la nécessité de la mesure dans une société démocratique, troisième étape du contrôle de la conventionnalité d'une atteinte étatique à un droit protégé par la Convention.

10. M. Guyomar, *La Cour européenne des droits de l'Homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le « contrôle du contrôle »*, op.cit.

11. R. Spano, *The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, « Human Rights Law Review », 2018, 18, 473-494.

12. R. Spano, op.cit., pp. 29-30 : « However, the significance of process-based review lies in its shift of the Court's primary methodological focus from its own independent assessment of the 'Conventionality' of the domestic measure towards an examination of whether the issue has been properly analysed by the domestic decision-maker in conformity with already embedded principles and the States' obligations to secure Convention rights to peoples within their jurisdictions. In other words, process-based review is the mechanism by which the Court implements the principle of subsidiarity in practice. »

fait usage des bons critères pour veiller au respect effectif des droits protégés.

Vérifier que les motifs sont suffisants revient à rechercher, comme je l'ai évoqué tout à l'heure, si les juridictions internes ont retenu les modalités de rédactions adéquates et ont suffisamment développé leur raisonnement afin d'être accessibles.

Derrière tout cela, il y a l'idée que les exigences, telles que nous les avons posées par notre travail d'interprétation de la Convention, sont respectées dès le stade du juge interne. C'est d'ailleurs la meilleure façon de remédier au plus vite et au plus près aux atteintes portées aux droits protégés par la Convention.

Il y a des critères à respecter, des modalités de contrôle. En cela, l'exercice du contrôle de proportionnalité répond à plusieurs étapes : l'ingérence est-elle prévue par la loi ? Poursuit-elle un but légitime ? Est-elle nécessaire (avec la mise en balance entre des intérêts concurrents ou des droits en conflit) ?

Cela veut donc dire que si le travail a été correctement réalisé, compte tenu du principe de non-substitution, quand bien même nous ne serions pas forcément convaincus par la solution d'espèce, nous ne trouvons pas à redire. Pour autant, il ne s'agit pas d'une totale procéduralisation du contrôle : si jamais la solution semble manifestement déraisonnable et excède la marge d'appréciation reconnue aux États, la Cour reprend la main.

Parfois nous retenons le terme « arbitraire » que je trouve très stigmatisant pour les juridictions internes qui ont bien souvent essayé de faire correctement leur travail. Je préfère les formules « manifestement déraisonnable » ou « excédant la marge d'appréciation », qui reposent sur des termes selon moi mieux choisis.

L'idée générale est que nous nous réservons la possibilité de démentir les juridictions internes, compte tenu du résultat auquel elles sont parvenues. D'une certaine façon, il s'agit d'une question d'équilibre général de la solution. Cela implique des devoirs de part et d'autre : un devoir de veille et de loyauté de la part des juges internes, et un devoir de clarté, de lisibilité et de sécurité juridique dans la définition de notre jurisprudence, qui doit être cohérente, stable et accessible. C'est pour cela que la Grande Chambre, dans des affaires récentes et désormais de plus en plus souvent, tente de dégager des modes d'emploi, des batteries de critères. Il ne s'agit pas, pour les juridictions internes, de les recopier, nous ne sommes pas là pour imposer une manière de faire, et nous admettons évidemment des formes de contrôle qui seraient un peu différentes, compte tenu des traditions judiciaires et des contextes nationaux, mais qui auraient un « effet équivalent ». Cela implique de notre part, presque paradoxalement, dans le cadre d'un contrôle très formel, de ne pas être formaliste.

## 7. Le risque de double standard

**RJSP** : Dans la recherche de la responsabilité partagée et d'une plus grande marge d'appréciation des États, une partie de la doctrine s'inquiète du risque de double standard des droits fondamentaux, et d'un morcellement de la jurisprudence de la Cour en matière de protection des droits de l'Homme. Cette peur est-elle selon vous justifiée ?

**Pensez-vous que l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention le 16 août 2018, offrant à la Cour la possibilité de déterminer formellement le cadre juridique à propos d'une question de droit et ainsi anticiper les éventuelles dissensions de jurisprudences entre les États membres permettra, à terme, de tarir ces inquiétudes ?**

**MG** : Le droit de recours individuel est la pierre angulaire du dispositif conventionnel. C'est lui d'ailleurs qui assure l'effectivité des droits protégés. Si nous pouvons dire que nous protégeons des droits « concrets et effectifs » et non pas

« illusoires et abstraits »<sup>13</sup>, c'est grâce à la possibilité pour chacun de venir à la Cour, après épuisement des voies de recours internes, pour se plaindre d'une violation dont il est victime. Ce droit de recours individuel a pour conséquence que nous sommes toujours saisis de litiges particuliers, avec des violations incarnées, donnant lieu à un contrôle *in concreto* de l'affaire.

Cela entraîne nécessairement des approches casuistiques. Au-delà du fait que l'on ne juge qu'un litige, notre appréciation de telle ou telle question est toujours liée au cas d'espèce. C'est notre raison d'être, notre titre de légitimité. Les critiques peuvent dès lors se nourrir de cette approche casuistique pour souligner le caractère imprévisible de la jurisprudence de la Cour ou même le morcellement des réponses qu'elle apporte à des questions qui vont pourtant se poser dans des termes analogues dans plusieurs litiges et de nombreux États.

Je crois que c'est un risque que la Cour sait toutefois éviter.

Vous avez, à raison, mobilisé le Protocole n° 16 : c'est un outil complémentaire du contrôle concret que nous exerçons dans le cadre des recours individuels, *via* l'exercice d'une nouvelle compétence (répondre à une demande d'une juridiction interne pour rendre un avis sur telle ou telle question de droit). Nous pouvons à ce titre, à la demande d'une juridiction, dégager des grandes lignes de réponse à une question de droit donnée. Je parlais tout à l'heure de la lisibilité de notre jurisprudence : je pourrais également parler de sa visibilité dans un souci de privilégier davantage de prévisibilité dans son application.

Sur des questions inédites, nous pouvons envoyer des signaux, donner des indications dont se saisiront ensuite les juges nationaux avant que la Cour, éventuellement, en connaisse elle-même et confirme, nuance ou infirme leur raisonnement. Je crois donc que c'est un outil très important qui représente une sorte de stabilisateur complémentaire du système et qui s'inscrit véritablement dans le cadre de la subsidiarité et dans l'idée que l'on doit se faire, à mon sens, du dialogue des juges, à la fois pétri de confiance et produit d'une œuvre collective conçue dans le cadre d'une démarche constructive qui est la seule manière pour les juridictions de concevoir leurs compétences respectives.

Quel est le risque du double standard, évoqué au début de votre question ? C'est l'idée que l'on appliquerait la Convention à géométrie variable, que l'on aurait telle exigence dans tel État et telle autre s'agissant du même droit ou de la même question de droit dans un autre État : il n'en est pas question. C'est quelque chose que la Cour a toujours refusé par principe, et tout notre travail consiste à ne jamais donner à un litige une solution qui ne serait pas éventuellement transposable, dans les grandes lignes de principe sur laquelle elle repose, à l'ensemble des 47 États membres, tout en respectant les circonstances de l'espèce dans le cadre du contrôle *in concreto* déjà évoqué.

C'est précisément pour cela que parfois, il est reproché à la Cour de ne pas aller assez loin dans le raisonnement. Il faut bien comprendre que notre travail s'inscrit entre deux pôles : le cas concret d'une part, que nous devons régler en priorité, et l'échelle européenne d'autre part. Dans ce cadre, les principes que nous allons mobiliser, les standards que nous allons dégager comme socle commun de garanties minimales à respecter doivent pouvoir valoir pour les 47 États membres du Conseil de l'Europe.

C'est donc entre ces deux pôles que s'inscrit notre office, et je crois que l'on comprend bien, dans cette perspective, en quoi le refus du double standard guide notre métier, l'exercice de nos fonctions. En réglant le litige au niveau « *micro* », nous envoyons des signaux au niveau « *macro* » ; il faut donc que les standards que nous dégageons soient applicables partout, car il ne serait pas tolérable que la Convention s'applique différemment selon l'endroit où l'on se trouve au sein du Conseil de l'Europe.

13. CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73.

## 8. Les défis à venir pour la Cour dans le cadre de la responsabilité partagée

**RJSP :** Nous souhaiterions enfin savoir quels sont, selon vous, les défis auxquels est confrontée la Cour européenne pour les années à venir dans la recherche d'un affermissement de la responsabilité partagée avec les États dans l'application des droits de la Convention ?

**MG :** La Cour est, depuis sa création, toujours confrontée à des défis, qui d'ailleurs s'ajoutent les uns aux autres, car je crois que le renouvellement des défis fait que les nouveaux ne remplacent pas les précédents : ils s'y ajoutent.

Vous parlez des nouveaux défis ; je crois qu'il y a un défi important, qui ne date pas d'aujourd'hui, mais qui résonne désormais de manière très contemporaine, et que nous partageons avec la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Il s'agit de faire en sorte que les ordres juridiques européens ne s'entrechoquent pas mais convergent dans la mesure du possible. La reprise des négociations sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention pourrait en ce sens représenter une réponse politique à ce besoin de mise en cohérence, mais dans l'attente, il y a déjà un certain nombre de dispositifs que nous mettons en place pour faire en sorte que cette harmonie règne dans la mesure du possible.

Nous entretenons par exemple des échanges bilatéraux, et la Cour vient d'être admise comme observateur dans le réseau juridique de la Cour de Luxembourg ; la réciproque est vraie pour la CJUE, qui rejoint le réseau des cours supérieures de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce partage du savoir (« *knowledge sharing* ») est capital, c'est le point de départ du travail de mise en cohérence. Si l'on ignore ou si l'on ne comprend pas bien ce que l'autre fait, il y a peu de chances que les réponses coïncident.

Nous nous sommes également dotés de dispositifs juridiques importants, comme la présomption de protection équivalente créée par la jurisprudence *Bosphorus*<sup>14</sup> qui est un outil puissant de mise en cohérence. C'est un défi qui n'est pas récent mais toujours actuel, qui traduit le souci des cours européennes de marcher d'un même pas et de créer les conditions d'une coordination globale au service d'objectifs partagés.

L'autre défi, qui n'est pas propre à la Cour, et partagé dans tous les États et dans toutes les juridictions de ces États, est l'accumulation des crises. Crises terroristes, sanitaires, climatiques. Les États doivent s'adapter et les juges sont amenés à définir de plus en plus souvent de nouveaux points d'équilibre entre les règles qu'appelle la réponse à ces crises d'une part, et le respect des droits fondamentaux d'autre part.

Sans aller plus loin, il est important de rappeler que, dans un tel contexte, il faut tenir le cap et s'interroger sur les moyens dont dispose chaque acteur. Or, je le dis très clairement, le juge ne peut pas tout. Il a évidemment un rôle à jouer mais on ne peut pas exiger de lui qu'il apporte toutes les réponses aux problématiques en jeu, en lieu et place des autres acteurs concernés : ce n'est ni possible ni souhaitable.

Je dirai que le dernier défi est un défi plus managérial, un défi de bon fonctionnement de la justice. En ce sens, le président de la Cour, Robert Spano, a mis en place une « *impact strategy* », très importante, que nous nous efforçons de mettre en œuvre avec beaucoup de rapidité et d'efficacité. L'idée de cette nouvelle stratégie est la suivante : pour que la Cour compte, il ne faut pas seulement qu'elle rende de bonnes décisions, ce que nous nous efforçons toujours de faire, il faut également qu'elle les rende dans de bonnes conditions. Cela passe par une réduction de nos délais de jugement, la mise en place d'une politique de priorisation plus fine des affaires, et notamment la capacité à traiter des litiges à fort enjeu, plus vite, et à savoir combiner le temps très court de la mesure provisoire prévue par l'article 39 du Règlement de la Cour avec le temps plus long qu'impliquent nécessairement la préparation et la résolution d'une affaire portée devant la Grande Chambre.

Il faut aussi repenser à l'articulation entre les différentes voies procédurales ouvertes au sein de la Cour qui permettent, du juge unique au comité jusqu'aux affaires de chambre ou de Grande Chambre, d'affiner les réponses judiciaires à la pluralité des questions qu'elles posent.

C'est un défi très important, sur lequel nous devons encore progresser. Nous sommes mobilisés pour cela, et je crois qu'il est essentiel de montrer que nous nous appliquons à nous-mêmes les exigences que nous faisons peser sur les juridictions nationales, s'agissant du droit au recours effectif<sup>15</sup> ou du droit au procès équitable<sup>16</sup>.

Ce souci d'exemplarité est à la fois un bon signal et un bon symbole. ■

14. CEDH, Grande Chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Airlines Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98.

15. Conv. EDH, art. 13.

16. Conv. EDH, art. 6.

## 6 No more common understanding of fundamental rights ?

About the looming fundamental rights patchwork in Europe and the chances for the current negotiations on EU-accession to the ECHR to help avoid it



Johan CALLEWAERT\*,

*Deputy Grand Chamber Registrar at the European Court of Human Rights, Observer for the European Court of Human Rights in the negotiations between the Member States of the Council of Europe and the European Commission on EU-accession, Professor at the Universities of Louvain and Speyer*

1 - The picture regarding the protection of fundamental rights in Europe today increasingly looks like a patchwork, due to a lack of coordination at different levels. Developments reinforcing that picture include the emergence of different methodologies for the application of fundamental rights, Constitution-based challenges to European law by national Supreme Courts, codifications of existing case-law and the creation of so-called « hybrid » institutions.

2 - The resulting complexity is a challenge for domestic courts, a threat to the confidence of citizens and detrimental to the fundamental rights themselves, their special role and authority being gradually eroded by a general relativism.

3 - EU-accession could have an anti-patchwork effect and represent a chance for a general coordination of fundamental rights in Europe. Beyond making the Convention binding upon the EU, it would also have a pan-European (re)structuring effect by confirming the Convention as the minimum benchmark providing both the bedrock and the framework for any other national or European fundamental rights as well as for the necessary judicial dialogue on the latter.

4 - Good progress has been achieved since the resumption of negotiations for EU-accession, justifying cautious optimism as to the possibility to find adequate solutions to the outstanding issues.

### 1. Europe on the way to a fundamental rights patchwork

5 - Fundamental rights in Europe have always been characterized by some degree of diversity, if only because of the diversity of the domestic legal systems involved and the variety of interpretations they give to fundamental rights. At the same time, in the face of that diversity, there has also been a growing awareness of the need to acknowledge what those many rights have in common, i.e. what was « universal » about them, and of the collective responsibility resulting from it.

6 - Ever since the run-up to the creation of the Convention system, it was indeed felt that in the face of national diversities, the best way to preserve the authority of the most essential fundamental rights, called « human rights », was to agree at interna-

tional level on a common minimum standard of protection which would be determined by an international mechanism operating with the participation of all concerned. Being backed-up in this way by the international community and sheltered from national drops in protection, those rights could serve as a beacon and give guidance across the continent on what the minimum protection of every human being ought to be. The idea of the European Convention on Human Rights was born. It was not meant to impose a uniform but only a minimum standard, which however would be univocal and binding, so as to preserve both the authority of the rights concerned and legal certainty about their requirements. In other words, a single European reference point which is determinative of the minimum content of all other fundamental rights.

7 - Yet, seventy years on, that common minimum understanding of fundamental rights finds itself under heavy pressure. The picture regarding the protection of fundamental rights in Europe today indeed looks increasingly like a patchwork, with not one but several reference points emerging and competing with each other because of a lack of coordination between their different national and European sources. This makes it increasingly difficult for domestic courts to find their way through the multitude of formulations and interpretations given to rights which, in the end, are very often meant to address the same concerns but are nonetheless given different wordings with different nuances and/or methodologies. Only recently, Frank Clarke, Chief Justice at the Supreme Court of Ireland stated in Strasbourg :

« Whatever the influence of international instruments within the national legal order and however those instruments interact with national human rights measures, the net result at the end of the day has to be a single answer. It is in those circumstances that the existence of an increasing range of international instruments which, to a greater or lesser extent, potentially influence the result of individual cases within the national legal order needs to be debated. We may not need to harmonise our human rights laws in the strict sense of that term but can I suggest that we do need a coherent and harmonious human rights order. »<sup>1</sup>

1. Frank Clarke, « Who Harmonises the Harmonisers ? », speech held at the Ceremony for the Opening of the Judicial Year of the European Court of Human Rights, 31 January 2020, published in *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 32 (34) 2020. In the

\* All views expressed are strictly personal.

8 - This problem has long had one of its main sources in some occasional discrepancies between the Strasbourg and Luxembourg jurisprudence. However, it now seems to be taking on a new, more comprehensive dimension with some recent developments such as the emergence of different methodologies for the application of fundamental rights, Constitution-based challenges to European law by national Supreme Courts, codifications of existing case-law and, last but not least, the creation of so-called « hybrid » institutions subject to different standards.

9 - The first part of the following observations will present and discuss some illustrations of the on-going developments referred to above, both in the field of jurisprudence and legislation. In the second part the question will be asked whether the current negotiations on EU-accession to the Convention could also represent a chance to remedy the patchwork situation thus emerging.

## A. - A looming jurisprudential patchwork

### 1° Methodological differences

10 - At jurisprudential level, the looming patchwork is not least the result of some methodological differences characterizing the relationship between the Convention and EU law in some areas, notably in the field of mutual recognition. The starting point in assessing their impact is the fact that EU Member States remain liable under the Convention for any acts performed under Union law. Consequently, domestic courts are bound to apply Union law in a manner which is compatible with the Convention<sup>2</sup>. Hence the need for these requirements to be mutually compatible, not only in terms of their substance but also of their methodology. The latter is perhaps the trickiest aspect.

11 - One of the most recent and striking illustrations of the situation resulting from such methodological differences and their consequences for domestic courts is provided by the judgment given by the ECtHR in the case of *Bivolaru and Moldovan v. France*<sup>3</sup>. The case concerned the applicants' surrender by France to the Romanian authorities under European arrest warrants issued for the purpose of the execution of their prison sentences. Interestingly, the judgment also deals, if only indirectly, with the « two-step » methodology ordered by the CJEU to be applied when assessing whether fundamental rights invoked by an applicant, such as the prohibition of ill-treatment or the right to a fair trial before an independent court, preclude this person's surrender pursuant to a European arrest warrant. In the recent case of *Openbaar Ministerie*, which concerned an objection to the execution of a European arrest warrant based on the right to a fair trial before an independent court, the CJEU described this methodology as follows :

The possibility of refusing to execute a European arrest warrant on the basis of Article 1(3) of Framework Decision 2002/584, as interpreted in that judgment, presupposes a two-step examination. In the context of a first step, the executing judicial authority of the European arrest warrant in question must determine whether there is objective, reliable, specific and properly updated material indicating that there is a real risk of breach of the fundamental right to a fair trial guaranteed by the second paragraph of Article 47 of the Charter, on account of systemic or generalised deficiencies so far as concerns the independence of the issuing Member State's judiciary... In the context of a second step, that authority must determine, specifically and precisely, to what extent those deficiencies are liable to have an impact at the level of the courts of that Member State which have jurisdiction over the proceedings to which the requested person will be subject and whether, having regard to his or her personal situation, to the nature of the offence for which he or she is being prosecuted and the factual context in which that arrest warrant was issued, and in the light of any information provided by that Member State pursuant to Article 15(2) of Framework Decision 2002/584, there are substantial grounds for believing that that person will run such a risk if he or she is surrendered to that Member State.<sup>4</sup>

12 - In combining a general with an individual test, this « two-step » methodology seems the result of some efforts by the CJEU in trying to reconcile the Luxembourg system-oriented approach, flowing from the mutual recognition logic, with the Strasbourg person-oriented approach, flowing from an individual justice logic. It does however mean that, as a pre-condition to any assessment of the individual situation of the person concerned, evidence of shortcomings on a sufficiently large scale be first adduced by that same person. This can seriously affect the level of protection enjoyed by the individual concerned, in two different respects. First, from a substantive point of view, because some shortcomings in the protection of an individual do not necessarily need to be of a systemic or general nature but can be linked to particular circumstances of their personal biography. Secondly, from a procedural perspective, because adducing evidence of systemic deficiencies represents a heavy and complex burden of proof for an individual.

13 - Interestingly, in *Bivolaru and Moldovan* the ECtHR clearly distinguishes between the substance and the methodology of the right at stake, i.e. the prohibition of ill-treatment, which is laid down with the same wording in Articles 3 of the Convention and 4 of the EU-Charter. While it acknowledges a convergence between the Strasbourg and the Luxembourg jurisprudence as regards the substance of the right concerned<sup>5</sup>, it does not extend that finding to the Luxembourg « two-step » methodology which it only describes before focusing on the individual risks incurred by the two applicants, thereby sticking to its own – more protective – one-step-approach. The latter does not of course prevent the ECtHR from having regard to the general situation prevailing in a country, but it does not make evidence on this score a pre-condition to any findings regarding the individual circumstances of the person concerned and the risks incurred in the event of their surrender.

14 - Thus, in respect of Mr Moldovan, the ECtHR found a « manifest deficiency » resulting in a violation of Article 3 because the French courts had surrendered him, even though they had before them sufficient factual elements indicating that he would be exposed to a serious risk of ill-treatment because of the detention conditions in the prison in which he would be detained after his transfer. These factual elements only concern-

same sense : Beatrijs Deconinck, First President of the Belgian Court of cassation, in : *Le métier de juge*, Journal des tribunaux, p. 847, 2019.

2. EU Member States are indeed considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention (ECtHR, *Bosphorus Hava Yollari Turizm V<sup>e</sup> Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* (« *Bosphorus v. Ireland* »), 45036/98, § 154, 30 June 2005).

3. ECtHR, *Bivolaru and Moldovan v. France*, 40324/16 and 12623/17, 25 March 2021. On this judgment, see Johan Callewaert, *The European Arrest Warrant under the European Convention on Human Rights : A Matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, Zeitschrift für Europäische Studien, Saarbrücken, special issue, p. 105 (2021) ; William Julié & Juliette Fauvarque, *Bivolaru and Moldovan v. France : A New Challenge for Mutual Trust in the European Union ?*, available at [https://strasbourgobservers.com/2021/06/22/bivolaru-and-moldovan-v-france-a-new-challenge-for-mutual-trust-in-the-european-union/], 22 June 2021, last consulted on 1 August 2021 ; Sébastien Platon, *La présomption Bosphorus après l'arrêt Bivolaru et Moldovan de la Cour européenne des droits de l'homme : un bouclier de papier ?*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, p. 91, 2022.

4. CJEU, *Openbaar Ministerie*, joined cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, §§ 53-55, 17 December 2020.

5. *Bivolaru and Moldovan*, § 114.

ned the personal situation of Mr Moldovan, as opposed to any systemic or generalised deficiencies. At no point in the judgment did the ECtHR inquire about the systemic or generalised nature of any deficiencies in the Romanian prison system, contrary to the French courts which were bound by EU law to apply the « two-step » examination.

15 - The fact remains, though, that this level of complexity resulting from divergent methodological standards represents a challenge for domestic judges in their day-to-day practice, with potentially significant consequences. It is indeed the case that, in practical terms, domestic courts may engage a Member State's Convention liability for not refusing to execute a European arrest warrant where a real and individual risk of ill-treatment in the event of the surrender of a person has been duly established without there being evidence, as required by EU law, of a link between that individual risk and any systemic or generalised deficiencies.

16 - Other methodological differences<sup>6</sup> have emerged in cases such as those raising the question whether the courts of a Member State to which a child was abducted can be allowed under the Brussels II bis Regulation to refuse the forced return of that child to the Member State where he/she was habitually resident immediately before removal, when this is clearly in the child's best interest<sup>7</sup>. The *non bis in idem* principle, which prohibits the double punishment in criminal law, is another example of serious methodological differences generating more legal uncertainty<sup>8</sup>.

## 2° Constitution-based challenges by national supreme courts

17 - Adding to the patchwork situation increasingly characterising the case-law on fundamental rights are some recent Constitution-based rulings by national Constitutional or Supreme Courts challenging European law in general or some of its provisions in particular.

In this context, one should mention, among others : the Constitutional Court of the Russian Federation opening up the possibility for State organs to request its opinion on whether a judgment by the ECtHR would be « impossible to implement » because it would go against the foundations of the Russian constitutional order<sup>9</sup> ; the German Constitutional Court decla-

ring the ruling by the CJEU in the case of *Weiss*<sup>10</sup>, which concerned the legality of the European Central Bank's decisions on the Public Sector Purchase Programme, to be « objectively arbitrary » and incompatible with the German Constitution<sup>11</sup> ; the Polish Constitutional Tribunal first declaring several provisions of the Treaty on European Union to be inconsistent with some provisions of the Constitution<sup>12</sup> and soon after finding that Article 6 § 1, 1st sentence, of the Convention, insofar as the term « tribunal » used in that provision comprises the Constitutional Tribunal and insofar as it grants the ECtHR jurisdiction to review the legality of the process of electing judges to the Constitutional Tribunal, to be inconsistent with some provisions of the Constitution<sup>13</sup> ; the French *Conseil d'État*<sup>14</sup> and the French *Conseil constitutionnel*<sup>15</sup> each making some Constitution-based reservations in respect of the effects of EU law. Meanwhile, the British Minister of Justice recently revealed plans designed to overhaul the Human Rights Act and to allow judges to override rulings from the ECtHR rather than following them « blindly. »<sup>16</sup>

Regardless of whether each of these moves can claim legitimacy, it is fair to say that even if they may seem isolated events, when considered together they nonetheless reveal a pattern which, if not properly addressed, could well become contagious and accelerate the on-going trend away from the common understanding on which the European fundamental rights architecture is based to a large extent<sup>17</sup>.

## B. - A looming legislative patchwork

### 1° Case-law codifications

18 - Legislation too is subject to initiatives which tend to increase the extent of the fundamental rights patchwork in Europe. Of significant impact in this context are the EU Directives codifying the case-law on certain procedural rights in criminal proceedings, pursuant to the « Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal

10. CJEU, *Weiss* e.a., C-493/17, 11 December 2018.

11. German Federal Constitutional Court, 2 BvR 859/15, 5 May 2020. On this, see Vlad Constantinesco, *Coup de semonce ? Coup de force ? Coup d'épée dans l'eau ? A propos de l'arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne du 5 mai 2020*, *Journal de droit européen*, p. 264, 2020 ; Dimitrios Kyriazis, *The PSPP judgment of the German Constitutional Court : An Abrupt Pause to an Intricate Judicial Tango*, available at [<https://europeanlawblog.eu/2020/05/06/the-pspp-judgment-of-the-german-constitutional-court-an-abrupt-pause-to-an-intricate-judicial-tango/>] 6 May 2020, last consulted on 19 January 2022.

12. Constitutional Tribunal of the Republic of Poland, judgment K 3/21, available at [<https://tribunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>], 7 October 2021, last consulted on 19 January 2022. On this, see Takis Tridimas, *L'arrêt qui va trop loin*, *Revue de droit européen*, p. 409, 2021.

13. Constitutional Tribunal of the Republic of Poland, judgment K 6/21, available at [<https://tribunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11709-art-6-ust-1-zd-1-konwencji-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci-w-zakresie-w-jakim-pojeciem-sad-obejmuje-trybunal-konstytucyjny>], 24 November 2021, last consulted on 19 January 2022.

14. Conseil d'État, n° 393099, *French Data Network et al.*, n° 394922-397851 et al., 21 April 2021. On this, see Denys Simon, *Retour des monologues juridiques croisés ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire « French Data »*, *Europe, Etude* 2, June 2021.

15. Conseil constitutionnel, n° 2021-940 QPC, *Société Air France*, 15 October 2021. On this, see Henri Labayle, *Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel*, *Europe, Etude* 6, December 2021.

16. Haroon Siddique & Rajeev Syal, *Raab to claim overhaul of human rights law will counter « political correctness »* *The Guardian*, 14 December 2021.

17. In this sense : Denys Simon, *Juridictions nationales : virus de l'identité nationale, où est le vaccin ?*, *Europe*, p. 1 December 2021.

6. On these methodological differences in general, see Johan Callewaert, *Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU-accession to the ECHR and its consequences*, *Common Market Law Review*, p. 1699, 2018. An overview of recent examples showing how the Convention and EU law interact in the European case-law can be found at [<https://johan-callewaert.eu/recent-relevant-case-law>].

7. Compare CJEU, *Deticek*, C-403/09 PPU, 23 December 2009 and CJEU, *Povse*, C-211/10 PPU, 1 July 2010, with ECtHR, *O.C.I. and Others c. Romania*, 49450/17, 21 May 2019.

8. Compare ECtHR, *A and B v. Norway*, 24130/11 and 29758/11, 15 November 2016, with CJEU, *Menci*, C-524/15 (20 March 2018). On these differences, see Johan Callewaert, *supra* note 7, p. 1707. See also Léa Maulet, *Le principe ne bis in idem, objet d'un « dialogue » contrasté entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, p. 107, 2017 ; Laure Milano, *Le principe non bis in idem devant la Cour de Luxembourg, vers un abaissement de la protection accordée au principe*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, p. 161, 2019.

9. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation, n° 21-PG (14 July 2015) ; *Rossiskaya Gazeta* Federal Edition n° 163, 27 July 2015. On this, see Bill Bowring, *Russia and the European Convention (or Court) of Human Rights : the End ?*, *Revue québécoise de droit international*, special issue, p. 201 (206), 2020 ; Maria Smirnova, *Russian Constitutional Court Affirms Russian Constitution's Supremacy over ECtHR Decisions*, available at [<https://www.ejiltalk.org/russian-constitutional-court-affirms-russian-constitutions-supremacy-over-ecthr-decisions/>], 15 July 2015, last consulted on 19 January 2022.

proceedings. »<sup>18</sup> The Directives already adopted on this basis cover *inter alia* such topics as the right to translation and interpretation<sup>19</sup>, the right to information<sup>20</sup>, the right to access to a lawyer<sup>21</sup> and the presumption of innocence<sup>22</sup>.

19 - These initiatives are in principle to be commended as a contribution to ensuring a more harmonious level of protection of these rights in the EU, with a view to facilitating the mutual recognition of national judicial decisions across the twenty-seven Member States<sup>23</sup>. Yet, it nonetheless remains a delicate endeavour to try and codify a subject matter such as procedural fundamental rights, which is primarily the result of a dynamic case-law resulting from the application of Articles 6 of the Convention and 47-48 of the EU-Charter, without freezing that case-law or creating tensions between the law and the case-law on the same rights. It is indeed a well-known fact that the Convention is a « *living instrument* » and is interpreted accordingly by the ECtHR, with the consequence that its rights must on occasion be adapted to new situations and their requirements refined. Will these Directives be updated accordingly? Or will they turn into a static alternative to a dynamic case-law after some time, thus generating another patchwork?

20 - Already now, and to take just one example, there is clearly no perfect match between the rights laid down in the Directive on access to a lawyer and the Strasbourg case-law on the same topic. On some issues, such as the scope of the assistance by a lawyer, the Directive would appear to provide a higher level of protection than the Strasbourg case-law. On others, a lower protection seems to result notably from the fact that some forms of assistance are made contingent on their also being provided for under the relevant national legislation. Unfortunately, the CJEU case-law on these issues is still rather scarce, which makes it difficult to anticipate how these differences will play out in practice.

21 - Admittedly, the Directives mentioned above contain a so-called non-regression clause stipulating that they shall not be construed as limiting or derogating from any of the rights that are ensured under the Charter, the Convention or any other relevant provisions of international or domestic law laying down a higher level of protection. However, the challenge for the courts here will be to compare those different co-existing sources and their respective protection levels, with a view to figuring out whether the non-regression clause should be applied in the first place. This can be a tricky and time-consuming exercise. In any event, this type of legal constellation is likely to produce quite some additional complexity for domestic courts and citizens alike, thereby only reinforcing the patchwork effect described above.

## 2° Hybrid institutions and dual standards

22 - A further recent and serious challenge to the common understanding of fundamental rights on the legislative side

18. Resolution of the Council on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, 30 November 2009.
19. Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, 20 October 2010.
20. Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings, 22 May 2012.
21. Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, 22 October 2013.
22. Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, 9 March 2016.
23. In this sense, see Directive 2013/48/EU above, Recital 4.

comes from the new generation of hybrid institutions which operate on the basis of a cooperation of EU and domestic agents. The most striking examples of this phenomenon are the Frontex Agency<sup>24</sup> and the European Public Prosecutor's Office (« EPPO »)<sup>25</sup>.

23 - Another kind of patchwork is indeed looming here. In terms of the protection of fundamental rights, the issue arising in connection with this new type of structure flows from the fact that its components, despite working together on the same facts or persons, are not subject to the same corpus of fundamental rights, the EU itself not being a Contracting Party to the Convention whereas the Member States are. As a result, the respective actors involved in the same set of proceedings are no longer answerable to the same institutions either, including for their compliance with fundamental rights. Citizens may therefore have to rely on different legal sources setting different fundamental rights standards, and/or address themselves to different authorities, depending on whether the legal acts they want to challenge, even though performed in the context of the same proceedings, were so on behalf of a domestic or an EU institution. All of this is generating another layer of complexity and legal uncertainty in an area which, by itself, is already very complex.

24 - The newly created EPPO, governed by Regulation 2017/1939 establishing the European Public Prosecutor's Office (« *the Regulation* ») and in charge of prosecuting offences against the Union's financial interests, provides a practical illustration of that emerging reality. In terms of its structure, the striking feature is the fact that while the EPPO is an EU office operating in the interest of the sole EU, it does so by relying on the operational and judicial support of the Member State in which the case is being investigated and prosecuted by the EPPO. The latter has therefore been given a two-level structure combining a centralised European level with a decentralised national level, the investigations and prosecutions on the ground being carried out at domestic level by national prosecutors acting as so-called European Delegated Prosecutors (the EDPs). Thus, the EDPs are at the same time members of the EPPO and members of their own national judiciary. They act on behalf of the EPPO in their respective Member States and have the same powers as national prosecutors<sup>26</sup>. In addition, the system relies to a large extent on the national enforcement and the national judicial authorities<sup>27</sup>.

25 - One of the legal challenges posed by the EPPO structure lies in the fact that it combines partners who are not subject to the same corpus of European fundamental rights, the national authorities being in principle bound by both the Convention and

24. Regulation 2019/1896 on the European Border and Coast Guard (13 November 2019). On this, see Romain Tinière, *Le règlement 2019/1896 et le renforcement des compétences de Frontex*, *Journal de droit européen*, p. 10, 2021.

25. On the EPPO, see among many others, Morgana Bonneure & Michaël Fernandez-Bertier, *Habemus executorem ! La création du parquet européen*, *Journal de droit européen*, p. 42, 2018; Chloé Brière, *Le parquet européen : analyse critique d'une réussite tempérée par d'importants défis à relever*, *Cahiers de droit européen*, p. 149, 2019; Constance Chevallier-Govers & Anne Weyembergh (edit.), *La création du Parquet européen – Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen ?*, 2021; Peter Csonka, Adam Juszcak & Elisa Sason, *The Establishment of the European Public Prosecutor's Office*, *eucri*, p. 125, March 2017; Francesco De Angelis, *The European Public Prosecutor's Office*, *eucri*, p. 272, April 2019; Katalin Ligeti & Vanessa Franssen, *Le contrôle juridictionnel dans les projets de parquet européen*, in: Geneviève Giudicelli-Delage, Stefano Manacorda & Juliette Tricot (dir.), *Le contrôle judiciaire du parquet européen – nécessité, modèles, enjeux*, Société de législation comparée, p. 127, 2015; Alexandre Met-Domestici, *The Hybrid Architecture of the EPPO*, *eucri*, p. 143, March 2017; Ante Novokmet, *The European Public Prosecutor's Office and the Judicial Review of Criminal Prosecution*, *New Journal of European Criminal Law*, p. 374, 2017.

26. Art. 13 of the Regulation.

27. Recital 69 of the Regulation.

EU law whereas the EPPO, as an EU office, is only subject to EU law. Consequently, the hybrid structure of the EPPO gives rise to the application of a hybrid fundamental rights framework. As a result, under this new scheme the national courts may end up applying Convention standards to a prosecution which was carried out by an authority which was not itself bound by the Convention and may therefore not have complied with it, e. g. by not applying the more protective Strasbourg interpretation of the *non bis in idem* principle<sup>28</sup>, while having nonetheless acted lawfully under Union law.

26 - This may also have repercussions in Strasbourg, in the context of applications challenging judgments by the national courts handing down convictions based on the Regulation. In this setting, the Member States concerned can be expected to be answerable for any determinations made by their own courts regarding prosecutions by the EPPO<sup>29</sup>. Thus, they will find themselves as respondents in Strasbourg on account of prosecutions which were initiated, steered and controlled by an EU body and for the exclusive benefit of the EU, which is not itself subject to the Convention. In this capacity, they will be held accountable for any breaches of the Convention resulting from these prosecutions and left unremedied by their own courts, notably those which might stem from the fact that the EPPO, although faithfully complying with EU fundamental rights, did not meet the Convention minimum. To this extent, the EPPO scheme entails a distortion of the hitherto prevailing principle, according to which, the single and overall responsibility of States under the Convention is the logical consequence of their full control over – and full benefit from – the actions being challenged in the application.

27 - Moreover, the fact that EPPO proceedings are to be conducted under a double corpus of fundamental rights, one for the prosecution – by the EPPO – and another for the adjudication – by the national courts –, is a case of « *double standards* » distorting the uniformity which should in principle characterize, throughout criminal proceedings, the fundamental rights applied to the latter, as required by the rule of law. Where this results in a failure to comply with the Convention, the Member State concerned will, in addition, incur liability in Strasbourg. By way of example, should the EPPO have applied the less protective Luxembourg interpretation of the *non bis in idem* principle rather than the more protective Strasbourg one, and should this – whatever the reason – not have been remedied by the national courts, the Member State concerned will assume full responsibility for the finding of a violation of Article 4 of Protocol n° 7 to the Convention by the ECtHR. This would include responsibility for the execution of the judgment, which may also entail consequences for the EPPO. And even if this was remedied by the domestic courts applying the Convention standards, the question remains whether it is right in principle to let the EDPs operate under different, potentially lower standards, with the consequence that their prosecution might be declared invalid in the course of a judicial review by the domestic courts.

28. See CJEU, *Spasic*, C-129/14 PPU, 27 May 2014, ruling that Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement, which makes the application of the *ne bis in idem* principle subject to the condition that, upon conviction and sentencing, the penalty imposed « has been enforced » or is « actually in the process of being enforced », is compatible with Art. 50 of the EU-Charter. This is in contrast with ECtHR, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, 14939/03, § 110 (10 February 2009) : « Article 4 of Protocol n° 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be prosecuted or tried twice ». On the significant methodological differences in the way the two European Courts apply the *non bis in idem* principle, see *supra* note 9.

29. See, *mutatis mutandis*, ECtHR, *Barbulescu v. Romania*, 61496/08, § 110, 5 September 2017.

28 - In sum, with their involvement in this hybrid EPPO structure, the Member States take the risk of being held accountable under the Convention for actions by the EPPO which they do not fully control, which are subject to a different corpus of fundamental rights and which do not benefit them but only the EU. And the EU, for its part, takes the risk of seeing EPPO prosecutions being invalidated by domestic courts applying a Convention protection level which may be higher than the EU level<sup>30</sup>.

29 - Here too, given the quantum leap which a hybrid structure uniting components not subject to the same rules represents, the dominating impression is that of a lack of a proper coordination of fundamental rights. And with the competences of the EPPO likely to be extended beyond the preservation of the EU's financial interests, the scope of the problem can be expected to broaden in the same proportion. Or indeed even more with the operation of other hybrid institutions such as Frontex, whose activities give rise to some concerns as regards respect for fundamental rights<sup>31</sup>.

## 2. EU-accession as a chance to avoid a fundamental rights patchwork in Europe

### A. - The pan-European (re)structuring effect of EU-accession

30 - Overall, the picture resulting from the developments described above shows an increasing lack of coordination of fundamental rights at different levels. While it initially was a problem mainly limited to the case-law of the two European Courts, it is now also involving the interaction between national Constitutions and European law, some case-law codifications as well as the introduction of dual standards in single proceedings. Autonomism, constitutionalism or indeed legal nationalism are on the rise, it seems.

31 - The result is a steadily growing legal patchwork instead of the common understanding of fundamental rights envisaged by the Preamble to the Convention. A patchwork which is made of different sorts of overlapping but insufficiently coordinated national and European fundamental rights, an increasing number of them being considered autonomous, equivalent or indeed prevailing by their respective proponents, thus creating tensions and legal competition rather than harmony and legal certainty.

32 - This may perhaps be considered by some as a paradise for lawyers, but it certainly is a nightmare for national judges, since they ever more often must find their way through ever more complex and subtle distinctions regarding the respective scope, content, methodology and rank of overlapping fundamental rights, depending on whether the latter stem from a national Constitution, from the Convention, from « *simple* » or « *hybrid* » EU law or indeed from more than only one of these sources.

30. On these issues, see Johan Callewaert, *No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights ? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office*, Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés, p. 20, 2021.

31. Recently, Mr Jonas Grimheden, the fundamental rights officer of the Frontex agency told Members of the European Parliament that « Frontex could be seen as being implicated or supportive of fundamental rights violations » in some Member States. See Nikolaj Nielsen, *Frontex implicated « to some extent » in violations, says officer*, euobserver, available at <https://euobserver.com/migration/153666>, 30 November 2021, last consulted on 15 January 2022.

Stephan Harbarth, President of the German Federal Constitutional Court, recently warned in those terms against the destructive effects of an excessive complexity of the law :

« A loss of acceptance of the law and the rule of law, as well as a loss of trust in them, are perceptible in society. They are caused, among other things, by an increasing, sometimes excessive complexity of legal acts, i.e. of laws and ordinances, orders of the administration or indeed court rulings. Confidence in the law, however, also presupposes that the law is comprehensible. Otherwise, citizens can literally « no longer follow » it. »<sup>32</sup>

33 - This trend is also detrimental to the fundamental rights themselves, their special role and authority being thereby gradually eroded by a kind of general relativism resulting from the fact that virtually every fundamental right, it would appear, can nowadays be made the subject of different interpretations by different courts which are occasionally also pitched against one another. Yet, even those who, like Andreas Voßkuhle, advocate the mobile rather than the pyramid as the appropriate concept to approach the multi-level reality of fundamental rights today, insist on the need for coordination and consistency between the overlapping human rights catalogues. After all, he stated in Strasbourg, « we do not want the mobile and its strings to turn into a spider's web in which those who seek protection get entangled. »<sup>33</sup>

34 - Such coordination will certainly not happen overnight, it being a long and complex process. At the same time, the experience of the last decades shows that judicial dialogue, while very important, cannot achieve that on its own, and certainly not at the scale of the European continent. It is here that EU-accession could represent a chance to help that general process take place, since its impact would indeed not be confined to the EU and its Member States or to the legal aspects involved in it.

35 - Of course, EU-accession is primarily designed to have a legal impact on the EU itself, by making the Convention binding upon it and allowing an external control by the ECtHR over the EU's actions<sup>34</sup>. That in itself would already be a significant contribution to help reduce the patchwork effect described above, as it would formally establish the Convention as official benchmark for the interpretation of EU law, something which the CJEU has so far rejected<sup>35</sup>. It would also do away with any dual standards being applied in a single set of proceedings, as is currently the case with proceedings initiated by hybrid institutions such as the EPPO, since it would ensure that all actors involved in such proceedings are equally subject to the Convention, in addition to EU law.

36 - Beyond that, however, EU-accession would also have a general political impact on all Contracting Parties to the Convention, whether EU Member States or not. The mere fact that it

would have to be agreed upon and ratified by all 47 Member States of the Council of Europe, in addition to the EU itself, would indeed make it a pan-European event implicitly reaffirming the commitment of all Contracting States to the Convention system, including the idea of a common understanding of fundamental rights underlying it.

37 - The political message which could result from such a move could make a significant difference and have an important anti-patchwork effect, in that it would, both internally and externally, confirm the Convention in its unique role as pan-European minimum benchmark providing the bedrock for all other national or European fundamental rights and at the same time setting a clear common reference point for their further developments. In other words, the Convention could on this occasion be (re)discovered as providing the cornerstone of the conceptual framework which is increasingly needed for the sake of ensuring a coordinated, stable and harmonious co-existence of the many sources of fundamental rights in Europe. In this way, EU-accession could turn out to also have a beneficial (re)structuring effect at the scale of the entire continent.

38 - This would of course not be tantamount to endorsing the *current state* of the Strasbourg case-law, which is indeed subject to fluctuations. Rather, it would, in these troubled times lacking orientation, send out a clear signal by formally (re)acknowledging the agreement on the common minimum level of protection enshrined in the Convention as the basis for a more coordinated development of fundamental rights in Europe, so as to preserve their efficiency as what they ultimately are, i.e. instruments designed to ensure that the law in all circumstances remains sufficiently human, which indeed represents a permanent challenge.

By contrast, giving up on EU-accession to the Convention would entail the risk of undermining the very idea of a collective understanding of fundamental rights, thereby opening the floodgates to more patchwork and more relativism. For why should European States remain the subject of an external control of their respect for fundamental rights if the EU is not ? This « *inequality before the Convention* » could initiate a process leading to the current European architecture of fundamental rights protection being unravelled altogether. It would also have detrimental consequences on the autonomy of EU law itself, as aptly described by Jean-Paul Jacqué, the former Director-General of the Legal Service of the EU Council<sup>36</sup>.

## B. - Progress of negotiations

39 - Even though EU-accession is an old idea, negotiations to that effect did not start before 2010, after the entry into force of the Lisbon Treaty which inserted Article 6(2) in the Treaty on European Union, thus creating the legal basis for the EU to accede to the Convention and the legal obligation for the EU to do so.

40 - These negotiations first resulted in 2013 in a unanimously adopted agreement at negotiators' level on a comprehensive package of legal instruments setting out the modalities of accession of the EU to the Convention. However, on 18 December 2014, the CJEU delivered its Opinion 2/13, concluding that the agreement was not compatible with Article 6(2) TEU or with Protocol n° 8 relating to Article 6(2) of that Treaty. This Opinion was followed by a reflection period during which the EU Member States and the European Commission internally considered how to amend the draft agreement so as to address the objections of the CJEU. This process led to the former President

32. Stephan Harbarth, *Besser als Medizin*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, p. 6, 27 January 2022 (non-official translation).

33. Andreas Voßkuhle, *Pyramid or Mobile ? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts*, speech held at the Ceremony for the Opening of the Judicial Year of the European Court of Human Rights, 31 January 2014, published in *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 36 (40) 2014.

34. On EU-accession in general and its purpose, see <https://johan-callewaert.eu/eu-accession>.

35. See, among many others, CJEU, *Facebook Ireland and Schrems*, C-311/18, §§ 98-99, 16 July 2020 : « [The Convention] does not constitute, as long as the European Union has not acceded to it, a legal instrument which has been formally incorporated into EU law... In those circumstances, the Court has held that the interpretation of EU law and examination of the legality of EU legislation must be undertaken in the light of the fundamental rights guaranteed by the Charter ».

36. Jean Paul Jacqué, *Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme est toujours à votre portée*, Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties, p. 27, March 2020.

of the European Commission informing the Secretary General of the Council of Europe on 31 October 2019 that the European Union stood ready to resume the negotiations on EU-accession to the Convention.

41 - Thus, negotiations were resumed on 22 June 2020, their focus being on addressing the objections raised by the CJEU in its Opinion 2/13. For that purpose, the points for discussion were divided up into four so-called « baskets » covering respectively the EU's specific mechanisms of the procedure before the ECtHR, including the co-respondent mechanism, inter-party applications under Article 33 of the Convention and Protocol n° 16, the principle of mutual trust between the EU Member States and the Common Foreign and Security Policy.

42 - At the end of 2021, eight sessions had been held, one of them being also devoted to hearing some representative NGOs. All topics were already addressed and provisional agreement on provisions concerning the triggering of the co-respondent

mechanism and mutual trust was virtually reached during the session which was held in December 2021<sup>37</sup>. This would appear to justify cautious optimism as to the possibility to also find adequate solutions to the remaining issues.

43 - As many said already in this context, this is probably the last chance for EU-accession and what it means for the preservation of the role of fundamental rights in Europe. Delegations will therefore hopefully remain open to the necessary compromises which negotiations on such complex issues inevitably entail. ■

---

37. See the report of that meeting : *12th Meeting of the CDDH Ad Hoc Negotiation Group (« 47+1 ») on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Meeting Report*, Council of Europe, available at [<https://rm.coe.int/cddh-47-1-2021-r12-en/1680a4e547%20>], 10 December 2021).

## 7 Le contrôle national de constitutionnalité a posteriori du droit de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence récente



Sven FRISCH\*,  
Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne

1 - Du point de vue du droit de l'Union européenne, l'affaire est entendue depuis fort longtemps. À la différence des traités internationaux ordinaires, les traités relatifs à l'Union européenne « ont institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leurs juridictions »<sup>1</sup>. Issue de cette source autonome, le droit de l'Union prime, en raison de sa « nature spécifique originale », l'ensemble des règles de droit national<sup>2</sup>, fussent-elles de nature constitutionnelle et protectrices des droits fondamentaux<sup>3</sup>. C'est à la Cour de justice de l'Union européenne qu'il revient d'interpréter ce droit en dernier ressort<sup>4</sup> et c'est à elle seule qu'il appartient d'apprécier la validité de ses normes<sup>5</sup>.

2 - Cependant, la compétence de la Cour de justice n'est que d'attribution. C'est le juge national, devant lequel certaines normes européennes sont directement invocables en vertu du principe d'effet direct, qui est le juge de droit commun du droit de l'Union et qui en assure la mise en œuvre au quotidien<sup>6</sup>. En cette qualité, le juge national est tenu de donner à la norme nationale une interprétation et une application conformes aux exigences du droit de l'Union<sup>7</sup> et, à défaut, de la laisser inappli-

quée<sup>8</sup>, le cas échéant après avoir saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Or, le juge national tire son investiture de sa constitution nationale<sup>9</sup>. Norme suprême de l'État membre, celle-ci ne peut, dans la conception classique des rapports entre ordres juridiques, « renoncer à sa suprématie sans perdre sa justification et son statut de norme suprême dans l'État »<sup>10</sup>. Dans cette conception, l'ordre juridique national ne peut reconnaître de primauté autonome au droit de l'Union, sauf à abdiquer sa qualité d'ordre juridique autoréférentiel et à se placer dans une situation de subordination vis-à-vis de l'ordre juridique de l'Union<sup>11</sup>. Dans l'ordre juridique national, la primauté du droit de l'Union procède ainsi de la seule constitution nationale, qui la « nationalise »<sup>12</sup>. La primauté du droit de l'Union est à la fois fondée sur cette constitution et limitée par elle<sup>13</sup>.

3 - Il n'est donc guère surprenant que des tensions se soient fait jour dès les années 1960 entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles allemande et italienne<sup>14</sup>. Un temps ravivées par l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht, qui ont étendu les compétences communautaires à des « sujets qui fâchent »<sup>15</sup>, ces tensions avaient progressivement cédé la place à une relation apaisée grâce à un « dialogue des juges décomplexé »<sup>16</sup> et à la « grande sensibilité aux exigences globales du

\* Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que son auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'institution pour laquelle il travaille

1. Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa*, 6/64, EU :C :1964 :66, p. 1159 et 1160.  
2. *Ibid.* René Barents souligne que le juge européen avait posé les jalons du principe de primauté dès l'arrêt du 16 décembre 1960, *Humblet/État belge* (6/60-IMM, EU :C :1960 :48, p. 1188). V. R. Barents, « The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism », *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 421, 423.  
3. Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU :C :1970 :114, point 3. Le principe de primauté est désormais repris dans la déclaration n° 17 relative à la primauté, annexée à l'acte final de la conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne (JO 2012, C 326, p. 346).  
4. V. K. Boskovits, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membre*, Bruylant, 1999, p. 70 ; et conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire *Randstad Italia*, C-497/20, EU :C :2021 :725, point 92.  
5. Arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, EU :C :1987 :452, points 17 et 18.  
6. Conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire *Commission/Belgique* (Article 260, paragraphe 3, TFUE – Réseaux à haut débit) (C-543/17, EU :C :2019 :322), note en bas de page 24.  
7. Arrêt du 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, 14/83, EU :C :1984 :153, point 28.

8. Arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU :C :1978 :49, point 21. Sur les rapports entre primauté et effet direct, V. notamment B. de Witte, « Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order », in P. Craig et G. de Búrca (dir.), *The Evolution of EU Law*, 1999, p. 178 ; O. Pfersmann, « La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, p. 138.  
9. L. Dubouis, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le Droit, Mél. en hommage à Jean Boulois*, Dalloz, 1992, p. 205, 214.  
10. V. Constantinesco, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 463, 465.  
11. R. Barents, *op. cit.*, p. 428-429.  
12. R. Barents, *op. cit.*, p. 433.  
13. J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, p. 3, 12.  
14. J.-M. Sauvé, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », intervention au Congrès du 25<sup>e</sup> anniversaire de l'Académie de droit européen, Trèves, 19 octobre 2017.  
15. K. Lenaerts, « Constitutional Relationships between Legal Orders and Courts within the European Union », intervention au 29<sup>e</sup> Congrès de la Fédération internationale de droit européen, La Haye, 4 novembre 2021.  
16. J.-M. Sauvé, *op. cit.*

système et à son harmonie » dont avaient fait preuve juges européen et nationaux dans ce cadre<sup>17</sup>.

4 - Ces dernières années, cependant, pour citer le président Lenaerts, l'« autorité de la Cour de justice a été défiée dans plusieurs États membres, non seulement par des politiciens et par la presse, mais aussi devant et même par certaines cours constitutionnelles »<sup>18</sup>. Si le phénomène reste marginal<sup>19</sup>, il n'en pose pas moins la question de l'articulation entre droit de l'Union et droit constitutionnel national avec une acuité nouvelle.

5 - À défaut de pouvoir sortir de ce que L. Dubouis a pu appeler la « contradiction entre deux prétentions opposées à la primauté »<sup>20</sup>, la plupart des juridictions suprêmes et constitutionnelles nationales se sont attachées à les coordonner au moyen de différentes formes de contre-limites, que la jurisprudence récente ne tend pas à assouplir (1). Ces modèles ne représentent, cependant, pas l'horizon indépassable de l'articulation entre droit de l'Union et droits constitutionnels nationaux. Le droit constitutionnel de plusieurs États membres et surtout le droit de l'Union lui-même offrent des voies plus conciliatrices de gestion des rapports entre ordres juridiques qui permettent d'envisager de neutraliser, voire de dépasser la contradiction (2).

## 1. Coordonner les prétentions opposées à la primauté

6 - Le modèle des contre-limites se décline sous deux formes principales, qui ont en commun d'avoir récemment fait l'objet d'interprétations expansives. Il s'agit, pour reprendre la distinction de F.-X. Millet<sup>21</sup>, des réserves de constitutionnalité (A) et des réserves de souveraineté (B).

### A. - Les réserves de constitutionnalité

7 - La notion de réserves de constitutionnalité peut se comprendre au travers de la distinction entre primauté de rang (*Anwendungsvorrang*) et primauté de validité (*Wirkungsvorrang*) que connaît le droit allemand. Tandis que la première désigne la suprématie d'une norme sur une autre dans la hiérarchie des normes, la seconde désigne la priorité d'application d'une norme en cas de conflit. Il s'agit là de principes distincts, dont la séparation est tout à fait envisageable d'un point de vue théorique<sup>22</sup>. Or, le principe de primauté du droit de l'Union est une règle de conflit<sup>23</sup>, qui n'exige ni ne suppose que les normes de ce dernier soient placées au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique national<sup>24</sup>. Il permet donc de concilier la primauté de rang du droit de l'Union dans l'ordre interne avec la préservation de la primauté de validité de la Constitution<sup>25</sup>. Les réserves de constitutionnalité tempèrent ce

découplage en réservant la primauté de rang dans l'ordre interne à des normes constitutionnelles jugées fondamentales. Celles-ci peuvent, notamment, tenir au respect des droits fondamentaux (1°) et à l'identité constitutionnelle nationale (2°).

### 1° La réserve de protection équivalente des droits fondamentaux

8 - Le contrôle a posteriori du droit de l'Union au regard des droits constitutionnels fondamentaux trouve son origine dans l'arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle allemande du 29 mai 1974. Cette dernière s'était alors réservée le droit de contrôler le droit communautaire au regard des droits fondamentaux « aussi longtemps que le processus d'intégration de la Communauté n'a[vait] pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur de droits fondamentaux arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue de droits fondamentaux consacré par la Loi fondamentale »<sup>26</sup>. En 1986, alors que la Cour de justice avait entretemps élevé au rang de principes généraux du droit les droits fondamentaux et jugé qu'elle ne pouvait « admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions [des États membres] »<sup>27</sup>, la Cour de Karlsruhe a constaté que le niveau de protection communautaire des droits fondamentaux était devenu par essence égal à celui de leur protection constitutionnelle nationale. Elle a en conséquence décidé de renoncer à sa réserve aussi longtemps qu'une telle équivalence des protections serait assurée<sup>28</sup>.

9 - Mise en suspens en Allemagne<sup>29</sup>, la réserve de protection équivalente des droits fondamentaux faisait des adeptes de l'autre côté du Rhin. Dans un arrêt d'Assemblée *Arcelor* du 8 février 2007, le Conseil d'État lui a donné sa consécration jurisprudentielle<sup>30</sup>. Après avoir lu dans l'article 88-1 de la Constitution française une obligation de transposition des directives, le Conseil d'État a élaboré une méthodologie en deux temps à l'attention du juge administratif. Saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité dirigé contre un acte de transposition d'une directive, celui-ci doit d'abord rechercher si le droit de l'Union comprend une règle ou un principe général qui, eu égard à sa nature et à sa portée, garantit l'effectivité du respect de la norme constitutionnelle invoquée. Dans l'affirmative, il doit déterminer si l'acte attaqué est conforme à cette règle ou à ce principe. En l'absence de difficulté sérieuse, il lui revient de rejeter le moyen invoqué. En présence d'une telle difficulté, il lui revient de saisir le juge de l'Union d'une question préjudicielle. En revanche, dans la négative, en l'absence de protection équivalente, il lui revient d'examiner directement la constitutionnalité de l'acte attaqué et, ce faisant, de se prononcer indirectement sur la constitutionnalité de la directive transposée.

10 - Il est vrai que le texte de l'arrêt *Arcelor* ne fait pas explicitement référence aux droits fondamentaux. La lecture des conclusions du commissaire de gouvernement M. Guyomar, qui s'inspirent notamment de l'arrêt *Solange II*<sup>31</sup> et de l'arrêt *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>32</sup>, laissent néanmoins entendre qu'il s'agissait au premier chef de

17. A. Tizzano, « La protection des droits fondamentaux en Europe et les juridictions constitutionnelles nationales », in E. Bribosia et L. Scheeck (dir.), *L'Europe des cours. Loyautés et résistances*, 2010, p. 289, 300.

18. K. Lenaerts, *op. cit.*

19. K. Lenaerts (propos recueillis par W. Janish et T. Kirchner), « Es gibt keine Guten und Bösen », *Süddeutsche Zeitung*, 2 novembre 2021, p. 2 (« In Wirklichkeit sind das Randphänomene »).

20. L. Dubouis, *op. cit.*, p. 213.

21. F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013, p. 73.

22. F.-X. Millet, *op. cit.*, p. 290.

23. K. Lenaerts, *op. cit.* V. aussi arrêt du 13 février 1969, Wilhelm e.a., 14/68, EU:C:1969:4, point 6.

24. J.-P. Jacqué, « La Cour de justice et la théorie des « contre-limites » », en ligne : <http://www.droit-union-europeenne.be/432984946>, point 2.

25. V., en ce sens, concl. M. Guyomar sur la décision *Arcelor* (« la primauté du droit communautaire, et partant, celle de la Cour de justice, gardienne naturelle des traités, ne remet pas en cause, dans l'ordre interne, la suprématie de la Constitution »).

26. BVerfGE 37, 271, point 56.

27. Arrêt du 14 mai 1974, *Nold/Commission*, 4/73, EU:C:1974:51, point 13.

28. BVerfGE 73, 339, point 132.

29. Pour une confirmation : BVerfGE 102, 147, point 59.

30. CE fr. 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique Lorraine e.a.*, FR:CEASS:2007:287110.20070208.

31. BVerfGE 73, 339.

32. Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi/Irlande*, CE:ECHR:2005:0630JUD004503698. À ce sujet, V. J.-P. Jacqué, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « *Solange II* » de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2005, p. 761.

protéger les droits fondamentaux. Il en va de même du commentaire officiel de la décision, qui évoque les « *droits et libertés consacrés par la Constitution* »<sup>33</sup>. Dans un premier temps, le Conseil d'État a ainsi cantonné l'application de la réserve *Arcelor* à l'examen de moyens par lesquels les administrés invoquaient ces droits et libertés pour demander que le droit de l'Union soit laissé inappliqué<sup>34</sup>.

11 - Mais, dans un second temps, il a opéré une inversion de perspective. De bouclier pour l'administré, la réserve *Arcelor* s'est, dans une récente affaire *French Data Network*<sup>35</sup>, transformée en épée pour l'administration. Dans cette affaire, il était question des dispositifs français de conservation et de recueil de données de connexion, dont les parties requérantes invoquaient la contrariété au droit dérivé de l'Union. Quant à l'administration, elle soutenait notamment que lesdits dispositifs ne pouvaient être écartés sans priver de garanties effectives les objectifs à 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. En réponse, le Conseil d'État a étendu la réserve *Arcelor* aux exigences constitutionnelles invoquées en défense par l'État<sup>36</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse où l'application d'une norme de droit dérivé, tel qu'interprétée par la Cour de justice, a pour effet de priver de garanties effectives de telles exigences, qui ne bénéficierait pas d'une protection équivalente en droit de l'Union, le juge administratif est tenu de « *l'écartier dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* »<sup>37</sup>. Comme le relève L. Azoulaï et D. Ritleng, « *l'il ne s'agit plus d'évaluer l'action publique à l'aune des principes découlant des exigences de protection de la personne* », mais de « *soutenir l'action publique à l'aide d'exigences tirées des missions fondamentales de l'État* »<sup>38</sup>.

12 - Ainsi élargie, la « *clause de sauvegarde Arcelor* » se rapproche de la réserve d'identité constitutionnelle du Conseil constitutionnel, elle aussi étendue à la suite d'une décision *Air France* du 15 octobre 2021<sup>39</sup>.

### 2° La réserve d'identité constitutionnelle nationale

13 - La réserve d'identité constitutionnelle fait partie de la boîte à outils de plusieurs juridictions suprêmes ou constitutionnelles, dont l'Allemagne<sup>40</sup>. Mais, c'est peut-être dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qu'elle est la plus usitée.

14 - Elle aussi fondé sur l'article 88-1 de la Constitution, la réserve d'identité constitutionnelle se distinguait traditionnellement de la réserve *Arcelor* tant par son objet que par sa méthode. Elle résulte de la décision *Droit d'auteur* du 27 juillet 2006<sup>41</sup> et de la jurisprudence qui en est issue, 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* »<sup>42</sup>. Faute de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, la Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi en cause<sup>43</sup>.

15 - Le Conseil constitutionnel s'est, cependant, longtemps refusé à identifier ces règles et principes ou à les définir. Il n'en était pas moins vraisemblable que, comme l'avait indiqué le Président Mazeaud dès 2005, ils recouvraient l'« *essentiel de la République* », soit « *tout ce qui est inhérent à l'identité constitutionnelle au double sens du terme « inhérent » : crucial et distinctif* »<sup>44</sup>. Le caractère crucial de la norme renvoyait ainsi à sa « *fondamentalité* »<sup>45</sup>, tandis que son caractère distinctif renvoyait simplement à l'absence de norme de même nature dans le droit de l'Union. En cela, l'approche du Conseil constitutionnel se distinguait de celle du Conseil d'État, dont la jurisprudence exige également une équivalence de portée.

16 - La décision *Air France* du 15 octobre 2021 a mis cette interprétation en question. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé que les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France sont les normes constitutionnelles qui ne « *trouv[ent] pas de protection équivalente dans le droit de l'Union* »<sup>46</sup>. En dégagant sur cette seule base, sans renvoyer au critère tenant au caractère crucial de la norme, un premier principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, tenant à 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, le Conseil constitutionnel rapproche sa jurisprudence de celle du Conseil d'État telle qu'elle résulte de l'arrêt *French Data Network*.

17 - L'approche du premier continue néanmoins de se distinguer de celle du second par le maintien de la référence à la notion d'identité constitutionnelle. L'attrait de cette référence réside dans son rattachement au droit primaire de l'Union. En effet, comme le confirment les commentaires autorisés des décisions *Droit d'auteur* et *Air France*, la notion d'identité constitutionnelle fait écho à l'article 4, paragraphe 2, TUE, qui énonce que l'« *Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». Mais ce rattachement n'est pas, à proprement parler, un renvoi au droit de l'Union. La notion de « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » est une notion de droit national dont le juge constitutionnel français se réserve, dès lors, l'interprétation. À l'inverse, comme l'a récemment relevé l'avocat général Kokott, l'article 4, paragraphe 2, TUE « *introduit une notion autonome du droit de l'Union dont l'interprétation incombe à la Cour [de justice]* »<sup>47</sup>.

18 - Pour autant, ce rattachement au droit primaire n'est limité ni aux réserves de constitutionnalité ni à la France. Il se retrouve aussi dans le domaine des réserves de souveraineté que connaît le droit d'autres États membres.

## B. - Les réserves de souveraineté

19 - Si les réserves de souveraineté peuvent, elles aussi, ostensiblement se fonder sur la notion d'identité constitutionnelle (en

33. « Conseil d'État, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres. Articulation entre l'ordre juridique national et celui de l'Union européenne », *Les grandes décisions du Conseil d'État*, en ligne : [https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-8-fevrier-2007-societe-arcelor-atlantique-et-lorraine-et-autres].

34. L. Azoulaï et D. Ritleng, « 'L'État, c'est moi'. Le Conseil d'État, la sécurité et la conservation des données », *RTD Eur.*, 2021, p. 349.

35. CE fr. 21 avril 2021, *French Data Network* e.a., FR :CEASS :2021 :393099.20210421.

36. *Ibid.*, point 7.

37. *Ibid.*, point 5.

38. L. Azoulaï et D. Ritleng, op. cit.

39. Cons. const. fr. 15 octobre 2021, décision n° 2021/940 QPC.

40. BVerfGE 123, 267, point 240.

41. Cons. const. fr. 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, considérant 19.

42. Cons. const. fr. 26 juillet 2018, n° 2018-768 DC, considérant 3.

43. *Ibid.*

44. Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 3 janvier 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, juillet 2005.

45. J. Roux, « Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France existent ! », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 50.

46. *Supra*, note 39, p. 5.

47. Conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Stolichna obshtina*, rayon « Pancharévo », C-490/20, EU :C :2021 :296, point 70.

plus du principe des compétences d'attribution inscrit à l'article 5, paragraphe 2, TUE), elles n'ont pas le même objet que les réserves d'identité constitutionnelle. À la différence de ces dernières, elles visent à faire obstacle au transfert à l'Union de compétences jugées consubstantielles à la souveraineté de l'État<sup>48</sup>. La vérification du respect de ces limites s'opère au moyen du contrôle *ultra vires*, dont il a pu être écrit qu'il s'était durci ces dernières années en Allemagne (1°) et en Pologne (2°).

### 1° Le contrôle *ultra vires* du droit dérivé en droit constitutionnel allemand

20 - Le contrôle *ultra vires* de la Cour constitutionnelle allemande trouve son origine dans la décision *Brunner* du 12 octobre 1993<sup>49</sup> et dans l'arrêt *Lisbonne* du 30 juin 2009. Ces décisions consacrent une vision de l'Union européenne dans laquelle cette dernière n'est pas un État fédéral et ne peut pas le devenir<sup>50</sup>. Elle est un regroupement d'États demeurant souverains<sup>51</sup>. « *Maîtres des traités* », ces derniers jouissent, seuls, de la compétence de la compétence<sup>52</sup>. Inversement, en tant que « *simple créature* »<sup>53</sup>, l'Union ne peut la posséder<sup>54</sup>. Toutes ses compétences sont d'attribution. La Cour constitutionnelle en déduit qu'elle est compétente pour contrôler si un acte de droit dérivé a été adopté *ultra vires* et doit, en conséquence, être déclaré inapplicable en Allemagne, où la « *primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante* »<sup>55</sup>.

21 - La Cour constitutionnelle a apporté deux tempéraments à sa jurisprudence dans une décision *Honeywell* du 6 juillet 2010<sup>56</sup>. D'une part, cet exercice doit s'opérer avec retenue et ouverture au droit européen (*europarechtsfreundlich*) et ne peut valoir la censure à un acte de l'Union européenne qu'en cas de violation suffisamment caractérisée et évidente du principe des compétences d'attribution dont les conséquences sur la répartition des compétences entre Union et États membres est considérable<sup>57</sup>. D'autre part, une telle censure est subordonnée à la saisine préalable de la Cour de justice dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel<sup>58</sup>. Les « *tensions inévitables* », la Cour constitutionnelle précise-t-elle, « *doivent être aplanies de manière coopérative en harmonie avec l'idée d'intégration européenne et désamorçées grâce à une prise compte réciproque* »<sup>59</sup>. La doctrine a pu en déduire que le contrôle *ultra vires* subirait, comme la réserve de protection équivalente des fondamentaux avant lui, « *le sort [...] de la Belle au Bois dormant* »<sup>60</sup>.

22 - Pourtant, dans un arrêt *PSPP* du 5 mai 2020, la Cour constitutionnelle a, pour la première fois, qualifié d'*ultra vires* des actes de l'Union. Dans cette affaire, il était question de la conformité au système des compétences d'attribution du programme d'achat de titres publics de la Banque centrale européenne (BCE), dont doutait la Cour constitutionnelle. Saisie sur renvoi

préjudiciel, la Cour de justice avait confirmé la légalité du PSPP<sup>61</sup>. Pour pouvoir exercer son contrôle sur le PSPP, la Cour de Karlsruhe devait donc écarter l'arrêt de la Cour de justice. À cet égard, la Cour constitutionnelle a estimé que la Cour de justice avait opéré un examen insuffisant de la proportionnalité du PSPP et avait, ce faisant, outrepassé les limites de son office au titre de l'article 19 TUE<sup>62</sup>. La Cour constitutionnelle en a conclu que la Cour de justice avait agi *ultra vires* et que son arrêt n'avait pas force obligatoire en Allemagne. Quant au PSPP, la Cour constitutionnelle a considéré que la BCE avait manqué à l'obligation qui lui incombait d'en mettre en balance, sur la base de considérations de proportionnalité, les effets de politique économique avec sa contribution positive aux objectifs de politique monétaire visés<sup>63</sup>. La Cour constitutionnelle en déduit qu'il n'était pas possible d'évaluer la proportionnalité de ces effets et que la BCE a, en conséquence, violé le principe des compétences d'attribution, le principe de proportionnalité et son mandat de politique monétaire au titre de l'article 127(1) TFUE<sup>64</sup>.

23 - Deux différences notables avec les réserves de constitutionnalité en ressortent. D'une part, le contrôle *ultra vires* de la Cour constitutionnelle revient à examiner un acte au regard du droit de l'Union lui-même plutôt qu'au regard de règles ou principes constitutionnels nationaux. La conception du vice d'incompétence sur laquelle se fonde ce contrôle ne correspond, cependant, pas tout à fait à celle du droit de l'Union. En effet, ledit contrôle ne se cantonne pas à la vérification de l'existence de la compétence. Il porte aussi sur le respect du principe de proportionnalité, qui ne régit pourtant pas la répartition ou le partage des compétences entre l'Union et les États membres<sup>65</sup>. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, TUE, cette question touche à l'exercice de la compétence et n'intervient donc qu'en aval<sup>66</sup>. Or, il s'agit là d'une question que le droit de l'Union assimile à la violation des traités plutôt qu'au vice d'incompétence<sup>67</sup>. D'autre part, comme a pu le relever F. Mayer, un acte ne peut, en principe, avoir été adopté *ultra vires* qu'à l'égard d'un seul État membre<sup>68</sup>. Ainsi, à la différence du juge national qui fait jouer une réserve de constitutionnalité, le juge national qui qualifie un acte de l'Union d'*ultra vires* ne se prononce, par définition, pas que sur le rapport entre son ordre juridique national et celui de l'Union.

24 - S'il s'inspire du modèle allemand, le contrôle de l'*ultra vires* du Tribunal constitutionnel polonais présente des caractéristiques propres.

48. V. O. Beaud, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1045.

49. BVerfGE 89, 155.

50. BVerfGE 123, 267, points 228 et 263.

51. *Ibid.*, points 229.

52. *Ibid.*, points 231 et 233.

53. C. Blumann, « Quelques enseignements de l'arrêt du Bundesverfassungsgericht du 5 mai 2020 sur les fondamentaux du droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2020, p. 889.

54. BVerfGE 123, 267, point 239.

55. *Ibid.*, point 240.

56. 2 BvR 2661/06.

57. 2 BvR 2661/06, point 61.

58. 2 BvR 2661/06, point 60.

59. *Ibid.*, point 57.

60. F.-X. Millet, *op. cit.*, p. 89.

61. Arrêt du 11 décembre 2018, Weiss e.a., C-493/17, EU :C :2018 :1000.

62. 2 BvR 859/15, points 162 et 163.

63. *Ibid.*, point 176.

64. *Ibid.*, point 177.

65. F. Clausen, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2018, p. 182.

66. *Ibid.*

67. En 1964, déjà, l'avocat général Lagrange abordait la question dans ses conclusions dans l'affaire Pays-Bas/Haute Autorité (66/63, non publiées, EU :C :1964 :30).

68. F. Mayer, « The Ultra Vires Ruling : Deconstructing the German Federal Constitutional Court's PSPP Decision of 5 May 2020 », *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 733, 759. À supposer qu'elle puisse être assimilée à un contrôle *ultra vires*, l'approche de la Cour suprême danoise dans l'arrêt *Ajos* fait exception. En effet, dans cet arrêt, le contrôle constitutionnel portait notamment sur la question de savoir si l'application directe dans l'ordre juridique danois d'un principe général du droit de l'Union était prévue par l'acte d'adhésion du Danemark. V. U. Neergaard et K. Engsig Sorensen, « Activist Infighting among Courts and Breakdown of Mutual Trust ? The Danish Supreme Court, the CJEU, and the *Ajos* Case », *Yearbook of European Law*, 2017, p. 275, 298 et 301.

## 2° Le contrôle *ultra vires* du droit primaire en droit polonais

25 - Le contrôle de l'*ultra vires* en droit constitutionnel polonais se retrouve déjà dans un arrêt K 18/04<sup>69</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal constitutionnel polonais a jugé que l'accession de la Pologne à l'Union européenne n'avait pas retiré à la Constitution du pays son caractère de norme suprême de l'ordre juridique national et s'est attaché à identifier dans cette Constitution une identité constitutionnelle composée de compétences inaliénables, « fondamentales à la base du système politique d'un État donné »<sup>70</sup>, dont la compétence de la compétence. Le corollaire en était que le Tribunal constitutionnel se reconnaissait compétent pour contrôler si l'Union européenne était restée dans les limites des compétences qui lui avaient été attribuées.

26 - C'est ce raisonnement qui constitue le point de départ du récent arrêt K 3/21 du Tribunal constitutionnel<sup>71</sup>. Cet arrêt s'inscrit dans le contexte des réformes du système judiciaire polonais, qui ont notamment valu à la Pologne plusieurs constatations de manquement à l'article 19 TUE et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux<sup>72</sup>. Selon ledit arrêt, la Pologne ne conserve ses fonctions d'État souverain et démocratique qu'aussi longtemps que les institutions de l'Union agissent dans le cadre des compétences qui leur ont été attribuées et que le « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » visé à l'article 1, alinéa 2, TUE ne prive pas la Constitution polonaise de sa suprématie, entendue comme primauté absolue de rang et de validité. Accorder applicabilité directe et primauté à des règles adressées à la Pologne en dehors de cette sphère de compétence équivaldrait à une perte inacceptable de souveraineté. De telles règles seraient d'ailleurs dépourvues de force contraignante pour la Pologne. Pour le Tribunal, l'article 19, paragraphe 1, en tant que la jurisprudence européenne en a déduit un droit de regard sur la structure des juridictions polonaises au bénéfice de la Cour de justice, crée une nouvelle compétence au profit de celle-ci. Or, cette compétence n'aurait pas été attribuée à l'Union et ne pourrait pas l'être puisqu'elle relève de l'identité constitutionnelle polonaise. Le Tribunal en conclut notamment que l'article 19, paragraphe 1, alinéa 2, TUE est contraire à la Constitution en ce qu'il autorise les juridictions polonaises à ne pas appliquer ses dispositions et à appliquer des règles non-contraignantes (car révoquées ou déclarées inconstitutionnelles) ou encore à contrôler la légalité de certaines procédures relatives à l'organisation judiciaire polonaise.

27 - L'arrêt K 3/21 se revendique, certes, de la jurisprudence de la cour constitutionnelle allemande. Il s'en distingue néanmoins à plusieurs égards. Là où sa consœur allemande limite le contrôle de l'*ultra vires* au droit dérivé, le Tribunal constitutionnel l'étend au droit primaire, pourtant censé avoir fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité a priori. Là où l'arrêt PSPP repro-

chait à la Cour de justice de ne pas en faire assez, l'arrêt K 3/21 lui fait grief d'en faire trop<sup>73</sup>. Là où l'arrêt PSPP concernait notamment la délimitation entre politiques monétaire et économique, l'arrêt K 3/21 concerne l'État de droit, une valeur de l'Union inscrite à l'article 2 TUE. Et, enfin, là où la Cour constitutionnelle allemande soulignait l'importance du dialogue des juges et avait saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle en amont de l'arrêt PSPP, le Tribunal constitutionnel juge qu'en faire de même aurait été « inutile et dépourvu de pertinence », lui seul étant compétent pour juger de la conformité du TUE (« comme de tout traité international ») à la Constitution polonaise<sup>74</sup>.

28 - À cette approche s'opposent des contre-modèles, plus conciliateurs, de gestion des rapports entre droit de l'Union et droit constitutionnel national.

## 2. Dépasser la contradiction entre prétentions opposées à la primauté

29 - Parmi les voies plus conciliatrices de gestion des rapports entre ordres juridiques figurent trois modèles nationaux, qui tendent à la neutralisation, voire à l'élimination de ceux-ci. Il est, cependant, incertain que ces modèles aient vocation à s'exporter (A). Aujourd'hui comme hier, c'est par un dialogue des juges respectueux de la diversité des États membres que peut s'effectuer la conciliation entre droit de l'Union et droits constitutionnels nationaux (B).

### A. - Les contre-modèles nationaux

30 - Deux contre-modèles nationaux se distinguent. Il s'agit de celui de l'Irlande et de Chypre, qui consiste à préempter tout risque de conflit entre droit dérivé et droit constitutionnel national en accordant au premier une primauté de rang sur l'ensemble du second (1°), et de celui du Luxembourg, qui revient à éliminer ce risque en reconnaissant au premier une primauté de validité (2°).

#### 1° Préempter le conflit

31 - Plutôt que de tenter de résoudre d'hypothétiques conflits entre droit de l'Union et droit constitutionnel national a posteriori, les constitutions chypriote et irlandaise en excluent la survenance a priori. Toutes deux le font au moyen d'une « clause constitutionnelle d'exclusion »<sup>75</sup>, qui revient à reconnaître au droit de l'Union une primauté de rang sans l'assortir de réserves. L'article 29.4.6° de la Constitution irlandaise dispose ainsi, dans son premier membre de phrase, qu'aucune règle constitutionnelle n'invalide des lois, actes ou mesures nécessités par la qualité d'État membre de l'Irlande. Le second membre de phrase de cette disposition prévoit que la Constitution n'empêche aucun acte de droit dérivé de l'Union d'avoir force de droit en Irlande. L'article 1A de la Constitution chypriote reprend un libellé et une structure quasi-identiques.

69. Pour un résumé de cet arrêt, V. K. Kowalik-Banczyk, « Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law », *German Law Journal*, 2005, p. 1355, 1361-1365.

70. Arrêt 18/04, point 2.1.

71. Alors que l'arrêt K 3/21 a été prononcé le 7 octobre 2021, ses motifs n'ont toujours pas été publiés. La présente description de cet arrêt se fonde sur l'exposé oral de ses motifs, et doit, en conséquence, être vue avec toutes les réserves qui s'imposent, en ligne : [https://ruleoflaw.pl/wp-content/uploads/2021/10/K\_3-21\_oral\_grounds.pdf].

72. V. arrêts du 24 juin 2019, *Commission/Pologne* (Indépendance de la Cour suprême), C-619/18, EU :C :2019 :531, du 5 novembre 2019, *Commission/Pologne* (Indépendance des juridictions de droit commun), C-192/18, EU :C :2019 :924, et du 15 juillet 2021, *Commission/Pologne* (Régime disciplinaire des juges), C-791/19, EU :C :2021 :596. D'autres contrariétés au droit de l'Union ont été constatées sur renvoi préjudiciel. V., notamment, arrêt du 2 mars 2021, A.B. e.a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours), C-824/18, EU :C :2021 :153.

73. V. le compte-rendu de l'intervention du juge constitutionnel allemand Maidowski lors d'une réunion de l'association germano-polonaise du 26 mai 2020, « Verfassungsrichter Dr. Ulrich Maidowski erklärt : Anders als die polnische Regierung will das Bundesverfassungsgericht mehr Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof, nicht weniger », en ligne : [https://www.iustitia.pl/en/activity/informations/3856-verfassungsrichter-dr-ulrich-maidowski-erklart-anders-als-die-polnische-regierung-will-das-bundesverfassungsgericht-mehr-kontrolle-durch-den-europaischen-gerichtshof].

74. Exposé oral des motifs de l'arrêt K 3/21.

75. V., s'agissant de l'Irlande, M. Cahill, « Constitutional Exclusion Clauses, Article 29.4.6°, and the Constitutional Reception of European Law », *Dublin University Law Journal*, 2011, p. 74.

32 - Dans un cas comme dans l'autre, la conséquence de la clause d'exclusion est que le droit de l'Union bénéficie d'une immunité de contrôle juridictionnel<sup>76</sup>. La préservation de la primauté de rang du droit de l'Union qui en résulte et qui en fait l'attrait du point de vue de ce dernier, risque aussi d'en faire la faiblesse du point de vue constitutionnaliste classique. Si la primauté de validité de la Constitution est sauve, même ses dispositions les plus fondamentales doivent s'incliner devant une règle contraire de droit de l'Union. Une opinion dissidente d'un juge de la Cour suprême chypriote dans une affaire *Christodoulou e.a./Bank of Cyprus* de 2013<sup>77</sup> illustre cette problématique. Introduisant en droit constitutionnel chypriote l'idée de contre-limites, cette opinion retient que les événements récents, tenant au sauvetage des banques chypriotes, et les mesures afférentes prises au terme d'un processus non-démocratique ont causé une érosion des droits fondamentaux. Or, étant inextricablement liés à la démocratie, les principes de l'État de droit et de protection juridique ne pourraient être neutralisés au moyen d'exception au contrôle juridictionnel.

33 - Cette question ne se pose pas en ces termes au Luxembourg, où la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union est plus extensive encore.

### 2° Éliminer le conflit

34 - Le Luxembourg reconnaît de longue date au droit international conventionnel une primauté de rang absolue sur le droit constitutionnel. Dès 1917, la Cour de cassation luxembourgeoise a ainsi évoqué, à titre d'*obiter dictum*, la primauté de l'article 100 de la constitution, qui prévoyait le vote annuel des impôts par la Chambre des députés, sur une loi fondée sur un traité international, qui imposait le recouvrement de droits de douanes sans un tel vote<sup>78</sup>. Plus récemment, en 2001, la Cour d'appel a infirmé le jugement d'une juridiction de première instance qui avait refusé de « faire sienne l'idée selon laquelle un traité international [...] primerait la Constitution », au motif que celle-ci « form[ait] le fondement inviolable de toute la vie juridique et politique de la nation »<sup>79</sup>. La Cour d'appel a estimé que l'État ne pouvait invoquer les dispositions législatives ou constitutionnelles de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité dûment approuvé et ratifié, en l'occurrence la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>80</sup>.

35 - En l'absence de fondement écrit dans la Constitution<sup>81</sup>, cette primauté peut s'entendre comme étant également de rang. Elle découle non de la Constitution, mais de la nature même du droit international ordinaire et, a fortiori, du droit de l'Union. À titre d'illustration, dans une affaire de 2013<sup>82</sup>, le Tribunal administratif luxembourgeois a eu à connaître de la situation d'un citoyen marocain qui s'était vu retirer son droit de séjour de

membre de famille d'un citoyen de l'Union à la suite d'un divorce, conformément à une loi de transposition d'une directive. Il excipait de la contrariété de cette loi au principe constitutionnel d'égalité. Ayant constaté que ladite loi transposait fidèlement la directive, norme hiérarchiquement supérieure à la Constitution, le Tribunal administratif a jugé que son éventuelle inconstitutionnalité était sans incidence sur la validité de la décision attaquée et a, en conséquence, refusé de saisir la Cour constitutionnelle. Cette « suprématie », le Tribunal administratif a-t-il indiqué, résulte de la « nature même du droit international conventionnel » et, plus particulièrement des spécificités de l'« ordre juridique nouveau » institué par les traités et de la « nature même » du droit qui en est issu.

36 - Il reste que cette conception est le reflet de l'histoire du Luxembourg et de nécessités qui lui sont propres. Le Luxembourg est classiquement présenté comme une « créature du droit international »<sup>83</sup>. À la différence d'autres États membres, il est issu, non d'un acte de la nation elle-même, mais du traité de Vienne du 9 juin 1815 et des traités de Londres des 19 avril 1939 et 11 mai 1967<sup>84</sup>. Plus pragmatiquement, du fait de sa petite taille et de sa faiblesse militaire, le Luxembourg a toujours été, comme le relève P. Kinsch, « trop dépendant des mécanismes de coopération internationale et de leur organisation par le droit international public pour adopter à l'égard de celui-ci une attitude autre que déferente »<sup>85</sup>.

37 - Dans ces conditions, il est difficilement envisageable que les contre-modèles chypriote, irlandais et luxembourgeois fassent école. Aujourd'hui comme hier, le chemin pourrait devoir passer par le dialogue des juges.

## B. - Le dialogue des juges dans un esprit de diversité

38 - Dans un récent discours, le président Lenaerts a souligné que, « lorsque le droit de l'Union s'applique, il y a de la place pour la diversité »<sup>86</sup>. C'est notamment via la prise en compte de l'identité nationale des États membres au titre de l'article 4, paragraphe 2, TUE (1°) et dans le cadre d'un dialogue avec le juge national (2°) que la Cour de justice garantit cette diversité.

### 1° L'identité nationale comme passerelle entre droit de l'Union et droits constitutionnels nationaux

39 - Comme le relève S. Weatherill, l'article 4, paragraphe 2, TUE constitue la « passerelle par laquelle les préoccupations nationales et sous-nationales passent et sont transformées en préoccupations spécifiquement de l'Union »<sup>87</sup>. Pour citer l'avocat général Kokott, l'obligation de respecter l'identité nationale des États membres qui découle de cette disposition peut être entendue comme une « obligation de respecter la pluralité des conceptions et, partant, les différences qui caractérisent chaque État membre »<sup>88</sup>.

Pour autant, l'interprétation de la notion d'identité nationale ne saurait être laissée aux seules juridictions nationales. C'est à la Cour qu'il appartient en dernier ressort d'interpréter cette notion

76. L. Besselink e.a., *National Constitutional Avenues for Further EU Integration*, Étude de la Direction générale des politiques internes de l'Union, 2014, p. 143, 144 et 208.

77. *Christodoulou e. a v Central Bank of Cyprus* a. o, affaires 551/2013 e.a., arrêt du 6 juillet 2003, cité dans L. Besselink e.a., préc., p. 208.

78. CA lux. 7 mars 1917, Pas. Lux. 10, 287.

79. Trib. adm. lux., 10 juillet 2000, *Annexes du droit lux.*, 2001, p. 492.

80. CA lux. 13 novembre 2001, *Annales du droit lux.*, 2002, p. 457.

81. P. Schmit et E. Servais voient dans l'article 95ter de la Constitution, qui exclut du contrôle de constitutionnalité les lois portant approbation des traités, une consécration constitutionnelle implicite de la primauté du droit international. P. Schmit, E. Servais, *Précis de droit constitutionnel*, Saint-Paul, 2009, p. 86. Cette disposition peut, néanmoins, aussi être vue comme une simple règle compétence. V. L. Heuschling, « Les origines aux XIX<sup>e</sup> siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », *Liber Amicorum Rusen Ergeç* (eds. I. Riassetto e.a.), Pas. Lux., 2017, p. 157, 172.

82. Trib. adm. lux. 4 novembre 2013, n° 30949.

83. L. Heuschling, préc., p. 174. V., également, J. Gerkrath, « The Figure of Constitutional Law of the « Integrated State » : the Case of the Grand Duchy of Luxembourg », *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 109, 123.

84. *Ibid.*

85. P. Kinsch, « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pas. lux.* 34, p. 399.

86. K. Lenaerts, *op. cit.*

87. S. Weatherill, « Distinctive Identity Claims : Article 4(2) TEU (and a Fleetingly Sad Note to Brexit), Editorial », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, p. XI.

88. Conclusions de l'avocat général Kokott, préc., point 71.

autonome du droit de l'Union<sup>89</sup>. Comme l'a indiqué l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions dans l'affaire *Gauweiler*, soumettre l'identité nationale « à une réserve absolue, à peine spécifiée, laissée pratiquement à la libre disposition de chacun des États membres » rendrait à « peine possible [la] tâche de préserver cette Union »<sup>90</sup>. En effet, une « telle « réserve d'identité », conçue de façon autonome et interprétée par les organes compétents, souvent juridictionnels, des États membres [...] relèguerait très probablement l'ordre juridique de l'Union dans une position résiduelle, à tout le moins sur le plan qualitatif »<sup>91</sup>.

40 - Il reste que le contenu de la notion d'identité nationale dépend, par essence, des « conceptions que retiennent les États membres de leur identité nationale »<sup>92</sup>. Ce sont donc en principe ces derniers qui sont les mieux placés pour en délimiter les contours<sup>93</sup>. D'où l'importance d'associer étroitement la juridiction de renvoi en la matière.

## 2° Le rôle du juge national

41 - C'est notamment de deux manières que, dans le cadre du mécanisme de coopération qu'est la procédure de renvoi préjudiciel, le juge de l'Union place le juge national au centre du processus de conciliation entre l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union et le respect de l'identité nationale des États membres.

42 - Premièrement, lorsqu'il s'agit de définir le contenu de l'identité nationale d'un État membre dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, le juge de l'Union accorde une importance certaine aux indications de la juridiction de renvoi, qu'il utilise comme « point de départ » de son analyse<sup>94</sup>. L'évolution intervenue entre les arrêts *Taricco* et *M.A.S. et M.B.* l'illustre. Dans le premier arrêt, la Cour avait jugé qu'il incombait au juge national de donner plein effet à l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, relatif à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union, en laissant, au besoin, inappliquées les règles de prescription qui auraient pour effet d'empêcher l'infliction de sanctions effectives et dissuasives<sup>95</sup>. Or, les règles

de prescription comptent, en droit italien, parmi les règles de fond, que le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines interdit de modifier avec effet immédiat. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle italienne a alors opéré un nouveau renvoi préjudiciel, soulevant la question d'une éventuelle violation de ce principe. Compte tenu de ces interrogations, qui n'avaient pas été portées à sa connaissance dans l'affaire *Taricco*, la Cour a précisé son interprétation de l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE<sup>96</sup>. Elle a ainsi jugé que l'obligation de laisser inappliquées des dispositions pénales telles que celles en cause ne s'appliquait pas lorsqu'elle entraînait une violation du principe de légalité des délits et des peines, en raison d'un défaut de précision de la loi applicable, ou au motif de l'application rétroactive d'une législation imposant des conditions d'incrimination plus sévères que celles en vigueur au moment de la commission de l'infraction<sup>97</sup>.

43 - Deuxièmement, il arrive au juge de l'Union de laisser au juge national le soin de mettre lui-même en balance les intérêts en jeu. Il en a été ainsi dans une affaire *Wolffersdorff*, dans laquelle la Cour de justice a jugé que la juridiction de renvoi était mieux à même qu'elle d'apprécier la proportionnalité du refus de l'Allemagne de reconnaître le nom de l'un de ses ressortissants, que celui-ci avait acquis dans un autre État membre dont il détenait aussi la nationalité et qui contenait des éléments nobiliaires que le droit allemand n'admettait pas au regard du principe d'égalité en droit de ses ressortissants<sup>98</sup>. Il en a été de même dans une *WABE et MH Müller Handel*, dans laquelle la Cour de justice a jugé, s'agissant d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion et les convictions, que le législateur de l'Union n'avait pas procédé lui-même à la conciliation nécessaire entre les droits fondamentaux et objectifs légitimes en jeu, mais en avait laissé le soin aux États membres<sup>99</sup>. Ce faisant, la Cour a, pour paraphraser J.-M. Sauvé, placé le juge national au cœur de la conciliation entre primauté du droit de l'Union, protection des droits fondamentaux et respect de l'identité nationale<sup>100</sup>. ■

89. *Ibid.*, point 70.

90. Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Gauweiler* e.a., C-62/14, EU :C :2015 :7, point 59.

91. *Ibid.*, point 60.

92. Conclusions de l'avocat général Kokott, *op. cit.*, point 70.

93. F.-X. Millet, *op. cit.*, p. 571.

94. Conclusions de l'avocat général Kokott, *op. cit.*, point 73.

95. Arrêt du 8 septembre 2015, *Taricco* e.a., C-105/14, EU :C :2015 :555, dispositif.

96. Arrêt du 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, C-42/17, EU :C :2017 :936, point 28.

97. *Ibid.*, dispositif.

98. Arrêt du 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU :C :2016 :401, points 78 et 79.

99. Arrêt du 15 juillet 2021, *WABE et MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/19, EU :C :2021 :594, point 87.

100. V. J.-M. Sauvé, *op. cit.*

## 8 Le parquet européen : une arme efficace contre la fraude et la corruption



Didier REYNDERS,  
Commissaire européen à la Justice

### Introduction

1 - Le 1<sup>er</sup> juin 2021, une étape cruciale a été franchie dans le domaine de la justice européenne : le Parquet européen a démarré ses activités opérationnelles. Grâce à ses compétences d'enquête et de poursuite de la fraude et d'autres infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, y compris la corruption, le Parquet européen est un élément majeur dans le processus d'intégration européenne, en particulier de la construction d'un espace pénal commun.

2 - La fraude et la corruption sont des fléaux qu'il est nécessaire de combattre afin d'assurer la légitimité du fonctionnement de nos institutions à l'orée d'une remise en cause toujours plus grande du lien de confiance entre les citoyens et les responsables publics. Quand la fraude et la corruption affectent le budget de l'Union européenne, c'est l'existence et l'essence même de l'Union qui sont mises en danger. À l'heure où les fonds du plan de relance *NextGenerationEU* sont alloués, il apparaît plus qu'essentiel de disposer d'une autorité européenne indépendante et capable de protéger la bonne utilisation de ces fonds. La Commission est déterminée à faire en sorte que chaque euro de ce plan soit dépensé pour sortir l'Europe de cette crise. Avec ses pouvoirs d'enquête et de poursuite sans précédent au niveau européen, le Parquet européen jouera un rôle essentiel pour faire face à un type de criminalité, souvent organisée et transfrontalière, qui menace notre budget et souvent, bien au-delà, le bon fonctionnement des institutions nationales et européennes.

3 - Lorsque la Commission a présenté sa proposition de règlement concernant la création du Parquet européen, en 2013, la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union s'élevait à presque 500 millions d'euros – ce chiffre représentant la partie émergée de l'iceberg – et justifiait alors la nécessité de se doter de nouveaux outils pour lutter de manière efficace contre ce phénomène criminel<sup>1</sup>. Plusieurs initiatives ont vu le jour depuis les années 1980 pour répondre à cet enjeu qui, avec le temps, devenait une véritable urgence due à la croissance des ressources de l'Union et l'incapacité de certains États membres de les protéger de manière efficace et uniforme malgré les injonctions du Traité. Cependant, il aura fallu vingt ans pour mettre en œuvre la vision portée par le *Corpus Juris*, publié en 1997 sous la direction de Mireille Delmas-Marty et qui suggéra, pour la première fois, la mise en place d'un Parquet européen

pour mieux protéger les intérêts financiers de l'Union européenne<sup>2</sup>.

4 - C'est par un règlement du Conseil, adopté selon une procédure législative spéciale le 12 octobre 2017, que le Parquet européen a été finalement créé<sup>3</sup>. Le Parquet européen prend la forme d'une coopération renforcée entre 22 États membres, c'est-à-dire tous les États membres sauf le Danemark, l'Irlande, la Hongrie, la Pologne et la Suède. Cela illustre la sensibilité du sujet mais aussi l'attractivité du Parquet européen car même s'il s'agit d'un sujet pour le moins difficile, quasiment l'ensemble des États membres l'ont rejoint. En débutant ses activités opérationnelles le 1<sup>er</sup> juin 2021, le Parquet européen s'impose déjà comme le principal acteur de la lutte contre la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte au budget de l'Union.

5 - Lors de son lancement, j'avais souligné le fait qu'il s'agissait d'une nouvelle phase dans l'histoire de l'intégration européenne<sup>4</sup>. Pour la première fois, la plupart des États membres ont décidé de partager leur souveraineté en matière pénale et de confier à un organe européen le pouvoir régalien d'enquêter et de poursuivre des infractions dans le domaine pénal. En exerçant directement l'action publique dans les États membres, le Parquet européen inaugure une nouvelle phase qui va au-delà de la coopération judiciaire et tend à l'intégration des systèmes nationaux de justice pénale.

6 - La mise en place du Parquet européen est donc une révolution dans la mesure où elle rompt avec l'héritage du modèle de lutte préexistant qui reposait avant toute chose sur une responsabilisation des États membres et la coopération entre leurs autorités judiciaires, y compris au moyen d'instruments de reconnaissance mutuelle. Afin de souligner l'arme efficace que le Parquet européen constitue contre la fraude et la corruption, il conviendra en conséquence de se focaliser dans un premier temps sur les avancées qu'il consacre avant d'en expliciter le fonctionnement ainsi que les premières réalisations. Enfin, il s'agira d'identifier les enjeux à venir et tenter d'appréhender les futures évolutions.

1. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Mieux protéger les intérêts financiers de l'Union : instituer le Parquet européen et réformer Eurojust », COM(2013) 532 final, 17.7.2013, p. 3.

2. M. Delmas-Marty (dir.), *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Economica, Paris, 1997, p. 41.

3. Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, OJ L283, 31.10.2017, p. 1-71.

4. Commission européenne, « Protéger le budget de l'UE : le Parquet européen commencera ses activités le 1 juin », Communiqué de presse, 26.5.2021, disponible sur [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_21\\_2591](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_2591).

## 1. La lutte contre la fraude avant le Parquet européen

7 - Le modèle de lutte contre la fraude portant atteinte au budget de l'Union a considérablement évolué au fil du temps pour aller vers une pénalisation croissante de cette dernière. La période précédant la mise en place du Parquet européen se distingue par une double approche, entre d'une part une recherche de responsabilisation des États membres et d'autre part, la définition d'outils tant institutionnels que matériels au niveau européen pour organiser cette lutte au sein des États membres.

8 - La première véritable étape de cette entreprise de pénalisation croissante doit être attribuée à la Cour de Justice des Communautés européennes qui, à la fin des années 1980, impose dans un arrêt célèbre l'assimilation de la protection des intérêts financiers européens à la protection des intérêts financiers nationaux obligeant alors les États membres à agir en la matière<sup>5</sup>. Par la suite, en 1995, la convention dite PIF (« *protection des intérêts financiers* ») est adoptée et oblige les États membres à pénaliser la fraude et d'autres infractions qui portent atteinte au budget de l'Union européenne<sup>6</sup>. En 1999, sur l'initiative de la Commission, l'OLAF (« *Office européen de lutte anti-fraude* ») est mis en place et s'impose comme acteur clé dans la lutte contre la fraude.

9 - L'OLAF dispose de pouvoirs d'enquête administrative en ce qui concerne la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union mais il n'est doté d'aucun pouvoir de poursuite pénale, alors réservé exclusivement aux États membres, et il ne peut donc pas porter directement devant les juridictions nationales les cas de fraude qu'il repère. En conséquence, avant la création du Parquet européen, la lutte contre la fraude reposait surtout sur les poursuites qui étaient engagées par les systèmes nationaux après la transmission par l'OLAF d'informations concernant une fraude présumée. Or, les autorités pénales nationales ne se saisissaient que rarement des conclusions des enquêtes de l'OLAF pour les porter devant les juridictions nationales<sup>7</sup>.

10 - Les dispositifs précédemment mentionnés se révèlent être alors limités, obligeant les Communautés européennes à redoubler d'efforts pour assurer une protection effective de leurs intérêts financiers. La deuxième réalisation institutionnelle du modèle préexistant au Parquet européen est la création d'Eurojust issue des conclusions du Conseil Européen de Tampere en 1999. Cet organe de coopération judiciaire pénale voit le jour le 14 décembre 2000 et sera mis en place dès 2001. Il a pour mission d'accompagner les juridictions nationales dans le cadre d'affaires transnationales – y compris dans le cas de fraude ayant une dimension transfrontalière – en facilitant les échanges d'informations ou la coordination des enquêtes ou des poursuites pénales nationales. Malgré son exceptionnelle valeur ajoutée au regard de son activité et de son bilan plus que positif, Eurojust ne dispose pas du pouvoir de déclencher des enquêtes au niveau national ni de contraindre les autorités nationales à agir selon ses instructions dans le cadre d'enquêtes transnationales.

11 - Ainsi, le Parquet européen va venir répondre aux limites du modèle préexistant de lutte contre la fraude et la corruption

qui reposait de manière trop systématique sur les autorités nationales des États membres.

## 2. Structure, champ d'action et compétences du Parquet européen

12 - Le considérant 12 du règlement sur le Parquet européen explique que l'objectif du Parquet européen est de renforcer la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, qui « *ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres de l'UE du fait de la fragmentation des poursuites nationales* ». Afin d'y parvenir, le règlement définit les compétences matérielles et procédurales du Parquet européen ainsi qu'une structure organisationnelle originale.

13 - Tout d'abord, il convient de noter que l'« *Européanisation* » des poursuites et des enquêtes représentées par le Parquet européen ne va pas de pair avec la mise en place par exemple d'une police européenne ou d'une cour pénale européenne qui serait compétente pour juger les personnes sujettes aux enquêtes du Parquet européen. Ainsi, les poursuites du Parquet européen se feront devant les cours nationales et viendront s'intégrer dans les systèmes juridiques de chaque État membre. Il s'agit donc d'un nouveau modèle, un modèle hybride, qui comblera les avantages d'une direction européenne et d'une mise en application directe dans les États membres. Dans le même sens, le règlement sur le Parquet européen n'a pas pour objectif d'être un Code européen de procédure pénale. Les procédures du Parquet européen reposent, essentiellement, sur les systèmes juridiques nationaux et donc tiennent compte des particularités de chaque État membre. Toutefois, le Parquet européen étant un organe unique et indivisible, certains éléments procédurales, notamment son processus décisionnel et en particulier celui concernant la mise en examen, nécessitent une certaine uniformisation.

14 - Le fondement des compétences matérielles du Parquet européen est défini par la directive du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, dite directive PIF<sup>8</sup>. Le Parquet européen est en conséquence compétent à l'égard des infractions pénales prévues par cette directive incluant les cas de fraude transfrontalière à la TVA qui provoqueraient un dommage supérieur à 10 millions d'euros, la corruption, le blanchiment et le détournement de fonds. Cependant, il est possible de noter qu'il est prévu que les compétences du Parquet européen puissent être étendues à toute autre type de criminalité grave ayant une dimension transfrontière en cas d'accord unanime du Conseil européen, conformément à l'Article 86(4) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

15 - En ce qui concerne sa structure, le Parquet européen est organisé selon un double niveau, à savoir un niveau central et un niveau décentralisé. Le niveau central est composé de plusieurs éléments : du collège, des chambres permanentes, du chef du parquet européen, des adjoints au chef du parquet européen et des procureurs européens. Le niveau décentralisé est quant à lui composé des procureurs européens délégués qui travaillent sous le contrôle du niveau central du Parquet européen dans leurs États membres respectifs. Il y a au minimum deux procureurs européens délégués dans chaque État membre. Cette dichotomie entre l'échelon central et celui décentralisé a pour objectif de donner la possibilité au Parquet européen de s'adapter à l'ensemble des systèmes nationaux tout en gardant

5. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, 68/88, EU :C :1989 :339 (affaire « *maïs grec* »).

6. Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, OJ C316, 27.11.1995, p. 49-57.

7. Commission européenne, « *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office* », SWD (2013) 274 final, 17.7.2013.

8. Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, OJ L198, 28.7.2017, p. 29-41.

une structure hiérarchique claire. Le travail quotidien du Parquet européen est à la charge des procureurs européens délégués dans leurs États membres, agissant avec le soutien des autorités nationales et conformément au droit européen et au droit national applicable. L'échelon central a pour mission, par le biais des chambres permanentes et des procureurs européens, de superviser et de diriger les enquêtes menées par les procureurs européens délégués.

16 - L'histoire du Parquet européen a toujours été marquée par une tension entre une approche supranationale et une approche plus minimaliste voulant limiter son champ de compétences et ses pouvoirs. D'une certaine manière, la structure du Parquet européen est l'un des exemples les plus évidents de la manière dont cette tension a finalement été résolue par les négociateurs, donnant lieu à un compromis fondé sur des équilibres. La structure de cet organe est souvent perçue comme complexe mais elle est en réalité un savant mélange entre une recherche d'efficacité plus grande dans les poursuites sous une direction centralisée, et donc européenne, et la prise en compte des particularités du système juridique de chaque État membre. En tout cas, le Parquet européen est indépendant et ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet lui-même, d'aucun État membre, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union. Le Parquet européen agit dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble (art. 6 du règlement).

17 - Le Parquet européen dispose de compétences procédurales innovantes, ce qui tranche avec les limites que l'on a pu identifier du modèle préexistant de lutte contre la fraude. Le Parquet européen dispose de compétences lui permettant d'ouvrir des enquêtes pénales dans le cas où celles-ci entrent dans son champ de compétences matérielles (art. 26), voire même de conduire directement ses enquêtes (art. 28). et ce conformément au règlement et au droit national. Dans le cas où certaines enquêtes représenteraient une importance particulière, le Parquet européen peut disposer d'outils procéduraux définis par le règlement. Par exemple, l'article 30 du règlement prévoit que si « l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins quatre années d'emprisonnement », les États membres doivent s'assurer de donner la possibilité aux procureurs européens délégués notamment de conduire des perquisitions ou d'ordonner le gel des instruments ou des produits de l'infraction supposée. En ce sens, le Parquet européen dispose d'outils très efficaces et innovants pour lutter contre la fraude.

18 - Le règlement qui donne naissance au Parquet européen permet aussi de faciliter l'action répressive contre la fraude et notamment celle à dimension transfrontalière. Une illustration peut être trouvée dans les nouvelles capacités en termes d'enquêtes offertes aux procureurs européens délégués dans le cadre d'enquêtes transnationales. Le Parquet européen constitue une véritable plus-value par rapport à la simple coopération judiciaire étant donné qu'il fonctionne comme un « *parquet unique* » (art. 8). Le règlement prévoit que, lorsque plusieurs États membres sont concernés par la même enquête du Parquet européen et que l'adoption d'une mesure d'enquête donnée serait soumise à une autorisation judiciaire dans plusieurs États membres, une seule autorisation judiciaire sera nécessaire pour que le Parquet européen prenne cette mesure (art. 31). En même temps, l'efficacité du Parquet européen ne remet pas en cause l'un des principes fondamentaux de l'Union européenne à savoir la protection des droits fondamentaux. En effet, le règlement sur le parquet européen inclut un certain nombre de mesures visant à assurer le plus haut niveau de protection des droits des personnes impliquées dans le cadre d'enquêtes du Parquet européen. Ces dernières peuvent compter sur l'ensemble de l'acquis

européen de protection des droits fondamentaux et en premier lieu sur la protection offerte par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mais aussi par les directives sur les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales. En outre, conformément à la nature du Parquet européen en tant qu'organe de l'Union fortement dépendant du droit national, le règlement prévoit que, de la même manière que les procureurs européens délégués sont investis des mêmes pouvoirs que les procureurs nationaux, les suspects et toutes les autres personnes concernées par les activités du Parquet européen jouissent de tous les droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde (art. 41).

### 3. Les premiers résultats et les futurs enjeux du Parquet européen

19 - Après avoir illustré les avancées que consacre le Parquet européen, un premier travail de retour d'expérience peut être réalisé afin de souligner l'efficacité de ce nouvel organe dans les faits. Sous la direction de la première cheffe du Parquet européen, Madame Laura Codruta Kövesi, le Parquet a obtenu des résultats impressionnants en moins d'un an.

20 - Au cours des cent premiers jours de son existence, plus de 1700 affaires ont été signalées au Parquet européen et 300 enquêtes pénales ont été ouvertes<sup>9</sup>. À la fin de décembre 2021, le Parquet européen avait déjà ouvert 500 enquêtes pénales pour un dommage total aux intérêts financiers de l'Union européenne présumé d'environ 5 milliards d'euros. Les premiers fonds ont été saisis et la première condamnation suite aux enquêtes du Parquet européen, a été prononcée en décembre. Ces chiffres démontrent la nouvelle force de frappe que représente le Parquet européen afin d'assurer une protection efficace du budget de l'Union.

21 - Comme toute révolution, celle du Parquet européen ne s'est pas faite sans accroc dont découle un certain nombre d'enjeux qui devront être adressés dans le futur. Ainsi, comme évoqué en introduction, l'un des plus évidents est le fait que le Parquet européen repose sur une coopération renforcée et qu'il ne concerne pas l'ensemble des États membres de l'Union. Il convient de noter toutefois le fait que la Suède devrait rejoindre le Parquet européen en 2022, passant à 23 le nombre des membres de la coopération renforcée. En revanche, la situation est différente pour la Hongrie, la Pologne, l'Irlande et le Danemark, ce dernier bénéficiant d'un régime particulier, aussi connu comme « *opt out* », en ce qui concerne les mesures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Contrairement au Danemark, la Hongrie, la Pologne et l'Irlande peuvent rejoindre à tout moment le Parquet européen ; en attendant, le Parquet européen est occupé à signer des accords de coopération avec les autorités compétentes de chacun de ces États. Cela a notamment été le cas dès avril dernier avec le Bureau du Procureur Général de Hongrie. La non-participation de certains États membres constitue un véritable défi dans la mesure où ces États pourraient en principe constituer des maillons faibles dans le système de lutte contre la fraude au niveau européen. Il est alors souhaitable que les États membres encore hésitants rejoignent le Parquet européen parce que la protection du budget de l'Union européenne requiert un effort coordonné de la part de l'ensemble des États membres, comme l'exige aussi le Traité (article 325 TFUE)..

9. Parquet européen, « *Estimated damages to EU budget in ongoing Eppo investigations : almost €4.5 billion* », Communiqué de presse, 14.9.2021, disponible sur <https://www.eppo.europa.eu/en/news/estimated-damages-eu-budget-ongoing-eppo-investigations-almost-eu45-billion>.

22 - En tout état de cause, la capacité du Parquet européen à s'imposer comme l'acteur principal de la lutte contre la fraude exige une étroite collaboration avec les autorités compétentes des États membres – participants et non-participants – mais pas seulement. En effet, le Parquet européen devra également travailler en étroite collaboration avec un ensemble d'autorités tant européennes qu'internationales. Le Parquet européen devra par exemple construire des synergies avec Europol, l'OLAF et Eurojust avec qui il a déjà conclu des arrangements de travail tout comme avec d'autres institutions, agences ou organes européens comme la Commission, avec qui il a également signé un accord en juin 2021. Afin de renforcer l'efficacité et la légitimité aux yeux des citoyens européens, la complémentarité et la non-duplication des tâches doivent être les principes fondamentaux des relations de travail avec les autres institutions et agences.

23 - Quant aux partenaires qui se trouvent au-delà des frontières européennes, la Commission ainsi que les États membres doivent faire en sorte que le Parquet européen soit en position de collaborer de manière efficace avec les États tiers, par exemple ceux-ci où la fraude et tout autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union peuvent être commises ou dans lesquels le blanchiment d'argent lié à de telles activités peut avoir lieu. Cela passe, entre autres, par la reconnaissance du Parquet européen comme autorité compétente dans le cadre des mécanismes prévus par la Convention européenne de 1959 d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe et ses deux Protocoles additionnels.

24 - Un autre enjeu est directement lié à la mise en place du règlement européen au sein des États membres. Bien que la très grande majorité des États membres participant aient déjà des législations nationales adaptées au travail du Parquet européen, il est très probable que de nouveaux enjeux émergent à l'avenir découlant de l'expérience sur le terrain. Cela pourrait avoir pour conséquence la nécessité de nouvelles réformes de lois nationales afin de donner au Parquet européen les moyens de sa réussite. Le Parquet européen reposant, dans son travail de terrain, sur les systèmes juridiques nationaux, l'adaptation de ces derniers n'est pas une tâche qu'il sera possible d'accomplir en une fois ; il s'agit davantage d'un effort continu qu'il faudra certainement mener de manière régulière car la réussite du Parquet dépend non seulement de l'organe en question mais aussi, de manière plus générale, de l'Union européenne dans son ensemble. Une importante responsabilité incombe évidemment à la Commission qui devra suivre de manière très assidue les éventuels problèmes que pourrait rencontrer le Parquet européen sur le terrain et garantir que les législations nationales soient et restent adaptées au fonctionnement du Parquet européen afin de garantir sa pleine efficacité.

25 - De façon similaire, le législateur européen aussi garde une certaine responsabilité dans la mesure où le règlement sur le Parquet européen pourra, et peut-être devra, évoluer afin de garantir le succès du Parquet et répondre aux enjeux qu'il rencontrera sur le terrain. Dans ce sens, la Commission devra présenter au plus tard en juin 2026 un rapport d'évaluation de la mise en œuvre et de l'impact du règlement, ainsi que de l'efficacité et de l'efficience de l'action du Parquet européen et de ses pratiques professionnelles. Nous avons fait le choix de nous doter d'un outil ambitieux pour lutter contre la fraude, il nous en incombe alors la responsabilité de lui donner le moyen de ses ambitions.

26 - La question de l'extension des compétences du Parquet européen peut également se poser dans le futur. Comme déjà mentionné, l'article 86(4) du TFUE prévoit la possibilité d'étendre les attributions du Parquet européen à tout autre type de criminalité grave ayant une dimension transfrontière. La lutte contre le terrorisme et les crimes environnementaux peuvent être perçus comme deux types de crime où il pourrait être nécessaire de donner une compétence particulière au Parquet européen. Concernant la lutte contre le terrorisme, des discussions ont déjà été entamées en 2018 au sujet de sa potentielle intégration au champ de compétences du Parquet européen<sup>10</sup>. Plus récemment, des députés européens se sont déclarés en faveur d'une extension du champ de compétences du Parquet européen aux crimes environnementaux, qui ont fait l'objet d'une nouvelle proposition de la Commission adoptée en décembre 2021 afin de remplacer l'ancienne Directive et étendre le champ d'application de ces infractions<sup>11</sup>. Bien que ces sujets soient primordiaux, il apparaît essentiel de laisser dans un premier temps le Parquet européen faire ses preuves et capitaliser sur ses succès en matière de lutte contre la fraude avant d'envisager dans un second temps la possibilité d'étendre ses compétences à ces types de crime. Cependant, l'idée n'apparaît pas comme étant irréaliste et il s'agira d'en étudier le moment venu la possibilité et les conséquences sur le bon fonctionnement du Parquet.

## Conclusion

27 - Nombreux sont ceux qui soulignent le caractère révolutionnaire du Parquet européen qui peut être appréhendé comme un point de bascule dans l'objectif de construction de l'espace pénal européen puisqu'il vient métamorphoser la logique à l'œuvre à travers une évolution de la lutte contre la fraude. La mise en place du Parquet européen constitue en effet une réponse très efficace et en même temps sans précédent à la lutte contre la fraude et la corruption. Il est essentiel d'insister sur le fait que le développement de l'Union européenne doit aller de pair avec le développement d'une compétence pénale européenne. Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2021, une autorité européenne indépendante est compétente pour enquêter et poursuivre les crimes affectant le budget européen tout en garantissant le plein respect des droits fondamentaux des personnes impliquées dans ses procédures pénales. Le règlement sur le Parquet européen est un exemple éclatant de la volonté des États membres de partager une part de leur souveraineté avec l'Union européenne en matière pénale. Le processus d'intégration européenne en matière pénale a finalement pris une route sur laquelle l'Union européenne et ses États membres ont décidé d'approfondir leurs relations afin de garantir pour les générations futures une Europe meilleure, plus proche de ses citoyens et finalement plus sûre. Nul doute que le Parquet européen aura été un précurseur sur cette route, mais le chemin est tracé par nous tous. ■

10. Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil européen, « Une Europe qui protège : une initiative pour étendre les compétences du Parquet européen aux infractions terroristes transfrontières », COM(2018) 641 final, 12.9.2018.

11. Commission européenne, « Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC », COM(2021) 851 final, 15.12.2021.

## 9 European sovereignty and the rule of law : Strategic aspects of legal professional privilege



Jonathan MARSH\*,

President of the European Company Lawyers Association (ECLA),  
Vice President of l'Association Française des Juristes d'Entreprises (AFJE),  
Directeur Juridique Adjoint of TotalEnergies Marketing Services (TEMS)

1 - Though perhaps not as immediately apparent as energy security or joint military defense, the promotion and protection of the rule of law is one of the fundamental objectives of the European Union and indeed a critical element of its sovereignty<sup>1</sup>. Legal professional privilege (LPP) is one essential aspect of the rule of law, allowing clients to share all information with a trusted legal advisor to obtain advice and counsel, and to receive back such advice and counsel without reservations. LPP encourages « *full and frank communication between attorneys and their clients* » in order to « *promote broader public interests in the observance of law and administration of justice* »<sup>2</sup>.

2 - This fundamental aspect of the rule of law should apply equally to in-house counsel working in companies and external lawyers working in law firms to protect the rule of law within Europe and from the sovereignty perspective, ensure a level playing field and fair competition with common law jurisdictions outside Europe. LPP is currently accepted in most EU member states and the vast majority of OECD countries. Yet significant exceptions persist in Europe as a whole and particularly in France and Italy. At the EU level, LPP has been disproportionately restrained for internal lawyers in the realm of competition law. These exceptions weaken the rule of law in Europe and adversely affect its sovereignty and competitive position.

3 - In-house lawyers perform the same function as outside attorneys, even if only for one client. In-house legal departments provide a cost-effective way of managing frequent legal challenges for companies. Seeking advice from external lawyers is expensive. In-house lawyers have a better understanding of their client's activities and can often respond more quickly than external counsel. As a result, an increasing proportion of legal budgets is allocated in-house<sup>3</sup>.

4 - The freedom to choose one's trusted counsel is inherent in the fundamental right to a fair and public hearing before an independent and impartial tribunal, set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). The ECHR recognizes the right of a person charged to « *defend himself in person or through legal assistance of his own choosing* »<sup>4</sup>. The United Nations has similarly recognized that « *[a]ll persons are entitled to call upon the assistance of a lawyer of their choice to protect and establish their rights* »<sup>5</sup>.

5 - These principles do not distinguish between external and internal counsel. Therefore, it is not surprising that beyond most EU member states<sup>6</sup> and the vast majority of OECD countries<sup>7</sup>, significant legal jurisdictions such as the United Kingdom<sup>8</sup> and the United States<sup>9</sup> recognize and protect such privilege as well, irrespective of whether the lawyer works in a law firm or in a company's in-house legal department.

6 - Yet European jurisprudence has taken a different view, notably in the *AMS* and *Akzo* cases, where courts ruled that there can be no legal privilege unless the exchange with the lawyer is connected to the client's rights of defense and emanates from « *independent lawyers* » restricted to those not bound to the

- 
4. European Convention on Human Rights, Article 6(3)(c).
  5. *Basic Principles on the Role of Lawyers*, § 1, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.
  6. See Table I, ECLA and ACCE research, October 2021. Available at : [https://ecla.online/profession-2/].
  7. An OECD Report published in 2019 found that more than half of the jurisdictions it surveyed recognized legal privilege over communications between a company and its in-house lawyers. See OECD, *Working Party n° 3 on Co-operation and Enforcement, Treatment of Legally Privileged Information in Competition Proceedings, Background Paper by the Secretariat*, p. 11, 31 January 2019, available at : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)5/en/pdf]. See also the Lex Mundi Global Attorney-Client Privilege Guide, available at : [https://interactiveguides.lexmundi.com/lexmundi/lex-mundi-global-attorney-client-privilege-guide/comparison].
  8. See, for example, *Financial Services Compensation Scheme Limited v. Abbey National Treasury Services Limited*, EWHC 2868 (Ch) (2007) at § 9 (« [P]rivilege applies to communications for the purpose of receiving legal advice not only with a lawyer in independent practice but also with an in-house lawyer employed by the client. »). The law of legal professional privilege in Scotland and Northern Ireland largely follows the position in England and Wales. See, for example, *R (Prudential plc) v Special Commissioner of Income Tax (SC(E))*, 2 WLR 325, 351A, 2013.
  9. For New York, see *Rossi v. Blue Cross & Blue Shield of Greater New York*, 73 N.Y.2d at 591-592, 1989. For California, see *Bank of Am., N.A. v. Superior Court*, 212 Cal. App. 4th 1076, 1099, 2013.

---

\* The author's views expressed in this article are his own and do not necessarily represent the views of TEMS. The author gratefully acknowledges the contributions of Marcus Schmitt, General Manager ECLA, Jean-Philippe Gilles, President-elect AFJE, Laure Lavorel, Présidente Cercle Montesquieu, Javier Ramirez, VP Advocacy, Association of Corporate Counsel Europe and Maurits Dolmans, Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton.

1. This point was emphasized by President Macron who developed this theme extensively and stated « *L'État de droit est notre trésor* » during his speech to the European Parliament, January 19, 2022, available at : [https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/01/19/discours-du-president-emmanuel-macron-devant-le-parlement-europeen].
2. *Upjohn Co v. United States*, 449 U.S. 383, 389, 1981.
3. Thomson Reuters Legal Executive Institute, 2018 *Report on the State of Corporate Law Departments*, p. 5, 2018, available at [www.legalexecutiveinstitute.com/wp-content/uploads/2018/02/2018-State-of-Corporate-Law-Departments-Report.pdf].

client by a relationship of employment<sup>10</sup>. In *Akzo* the Court also found important the lack of any predominant trend in 2007, among the 27 member states, towards protection under LPP of communications with in-house lawyers, despite « *the fact that, in 2004, ten new Eastern European countries had joined as Member States that had no tradition of privilege, and certainly no in-house counsel privilege* »<sup>11</sup>.

7 - The *Akzo* and similar decisions are misguided and out of date, insofar as in-house counsel are independent by design<sup>12</sup>, their roles have evolved significantly, and the majority of member states recognize LPP, as indicated in Table I.

8 - They are subject to the same professional conduct rules as lawyers in private practice. These rules generally require counsel to act in an independent manner, including when they are working in an in-house position<sup>13</sup>. From a practical perspective, businesses expect to receive independent, frank, and correct legal advice from their in-house lawyers. Hiring in-house counsel without allowing them the necessary level of intellectual independence to do their jobs would be entirely irrational. Such an approach would risk rendering the in-house lawyer's advice less reliable and undoubtedly less valuable to the Company. To ensure they create value for their client, in-house lawyers need to remain intellectually independent. This is not only to comply with their professional conduct rules, but to fulfill their mandate as employees.

9 - Multinational companies are subject to an increasing body of laws, rules, and regulations in a large number of national and supranational jurisdictions. Their management need competent legal advice regularly on a range of complex questions.

10 - In-house lawyers perform the role of compliance « *gatekeeper* » in this context<sup>14</sup>. They can perform this task better where they have an in-depth understanding of the business and how strategic decisions are made. As one in-house lawyer interviewed for a global study by KPMG mentioned, « *the more*

*we know about the business [...] the more effective we are* »<sup>15</sup>. Unfortunately EU law seems to be going in the wrong direction on this topic – the recent directive on whistleblowing provides an exemption for LPP<sup>16</sup> which may not be applicable to company lawyers who are not registered with a bar. This flies in the face of effective compliance insofar as in-house counsel are better equipped to deal quickly with internal investigations resulting from reports on a whistleblowing hotline. Requiring companies to hire outside lawyers to protect LPP will result in increased costs and longer delays.

11 - Without generalized legal privilege for in-house lawyers in Europe, companies with operations in the EU must choose between the benefits of having an empowered and effective legal department in jurisdictions outside the EU which protect legal privilege or relying more extensively on outside counsel. The latter outcome would result in higher costs<sup>17</sup> and reduced efficiency and competitiveness, notably because companies would need to instruct external counsel losing time and money for matters that could effectively be undertaken by the in-house legal team, solely for the purposes of legal privilege. Worse, once a budget is consumed, a company could decide not to seek legal advice at all for certain questions, thus hindering compliance efforts and increasing legal risk for EU companies. Finally, loss of the strategic head offices in the EU in favor of more LPP favorable jurisdictions adversely affects sovereignty.

12 - LPP is protected by the ECHR, based on two fundamental rights : the right for legal assistance of one's own choosing under Article 6 ; and the protection of private life under Article 8. These rights are safeguarded in the European Union as general principles of EU law, including through the EU Charter, guided by the ECHR and its interpretation by the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECtHR)<sup>18</sup>. The existing EU law (*Akzo*) and the laws of those member states not providing LPP protection introduces a disproportionate and discriminatory restriction of both principles.

13 - Article 6(3)(b) and (c) ECHR guarantee the right to have adequate time and facilities for the preparation of one's defence, and the right to defend oneself through legal assistance of one's own choosing (or in person). The ECtHR has ruled that the assistance of a lawyer would lose much of its usefulness without legal privilege<sup>19</sup>, and that « *[i]t is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for that reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged* »<sup>20</sup>.

14 - The ECtHR has extended the protection of private life under Article 8 ECHR to communications with legal counsel and emphasized that such communications should enjoy strengthened protection<sup>21</sup>.

10. *AM&S Europe Limited v. Commission of the European Communities*, Case 155/79, ECR 1575, 18 May 1982 ; and CJEU, Case C-550/07 P., *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals v. European Commission*, Reports of cases 2010 I-08301, 14 September 2010.

11. M. Dolmans & Dr. J. Temple Lang, « *The Independence of In-House Counsel* » in P. Coens & Pr. C. Roquilly (eds.), ECLA White Paper, *Company Lawyers : Independent by Design*, p. 18, 2012. Available at : [https://ecla.online/profession-2/].

12. The ECLA White Paper carrying this title includes articles in support of this statement « independent by design » contributed by nearly 60 renowned and internationally prominent legal practitioners (company lawyers, law professors, heads of professional associations and outside counsel) originating from more than 20 countries across four continents. P. Coen & Pr. C. Roquilly (eds.), ECLA White Paper, *Company Lawyers : Independent by Design*, 2012.

13. In England & Wales, Principle 3 of the Solicitors Regulation Authority Principles and Rule C3 of the Bar Standards Board's Code of Conduct. Oxford University Press. SRA / SRA Handbook – Code of Conduct – SRA Code of Conduct 2011 / Solicitors Regulation Authority (no date). Available at : [http://www.sra.org.uk/solicitors/handbook/code/content.page] and BSB's Code of Conduct available at : [https://www.barstandardsboard.org.uk/the-bsb-handbook.html#]. In the United States, Rule 2.1 of the American Bar Association Model Rules of Professional Conduct provides : « *In representing a client, a lawyer shall exercise independent professional judgment and render candid advice.* » American Bar Association [ABA], Center for Professional Responsibility, Model Rules of Prof'l Conduct, R. 2.1, 1983. See also the ECLA Model Rules Article 4 : « *Company lawyers are expected to execute at all times their missions with an independent mind (in particular when it concerns their analyses, drafting and advices) while remaining loyal to the Company. Independence is an essential permanent professional duty in the practice of company lawyers.* » Available at [https://ecla.online/wp-content/uploads/2017/12/ecla-code-of-ethics.pdf].

14. Egon Zehnder International, *The General Counsel and the Board*, p. 12, 2011.

15. KPMG International Cooperative, *Beyond the Law : KPMG's Global Study of how General Counsel Are Turning Risk to Advantage*, p. 11, 2012.

16. Directive 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law, Article 3.3.b and Article 8, 23 October 2019.

17. Thomson Reuters Legal Executive Institute, *Op. Cit.* supra note 3, p. 6.

18. Charter of Fundamental Rights of the European Union, Preamble (« *This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Union and for the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Union and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights.* »).

19. ECtHR, *S. v. Switzerland*, § 48, 28 November 1991 ; ECtHR, *Castravet v. Moldova*, § 50, 13 March 2007.

20. ECtHR, *Campbell v. United Kingdom*, A-233, § 46, 28 February 1992.

21. ECtHR, *Michaud v. France*, § 118, 6 December 2012 : « *The result is that while Article 8 protects the confidentiality of all « correspondence » between*

15 - Any interference with the rights guaranteed in Article 6 and 8 ECHR-and, therefore, the privileged protection of attorney-client communications-must pursue and be proportionate to a legitimate goal<sup>22</sup>. Restricting or refusing legal privilege for in-house counsel does not meet the requirement of proportionality.

16 - Beyond these policy reasons, there are significant issues of sovereignty and competitiveness of European jurisdictions affected by LPP.

17 - Companies operating in EU jurisdictions not protected by LPP also run the risk of having their in-house legal opinions seized by foreign judicial authorities in criminal proceedings or by foreign civil opponents in a discovery process. These disclosures can result in disastrous legal, financial, and reputational consequences on EU companies, with potential adverse political and sovereign impact, legal credibility, and economic competitiveness.

18 - These risks were well documented in the recent Gauvain Report<sup>23</sup> to the French National Assembly, which observed that due to those risks, French companies tend to refrain from requesting written opinions from their in-house lawyers, which weakens the legal department and excludes lawyers from strategic discussions (which as discussed above are essential to allow lawyers to provide appropriate advice). French companies are also an easy target for foreign judicial authorities which can more easily prosecute absent the LPP, thereby increasing legal risk and reducing competitiveness. Finally, French companies are left with the option of recruiting non-French qualified lawyers outside France or relocating legal departments outside France, solely to benefit from LPP.

19 - Though the Gauvain report strongly recommended adoption of LPP for in-house counsel, this reform has not yet occurred, facing strong opposition from enforcement and regulatory authorities concerned about potential hindering of investigations and potential black boxes in companies and private bar concerned about the growing strength of the in-house legal profession.

20 - On the regulatory front, these concerns are completely unfounded and show misunderstanding of how LPP works in practice. Curiously, common law countries which allow strong LPP for in house counsel consider the LPP as a pillar of the rule of law even in the enforcement context. As an example, recently the French Competition Authority requested comments on their draft guidance on competition law compliance programs. The American Bar Association (ABA) Antitrust Section commented,

*individuals, it affords strengthened protection to exchanges between lawyers and their clients. This is justified by the fact that lawyers are assigned a fundamental role in a democratic society, that of defending litigants. Yet lawyers cannot carry out this essential task if they are unable to guarantee to those they are defending that their exchanges will remain confidential.* » See also ECtHR, *Kopp v. Switzerland*, § 50 et al., 25 March 1998, and ECtHR, *Lambert v. France*, § 21, 24 August 1998. See also ECtHR, *R.E. v. United Kingdom*, § 131 (27 October 2015) : « The Court therefore considers that the surveillance of a legal consultation constitutes an extremely high degree of intrusion into a person's right to respect for his or her private life and correspondence ; higher than the degree of intrusion in *Uzun* and even in *Bykov*. Consequently, in such cases it will expect the same safeguards to be in place to protect individuals from arbitrary interference with their Article 8 rights as it has required in cases concerning the interception of communications, at least insofar as those principles can be applied to the form of surveillance in question. »

22. In particular, Article 8 ECHR allows restrictions on the right to private life only to the extent necessary for the « national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or [...] the protection of the rights and freedoms of others. »

23. R. Gauvain, C. D'Urso, A. Damais & S. Jemai, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, 26 June 2019.

specifically expressing concern over the fact that LPP is not allowed for in house counsel in the compliance context<sup>24</sup>. Other observers, such as Ben Heineman, former General Counsel of GE, are stunned and perplexed at the lack of LPP in Europe : « (...) in Europe, inside lawyers may not be members of bar associations and, in an infamous, wrong-headed – indeed, laughable – decision the European Court of Justice ruled that lawyers employed by corporations could not invoke the protections of the attorney-client privilege because they were not as « independent » as outside counsel (who, of course, are totally dependent on clients for their livelihood. »<sup>25</sup>.

21 - Likewise, the OECD recently adopted a recommendation of *Transparency and Procedural Fairness in Competition Law Enforcement*, which establishes common standards for competition law enforcement and aims to support the impartial and reasonable treatment of investigated parties and the exercise of their rights of defense, especially by considering, developing, updating or strengthening policies regarding the handling of privileged communications between attorneys and clients and respecting applicable legal privileges<sup>26</sup>.

22 - Regarding the private bar, these concerns are also unfounded insofar as the in-house counsel does not seek to represent their clients before the courts, thus not displacing dispute resolution external counsel. Likewise, regarding general in-house advice, the concern is unfounded because strong in-house legal departments imbedded in the business are more likely to identify technical, innovative, and sophisticated legal issues arising from the evolution of their companies that require support from external counsel to address.

23 - Regarding the danger to sovereignty, the Gauvain report cites several cases where French companies have been charged with violations of foreign laws with extraterritorial application. Yet here the playing field is not level. If a US or UK company were to be charged with a violation of the FCPA for example, the LPP protected legal advice of the in-house counsel would not be available to investigators. However, the same advice would be freely available to foreign investigators or foreign civil plaintiffs merely because the target company and in-house legal department are in France. The same would apply if a US prosecutor obtains LPP protected legal advice from a French company for example, using the Cloud Act procedures.

24 - The implications of these investigations can be devastating and have adverse strategic impacts within the EU. In the case of

24. « The Framework correctly notes that lawyers play an important role in company compliance programs. However, in some jurisdictions, in-house lawyers are severely challenged in developing and promoting compliance programs by the absence of legal privilege protection, which means their work can be seized and used against the company. Lack of privilege sends a message to company lawyers not to fully document their work, and influences company employees to be less open and forthcoming with their in-house lawyers. Another result of lack of privilege for in-house counsel is that compliance work must be handed off to much more expensive outside counsel. Given the high costs, it is possible that such important compliance work may not be undertaken. Furthermore, as in-house counsel are generally more familiar with the structure and the individuals within a company, if they were protected by privilege, they likely would be more successful advocates for a strong compliance culture and be able to provide advice on compliance issues at an earlier stage than external counterparts. » ABA – Antitrust Law Section, *Joint Section Comments on The French Competition Authority Draft Framework on Implementing Compliance Programs*, 23 December 2021. Available at : [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust\\_law/comments/december-2021/comments-122321-france.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/december-2021/comments-122321-france.pdf)].

25. B.W. Heineman, Jr., *The Inside Counsel Revolution*, p. 452, 2016.

26. OECD, *Recommendation of the Council of Transparency and Procedural Fairness in Competition Law Enforcement*, OECD/Legal/0465, 2021, available at : <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0465>].

Alstom, one former division head F. Pierucci considers that the US FCPA investigation directly caused the divestiture in favor of GE of a strategic division of the group<sup>27</sup>. Pierucci also prepared a detailed comparison of fines imposed by US authorities in OFAC and FCPA related investigations against US versus European companies, showing a significant majority of cases and much higher fines levied against the EU companies. He also suggests that these types of laws and legal proceedings are being wielded as an increasingly effective weapon in a new form of economic warfare. Lack of LPP protection is obviously not the only cause, but strong LPP protection for EU companies would at least level the playing field as compared to US and UK companies, allowing EU companies to prepare more effective compliance programs using the LPP and to better defend themselves.

25 - An illustration of the strong position foreign laws with extraterritorial application have developed is evidenced by the material portion of the French compliance code devoted to such US and other foreign laws<sup>28</sup>. There is nothing wrong *per se* with extraterritorial laws, they have been well accepted historically in international law. This natural evolution is due to the increasingly interdependent nature of our world, as observed by Associate Justice Stephen Breyer « *we no longer have the luxury, even if we once did, of operating solely within the confines of our own country, as if the only law that mattered were our own* »<sup>29</sup>. Complying with these laws is required for companies in Europe yet doing so is rendered far more challenging for those in-house legal departments lacking LPP protection for their legal advice to companies on these issues.

26 - The French Senate has also recognized the risks to sovereignty arising from the LPP situation in a report on the international competitiveness and sovereignty implications of French company law. The report raises concerns over how the lack of LPP for French in-house lawyers can adversely affect French companies due to foreign discovery procedures and how certain companies are moving their legal departments abroad to counteract these risks<sup>30</sup>. Indeed, foreign investigators and civil plaintiffs in international investigations and disputes have used forum shopping to gain access to documents favorable to their cases in jurisdictions lacking LPP<sup>31</sup>. This situation impairs the principle of free circulation of services protected by the EU directive<sup>32</sup>, preventing companies from conducting their business activities across Europe with certainty about LPP protection for their in-house counsel providing advice cross-border.

27 - Despite this situation, the time is ripe for initiating a reform movement at the European level to clarify LPP in the legal professions. Indeed, significant changes have occurred since the *Akzo* case, both within the EU and in the EU's (and its members') interactions with the rest of the world, that amply justify revising the position of EU law towards protection of confidentiality of legal communications of in-house lawyers with his or her client.

27. F. Pierucci, M. Aron, *Le Piège Américain*, 2019.

28. For example, US law is set forth in the areas of Antitrust, Corruption, Data Protection, and Economic Sanctions : « *Department of Justice, Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*, p. 563, July 2019 ; Foreign Corrupt Practices Act, p. 1991, 1977 ; Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Cloud Act), p. 2467, 2018 ; A Framework for OFAC Compliance Commitments, p. 2633, 2019 ; M.E. Boursier, W. Feugère & E. Chevrier, *Code de la Compliance*, Dalloz, 2022.

29. S. Breyer, *The Court and the World, American Law and the New Global Realities*, p. 281, 2015.

30. M. Delebarre & C.A. Frassa, *Le droit français des entreprises : Enjeux d'attractivité internationale et enjeux de souveraineté*, avril 2015.

31. See for example *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Burke Inc.*, U.S. District Court S.D.N.Y. (2006).

32. Directive 77/249/EEC to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide service, 22 March 1977.

28 - As an illustration of this broad legal trend, we can consider the following developments :

(i) The national legal systems of Member States have evolved significantly showing a trend towards more explicit and broader recognition of LPP for in-house lawyers (such as in Belgium, France, Hungary, the Netherlands, Portugal, and Spain<sup>33</sup> ;

(ii) the CJEU jurisprudence has created favorable precedent, for example in the *REA* case, which creates a new concept of what constitutes an « independent lawyer »<sup>34</sup> ;

(iii) EU law has created a stronger legal basis for LPP as discussed above, with developments in the field of fundamental rights<sup>35</sup> (Charter of Fundamental Rights – Treaty of Lisbon) and developments in the EU secondary legislation such as the GDPR<sup>36</sup> ;

(iv) the evolving nature and role of in-house lawyers<sup>37</sup> ;

(v) the growing international calls for creating robust LPP protection for in-house counsel (e.g., the ABA and OECD statements *supra*).

29 - Perhaps more importantly, the profession and role of in-house lawyer has evolved significantly, as legal and regulatory frameworks have become more complex and international, and new professions have arisen in areas that are of strategic importance, such as compliance, other extra-territorial laws such as sanctions, export controls, supply chain due diligence, maintaining control over data (cloud issues).

30 - In a world of increasing global competition among states, law has become an economic weapon, as all stakeholders including corporations, governments and the legal profession acknowledge. There are sound policy reasons for protecting in-house legal advice, including the need to ensure efficiency of

33. Belgium : Recognition of LPP for in-house counsel members of the Belgian Institute for Company Lawyers (*Belgacom*, Court of Appeals, Brussels, 5 March 2013) ; France : internal documents summarizing/forwarding outside counsel's advice in connection with anticipated litigation are protected by the secret professionnel (Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 26 January 2022 (N° H 17-87.359 F-D ; N° 00083)) ; Hungary : LPP for in-house lawyers registered with the bar (Act LXXXVIII of 2017 on the professional activities of lawyers adopted on 13 June 2017) ; The Netherlands : Confirmation of LPP for registered Dutch in-house lawyers and for foreign lawyers registered in their country of practice (*Shell and others v. Dutch Public Prosecution Service*, Rotterdam District Court Judgment, 28 January 2021, ECLI :NL :RBROT :2021 :527) ; Portugal : LPP for in-house lawyers registered with the bar (Law N° 145/2015 of September 9 (Statutes of Bar Association) and Case N° 782/14.2TVLSB-A.L1-6) ; Spain : LPP for in-house lawyers registered with the bar (New General Statute of the Legal Profession in Spain recognizing LPP for in-house lawyers).

34. *University of Wrocław and Poland v. REA*, joined cases C-515/17 P and C-561/17 P (4 February 2020) : « 64. In that context, the lawyer's duty of independence is to be understood not as the lack of any connection whatsoever between the lawyer and his or her client, but the lack of connections which have a manifestly detrimental effect on his or her capacity to carry out the task of defending his or her client while acting in that client's interests to the greatest possible extent ».

35. The Treaty of Lisbon, Article 6.1 TEU provides that the Charter of Fundamental Rights has the same legal value as EU Treaties. The Charter of Fundamental Rights includes rights such as Respect for private and family life (Article 7), Rights of defense and a fair trial (Articles 47-48) and Freedom to conduct a business (Article 16).

36. The General Data Protection Regulation provides that the Data Protection Officer may perform his professional activity with independence notwithstanding being bound by an employment relationship and performing additional unrelated duties. Judgment of the Court of Justice, *Telekabel v. Constantin Film*, case C-314/12 UPC, § 50 (27 March 2014).

37. In-house legal departments are much more sophisticated with reporting structures that enable them to safeguard their independence and deal with conflicts of interest, the General Counsel almost always report directly to the CEO and the division lawyers generally have direct reporting lines within the legal function thereby reducing dependency on internal clients. B.W. Heineman, Jr., *The Inside Counsel Revolution* (2016) ; New York City Bar, *Report of the Task Force on the Lawyer's Role in Corporate Governance* (November 2006).

internal legal advice, and the promotion of a robust compliance culture the organization.

31 - Today, the majority of OECD member states recognize legal professional privilege not only for external lawyers but also for in-house counsel (21 countries recognize LPP to external and internal lawyers ; 15 countries only to external lawyers, and 2 countries do not recognize it either for external or inhouse lawyers)<sup>38</sup>.

32 - As a result of the current disparity and lack of legal certainty, businesses face unnecessary costs, administrative

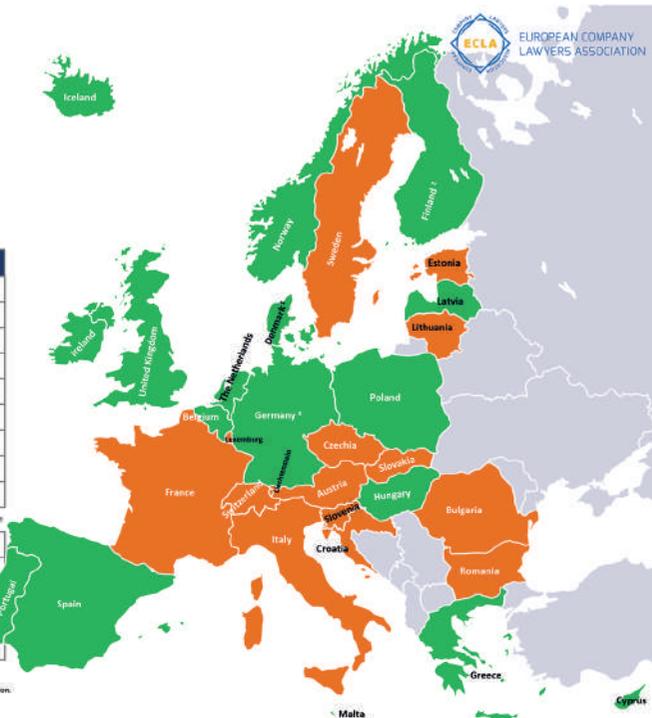
burdens and comparative disadvantages within the EU that additionally have a chilling effect on their efforts to comply with the increasingly sophisticated regulatory framework. Given these observations, this is the right time to open a dialogue between Member States and the European Commission and relevant stakeholders to assess whether new legislation to protect the confidentiality of communications between in-house lawyers and their clients should be proposed by the European Commission under its power to legislate on the establishment and functioning of the internal market (Article 114 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)) or another legal basis such as freedom of establishment (Article 50 TFEU), while pursuing LPP reform in the relevant Member States. ■

38. See Table I, ECLA and ACCE research (October 2021), available at : [https://ecla.online/profession-2/].

## LPP Landscape in Europe

Overview of Countries with and without Legal Professional Privilege for In-House Lawyers

	LPP for In-House Counsel		No LPP for In-House Counsel	
EU & EFTA (incl. UK)	Belgium	Latvia	Austria	Lithuania
	Cyprus	Malta	Bulgaria	Luxembourg
	Denmark <sup>1</sup>	The Netherlands	Croatia	Romania
	Finland <sup>2</sup>	Norway	Czechia	Slovakia
	Germany <sup>3</sup>	Poland	Estonia	Slovenia
	Greece	Portugal	France	Sweden
	Hungary	Spain	Italy	Switzerland
	Iceland	United Kingdom	Liechtenstein	
	Ireland			
	OECD (rmimg)	Australia	Israel	Japan <sup>4</sup>
Canada		Mexico	South Korea <sup>4</sup>	
Chile		New Zealand		
Colombia		United States		
Costa Rica				



<sup>1</sup> Some form of LPP: the legislative provisions specifically protect in-house lawyers from becoming members of the Advokatsforening, Denmark's National Bar Association.  
<sup>2</sup> Some form of LPP: Generally, not truly "advokatskaps", however granted in the context of legal proceedings.  
<sup>3</sup> Some form of LPP: Granted in civil law only.  
<sup>4</sup> No LPP for lawyers at all in this country.

## 10 La monnaie : manifestation d'une souveraineté européenne ?



Sylvie GOULARD\*,  
Sous-gouverneure de la Banque de France

1 - La monnaie, ornée de l'effigie du souverain, fait partie des attributs régaliens. D'après l'Évangile, c'est en demandant une pièce de monnaie que Jésus sépare le monde spirituel du temporel, invitant à « rendre à César ce qui est à César »<sup>1</sup>. Pour les responsables politiques qui ont porté le projet de monnaie unique, à partir du Conseil européen de Hanovre de juin 1988, l'Union économique et monétaire (UEM) devait sceller la « communauté de destin » des Européens. Après l'unification de l'Allemagne, la volonté du Chancelier Kohl, et des autres signataires du traité de Maastricht, est d'établir une paix durable, fondée sur des liens irréversibles.

2 - Pour les Européens qui l'utilisent tous les jours et y sont attachés, l'euro constitue aujourd'hui l'un des signes les plus tangibles de « l'Europe ». En les protégeant des turbulences, notamment en temps de crise et en facilitant les échanges, la monnaie unique a incontestablement contribué à consolider une souveraineté partagée (1). En raison des spécificités de la gouvernance européenne et du manque de représentation internationale, la question de qui est « le souverain » n'en reste pas moins entière (2), l'évolution géopolitique invitant à réfléchir à la souveraineté au-delà de la monnaie elle-même.

### 1. L'euro a contribué à la souveraineté européenne

#### A. - Une monnaie mondiale, stable

3 - Vingt ans après son lancement, l'euro est une monnaie reconnue dans le monde. C'est la deuxième devise internationale, loin derrière le dollar américain mais devant toutes les autres, y compris le renminbi chinois. La zone euro représente 12 % de l'économie mondiale mais environ 21 % des réserves de change, 23 % du stock international de dette, 16 % des prêts transfrontaliers, 17 % des dépôts et 37 % de la valeur des transactions internationales, soit un niveau qui se rapproche de celui du dollar (41 %) <sup>2</sup>.

4 - En dépit du scepticisme qui a précédé sa naissance <sup>3</sup>, notamment aux États-Unis, ces chiffres révèlent que l'Union

Européenne a réussi son pari. Chacun a pu constater la disparition du change qui facilite les échanges et les voyages, mis à l'abri des fluctuations de change.

5 - La monnaie unique inspire confiance, à la fois dans l'UE (le soutien des citoyens de la zone euro étant estimé à 79 % en moyenne, à 74 % en France) <sup>4</sup>, et en dehors de celle-ci.

6 - Alors que les paiements se numérisent, la demande de billets en euros ne cesse d'augmenter. La BCE estime que 20 à 25 % des billets en euros en circulation seraient détenus hors de la zone euro <sup>5</sup> et l'euro est couramment utilisé dans les Balkans par exemple.

7 - Vingt années durant, l'euro a en outre été une monnaie remarquablement stable, plus même que le Deutsche Mark, la devise allemande qui a servi de référence lors de sa création, avec un taux d'inflation moyen sur l'indice des prix à la consommation allemand divisé par deux, depuis la création de l'euro, par rapport au taux moyen pendant les deux décennies la précédant <sup>6</sup>.

8 - À cet égard, le mandat du système européen des Banques centrales <sup>7</sup> est clair : la stabilité des prix, avec un objectif d'inflation qui est désormais fixé à 2 % à moyen terme.

#### B. - A l'épreuve des crises

9 - Dans la crise financière qui a commencé en 2008, l'euro a montré sa capacité à protéger les économies européennes. Même s'il est impossible de dire ce qui se serait passé sans la monnaie unique et si certains ajustements ont pu être douloureux, son existence a évité les dévaluations nominales brutales qui se produisaient antérieurement. Les pays les plus fragiles ont bénéficié de l'appui des partenaires européens plus solides, à la fois vis-à-vis des marchés et dans les négociations avec le FMI. Créé dans l'urgence, le Mécanisme Européen de Stabilité (MES) représente un outil de gestion de crise utile, bénéfique pour la stabilité de toute la zone euro.

10 - À l'été 2012, à la suite du Conseil européen de la fin juin qui a ouvert la voie à une action plus résolue de la Banque centrale européenne, son Président Mario Draghi a déclaré qu'il

\* L'auteure remercie Pierre-François Weber, Christophe Arnaud et Jean-Baptiste Gossé pour les échanges qui ont nourri ce texte ; elle s'exprime à titre personnel.

1. *Évangiles synoptiques* : Marc 12,17, Matthieu 22,21 et Luc 20,25.  
2. Banque centrale européenne, *The international role of the euro*, juin 2021. V. aussi le dossier en 3 volets du Bulletin de la Banque de France – 229/5 à 7, mai-juin 2020. V. aussi Swift, rapport *RMB tracker*, décembre 2021.  
3. L. Jonung, E. Drea, *The euro : It can't happen, it's a bad idea, it won't last. US economists on the MEU, 1989-2002* in *European Economy* – European Papers, décembre 2009. Ou les articles du Prof. M. Feldstein qui prédisait dans *Foreign Affairs*, en 1997, qu'il serait une grave source de dissensions

entre Européens (V. M. Feldstein, *EMU and International Conflict*, Foreign Affairs, Novembre-Décembre 1997).

4. *Enquête Eurobaromètre standard du printemps 2021 (EB 95)*, Commission Européenne, Septembre 2021.  
5. Banque centrale européenne, *Issuance and circulation*. Estimations de la Banque centrale européenne sur la part des billets en circulation en valeur, disponible en ligne : <https://www.ecb.europa.eu/euro/intro/issuance/html/index.en.html>.  
6. Banque de France et OCDE.  
7. Article 127 TFUE.

ferait « *tout ce qui est nécessaire* » pour préserver la monnaie unique. La BCE est parvenue à lutter contre les attaques spéculatives visant à fragmenter la zone euro, notamment en se lançant dans une action massive de stabilisation des marchés ; le programme OMT (*Outright Monetary Transactions*) n'a finalement même pas été utilisé, sa seule annonce ayant eu un effet stabilisateur. Un soutien particulier a également été apporté aux banques pour éviter l'assèchement du crédit aux entreprises et aux ménages. Des programmes d'achat de dette souveraine sur le second marché et de titres des entreprises ont ensuite été imaginés. Autant de signes que, dans le respect des traités, l'autorité monétaire sait trouver les marges de manœuvre nécessaires pour s'adapter aux circonstances et renforcer la crédibilité de sa monnaie.

11 - Pour contrer les effets déstabilisateurs du COVID-19, l'Eurosystème a lancé en urgence, en mars 2020, un programme d'achat massif, de 1850 milliards d'euros (*PEPP, Pandemic Emergency Purchase Programme*). Les banques ont également reçu de nouvelles facilités pour accéder à la liquidité et ont bénéficié de mesures prudentielles, permettant par exemple d'utiliser des coussins de réserve. Des mesures budgétaires d'ampleur inédite, nationales et européennes, ont accompagné l'effort de la Banque centrale, notamment grâce à la suspension du pacte de stabilité et des règles relatives aux aides d'État. En juillet 2020, la création d'un fonds financé par une dette commune a permis d'envisager une relance de grande ampleur, confortée par la solidarité des participants (*NextGenerationEU*), à hauteur de 800 milliards d'euros.

12 - Ainsi, si l'on compare la réaction à la crise sanitaire à celle qui avait suivi la crise financière, l'action des pouvoirs publics européens a été plus rapide, plus convergente et de plus grande ampleur. Elle a consisté à protéger l'appareil productif et à préserver les revenus des ménages, soumis à un arrêt d'activité forcé, tout en améliorant le potentiel de croissance, en se tournant vers les secteurs d'avenir. De manière pragmatique, en action, l'UE a ainsi franchi une étape supplémentaire sur le chemin de la souveraineté partagée.

13 - Toutefois le partage du pouvoir ne se conçoit pas sans une prise de décision collective, ni sans contraintes. Ainsi, l'impossibilité de procéder à des dévaluations de change complique les ajustements, comme l'a douloureusement montré la crise grecque. Prises collectivement par le gouvernement grec et les pays partageant l'euro, les mesures drastiques, à caractère structurel (restrictions des dépenses publiques, pression sur les salaires) ont parfois été perçues par l'opinion grecque comme imposées de l'extérieur, au détriment de la souveraineté nationale. La « *troïka* » ayant géré la crise comptait ainsi le FMI, la BCE et la Commission européenne.

14 - L'imbrication de compétences nationales et de responsabilités européennes ne simplifie pas la compréhension de « *qui fait quoi ?* », d'où une question simple et redoutable à la fois : la souveraineté peut-elle se passer de souverain ?

## 2. La souveraineté peut-elle se passer de souverain ?

15 - L'Union Economique et Monétaire (UEM) présente plusieurs spécificités qui, toutes, ont un impact sur la souveraineté dans ses aspects internes (la capacité à décider) et externes.

16 - L'euro est une monnaie sans État, dépourvue de « *gouvernement* » au sens où on l'entend d'ordinaire dans les démocraties dotées d'une monnaie, c'est-à-dire un exécutif capable de décider de politiques économiques et sociales de manière autonome, contrôlé par un Parlement élu à la même échelle. Cette situation complique la conduite de la politique macro-

économique comme l'*accountability* de la politique monétaire. L'UEM repose en outre sur des règles ; c'est aussi une monnaie internationale sans représentation extérieure unifiée.

### A. - Une monnaie sans État

17 - L'euro étant la monnaie de l'Union<sup>8</sup>, l'Eurogroupe, créé « *en attendant que l'euro devienne la monnaie de tous les États membres* »<sup>9</sup>, n'est qu'une instance informelle du Conseil des ministres des finances des 27 (Ecofin). La zone euro n'a pas non plus de représentation parlementaire propre à 19, les élus européens représentant toute l'UE et non leur pays d'origine.

18 - En outre, même en faisant abstraction de la question du décalage entre la zone euro à 19 et l'UE à 27, l'UEM n'est pas dotée d'un exécutif équivalent, par exemple, à l'administration fédérale des États-Unis, contrôlée par le Congrès. Si le Président de la BCE répond de son action devant le Parlement européen (grâce au « *dialogue monétaire* » régulier devant la Commission ECON), les choix économiques et sociaux restent de la responsabilité de 19 gouvernements comptables de leur action devant les Parlements nationaux. Même après la création du fonds *NextGenerationEU*, qui va sensiblement augmenter le stock « *d'actifs sûrs* » en euros (« *safe assets* »), ce sont toujours les États qui émettent séparément l'essentiel de la dette en euros.

19 - Côté politique monétaire, la BCE tient des traités son indépendance<sup>10</sup> et de larges marges d'action, tout en se voyant interdire formellement la monétisation de la dette publique sur le marché primaire<sup>11</sup>.

20 - Côté politique économique, ce sont les États qui « *conduisent leurs politiques économiques* », dans le cadre d'objectifs et de principes partagés<sup>12</sup>. Ils sont invités par le traité à se « *coordonner* » en considérant leurs décisions comme étant « *d'intérêt commun* »<sup>13</sup>.

21 - Dans la crise des dettes souveraines, le FMI a ainsi dû discuter avec la Banque centrale européenne, interlocuteur unique sur le plan monétaire, mais aussi avec les gouvernements des États membres concernés ainsi qu'avec l'ECOFIN, l'Eurogroupe et la Commission. Les acteurs de marché, les commentateurs, notamment anglo-saxons raisonnent le plus souvent dans des schémas étatiques, sans toujours tenir compte de l'originalité de l'UE.

22 - La question de la légitimation démocratique des banques centrales, autorités puissantes, généralement indépendantes, est débattue partout dans le monde<sup>14</sup>. Dans la zone euro, elle se pose avec une acuité particulière, compte tenu de l'originalité de l'UEM et de la jeunesse relative de la monnaie unique. D'où l'importance du « *dialogue monétaire* » que nous venons de rappeler et du contrôle par la Cour de Justice de la légalité des décisions de la BCE.

### B. - La gouvernance par la règle

23 - Les États attribuant des compétences à l'UE, celle-ci agit dans le cadre des engagements qui les lient, consignés dans les traités et le droit secondaire.

24 - L'existence de règles détaillées tient au choix, fait à Maastricht, de ne pas créer d'organes communs de décision, dotés de pouvoirs discrétionnaires en matière économique et sociale.

8. Article 3§ 4 TUE.

9. Protocole n° 14 annexé aux traités.

10. Article 130 TFUE.

11. Article 123 TFUE.

12. Article 120 TFUE.

13. Article 121 TFUE.

14. P. Tucker, *Unelected power, the quest of legitimacy in central banking*, 2018 ; E. Monnet, *Démocratiser les Banques centrales et la monnaie*, 2021 ; S. Goulard, M. Monti, *De la démocratie en Europe*, 2012.

25 - Les règles sont d'autant plus complexes qu'elles résultent de négociations visant à aplanir des divergences culturelles persistantes entre les peuples qui participent à l'euro<sup>15</sup>.

26 - Les traités comportent aussi des engagements de fond, notamment des garde-fous chiffrés quant au déficit « excessif » et de la dette (3 % du PIB / 60 % du PIB)<sup>16</sup>. S'y ajoute, depuis mars 2012, un traité intergouvernemental conclu en dehors du cadre de l'Union, sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG, dit aussi pacte budgétaire ou « *fiscal compact* »), visant à réaffirmer et renforcer l'engagement mutuel en faveur de la discipline financière<sup>17</sup>, qui s'est superposé aux règles du pacte de stabilité et de croissance. Ainsi le droit secondaire a-t-il été doublé de nouvelles règles, ce qui n'a rien simplifié.

27 - L'expérience révèle une certaine difficulté à assurer la coordination des politiques économiques nationales, les gouvernements montrant parfois une certaine indifférence aux externalités, c'est-à-dire aux effets de leurs décisions politiques et sociales sur les autres, alors même que l'existence de déficits ou de surplus, de différences assez sensibles dans les âges de départ à la retraite, entre les coûts unitaires du travail ou les niveaux de fiscalité, ne sont pas sans incidence sur le dynamisme de la zone euro et la stabilité de la monnaie unique.

28 - C'est d'autant plus fâcheux que certains éléments de la théorie économique relative aux zones monétaires optimales font défaut dans la zone euro : la diversité linguistique réduit la mobilité des travailleurs et les transferts budgétaires étaient quasiment inexistantes avant la crise sanitaire. À cet égard, la création du fonds *NextGenerationEU* n'est pas négligeable. Olaf Scholz, alors ministre allemand des finances, l'a qualifiée de « *moment hamiltonien* », en référence à la mutualisation de la dette de guerre aux États-Unis qui a consolidé la fédération. L'histoire dira si, en effet, ce fonds censé être temporaire, marque une étape vers des transferts pérennes.

29 - La gouvernance par la règle est critiquée pour des raisons opposées. Pour certains, les règles communes n'ont pas été suffisamment respectées, notamment en raison de l'exclusion de la Cour de Justice dans le contrôle des engagements de discipline budgétaire<sup>18</sup>. Cette particularité n'est pas très connue en France, même si elle constitue l'une des spécificités de l'UEM par rapport au cadre juridique ordinaire de l'UE où les droits de recours prévus aux articles 258 et 259 TFUE jouent un rôle important dans le respect du droit<sup>19</sup>.

30 - Pour d'autres, les règles en vigueur dans ce domaine sont trop rigides et expliqueraient la faible croissance dans certains pays depuis deux décennies. Les deux argumentations qui ne s'excluent pas mutuellement, ont toutes deux une certaine pertinence. Sur le plan de la souveraineté qui nous intéresse dans cet article, il est aussi important de sauvegarder le principe d'un « *contrat moral* » qui donne à l'euro sa légitimité, que de défendre un modèle économique et social compétitif qui assure sa pérennité.

31 - Sans entrer dans ce débat hautement politique, trois remarques peuvent être faites.

32 - Tout d'abord, le recours à un cadre budgétaire fixé à l'avance répondait à l'origine au souci de préserver la souveraineté de chaque État membre. Conformément au principe de

subsidiarité, le traité laisse chaque gouvernement maître de ses préférences, pourvu que sa gestion ne mette pas l'euro en péril. Quelle pourrait être l'alternative ? La mise en place d'une autorité commune dotée d'un pouvoir discrétionnaire en matière de politique économique apporterait les avantages d'un pilotage commun, et sans doute d'une souveraineté européenne plus identifiée. Cependant quelles seraient les modalités de désignation (élection directe ?) et de contrôle (par le Parlement européen ?) de cette instance. Il en résulterait un transfert de prérogatives budgétaires des gouvernements et des Parlements nationaux.

33 - Même sans modifier la répartition des compétences et le cadre institutionnel, comment encourager la perception d'appartenir à un même ensemble dans une organisation largement fondée sur la subsidiarité ? Les difficultés à respecter les règles communes peuvent mettre en péril la confiance, surtout quand certains anciens adversaires de l'euro prônent désormais sa perpétuation sans se soucier des responsabilités qui s'y attachent. Et plus encore, quand nos sociétés ont besoin d'investissement et de croissance pour assurer la cohésion sociale et la transition énergétique et environnementale.

34 - Ainsi, jusqu'en 2019 la zone euro a eu des performances contrastées, certains pays comme l'Italie ayant souffert d'une croissance faible, la France et d'autres conservant un chômage élevé tandis que d'autres États membres, avec les mêmes règles et la même monnaie, affichaient de bien meilleurs résultats. Même l'innovation majeure que représentait l'introduction, en 2011, de la procédure des déséquilibres macro-économiques dotant la Commission européenne de pouvoirs accrus, n'a pas suffi à aplanir ces divergences. Or elles peuvent nourrir un ressentiment incompatible avec une « *communauté de destin* ». A cet égard aussi, le plan *NextGenerationEU* marque une étape importante.

35 - En deuxième lieu, la Commission a lancé un débat sur l'évolution des règles après la fin de la suspension du pacte de stabilité liée à la pandémie. Des modifications pourront être utiles mais encore faut-il avoir conscience qu'un assainissement des finances publiques exigera des efforts durables. La révision des règles peut le faciliter mais ne supprimera pas par enchantement la nécessité, pour réduire la dette et le déficit, de faire des arbitrages ou d'attaquer certains corporatismes.

36 - Enfin, pendant longtemps, ces règles ont été incomplètes. L'euro a été créé et a prospéré jusqu'à la crise financière sans supervision commune des banques et des compagnies d'assurances au niveau européen et sans marché des capitaux unifié. Depuis 2012, le retard a été en partie rattrapé, grâce à l'adoption de textes fixant des exigences en fonds propres pour les banques, créant une supervision bancaire à l'échelle européenne, ainsi que des mécanismes de résolution et un fonds de résolution unique, etc. Il reste encore des barrières à abattre pour faciliter la circulation des capitaux à l'intérieur du marché unique / de la zone euro et, là encore, les discussions posent la question de la souveraineté : appartient-elle toujours aux superviseurs nationaux, désireux de conserver sous leur contrôle les capitaux exigés des banques européennes pour mener leur activité ? Ou doit-elle revenir au niveau commun, en privilégiant l'effet de taille du marché ?

37 - De même, après le Brexit, la question de savoir comment s'organise, dans la zone euro, l'activité financière n'est pas tranchée. Le choix d'une approche décentralisée où celle-ci se partage entre différentes places (Amsterdam, Dublin, Francfort, Luxembourg ou Paris notamment) paraît favorable à la stabilité financière et assure du travail dans plusieurs grandes villes continentales, mais garantit-elle la meilleure allocation des ressources et une influence maximale dans la compétition mondiale ? La

15. M. Brunnermeier, H. James et J.-P. Landau, *The Euro and the Battle of Ideas*, 2016.

16. Titre VIII du traité TFUE ainsi que le protocole n° 12 annexé aux traités, de même valeur que ceux-ci.

17. Signé par 26 États, sauf le Royaume-Uni et la République tchèque.

18. Article 126§ 10 TFUE.

19. Recours en manquements de la Commission contre un État ou des États les uns contre les autres.

City tire son rayonnement de la concentration à Londres d'acteurs divers, offrant des services variés, adossés à un droit reconnu dans le monde entier.

38 - Dernier paradoxe à mentionner : jusqu'à la mise en place de *NextGenerationEU*, l'euro était une monnaie atypique, dépourvue d'un actif sûr supranational (*safe asset*). Désormais les émissions supranationales vont augmenter de manière significative. Quand on sait l'importance des titres de dette américaine (notamment du *T bill*) pour asseoir la suprématie du dollar, c'est un pas en avant considérable, bien que le retard ne soit encore que partiellement comblé<sup>20</sup>. En parallèle, de nouvelles ressources propres se dessinent pour permettre notamment de rembourser cette nouvelle dette commune.

39 - Il ne s'agit pas de minimiser ces étapes mais, sur le plan de la souveraineté, l'UE demeure encore dans un entre-deux : l'euro est irréversible, mais les États veillent farouchement à leurs prérogatives ; elle n'est toujours pas dotée d'un Trésor mais le MES a commencé à travailler en ce sens et le NGEU marque une étape ; elle ne possède pas non plus d'un Parlement pouvant assurer l'*accountability* et décider de ressources autonomes, même si des nouvelles ressources sont conçues, et non des moindres s'agissant du mécanisme carbone.

### C. - Une UEM, sans représentation externe ?

40 - Lors de la création de la monnaie unique, le choix a été fait, à dessein, de ne pas encourager activement un rôle international de l'euro, l'idée étant que la reconnaissance vienne peu à peu des marchés et des utilisateurs<sup>21</sup>. En conséquence, pas plus que l'UE, la zone euro n'a de représentation politique unique ni au G20, ni au FMI et à la Banque Mondiale. Même dans les enceintes techniques (IOSCO, comité de Bâle, IASB, etc.), la zone euro ne parle pas d'une seule voix. Le Parlement européen ne débat pas, de manière contraignante pour ceux qui y représentent les Européens, des positions prises dans les enceintes internationales économiques et financières.

41 - Cette « *neutralité* » volontaire qui pouvait avoir du sens dans les premières années de l'euro, le temps de consolider sa réputation, est-elle toujours d'actualité ? Il serait temps de réfléchir au moyen de renforcer l'influence collective des Européens et de donner réalité, dans ces enceintes, au marché unique et à l'euro. Les opinions publiques ne réalisent souvent pas de quels outils puissants l'UE dispose déjà : sa monnaie, respectée, tout comme sa politique de concurrence ; le levier des accords et les contre-mesures commerciaux ; la force du marché intérieur et d'un modèle social généreux. Ils sont parfois les premiers contributeurs d'instances perçues comme lointaines (IFRS, par exemple). Sans doute est-ce dû au fait que ces pouvoirs sont éparpillés, non incarnés.

42 - Le choix de ne pas organiser sa représentation externe est d'autant plus délicat que l'euro a été créé et continue à prospérer dans un système mondial de changes flottants. La fin de la convertibilité, au début des années 70, a contribué à mobiliser les Européens vers une union monétaire (avec la création du « *serpent* » puis du « *système* » monétaires européens), mais le flottement généralisé consolide désormais la domination de fait du dollar américain.

43 - Enfin, toute réflexion sur la souveraineté de l'euro ne peut se détacher d'autres questions, notamment diplomatiques et militaires.

### D. - La souveraineté est-elle sécable ?

44 - Depuis Jean Bodin<sup>22</sup>, la souveraineté a toujours été présentée comme un pouvoir identifié, s'exerçant sur un territoire, doté d'un ensemble d'attributs régaliens se renforçant mutuellement (le droit de battre monnaie et lever l'impôt, le pouvoir de légiférer et de rendre justice, de maintenir l'ordre). La souveraineté monétaire ne peut se concevoir isolément.

45 - Sur le plan technique d'abord, la politique monétaire ou la stabilité financière exigent des réglementations, voire des sanctions, en matière de contrôle des données, de lutte contre le blanchiment, le crime organisé et les cyber-attaques. Même si l'UE renforce actuellement son dispositif cyber (avec le règlement *Markets in Crypto-Assets (MiCA)*), des règles claires et une plus grande continuité entre moyens civils et militaires serait sans doute bienvenue. De nombreux États étudient en ce moment la création d'une monnaie numérique de Banque centrale, pour la BCE il s'agirait d'un « *euro numérique* », équivalent immatériel des billets. Si elle voit le jour, cette monnaie coexistera aussi avec des initiatives privées et autres crypto actifs appelant une action régaliennne (anti-blanchiment, de contrôle des données, etc.).

46 - En second lieu, nous avons déjà évoqué l'importance, pour la souveraineté de la zone euro, de politiques macro-économiques porteuses de croissance. L'historien britannique Paul Kennedy a montré le lien, sur longue période, entre influence et puissance économique<sup>23</sup>. Ses travaux antérieurs à la chute du mur de Berlin, moins présents dans le débat aujourd'hui, gagnent à être relus. Ainsi la compétitivité, la maîtrise de l'endettement, public et privé, participent aussi de la souveraineté en assurant qu'un pays reste dans la course et en ménageant des marges pour les générations futures, en cas de « *coup dur* ». Le contexte géopolitique, marqué par des revendications de puissance qui s'aiguisent<sup>24</sup>, invite à prendre conscience de notre vulnérabilité.

47 - Une finance privée agile, prête à prendre des risques est également cruciale pour rester dans la course à l'innovation (voir le précédent BioNTech Pfizer par exemple). L'existence d'une épargne européenne abondante est un atout, encore faut-il qu'elle soit bien allouée, aux produits présentant, à l'échelle du marché unique (*scale effect*), les meilleures perspectives.

48 - De même, l'enjeu climatique est si stratégique qu'une action combinée des autorités monétaires et politiques est nécessaire pour le « *verdissement* » de la finance. Les efforts de l'Euro-système en matière de climat ne sauraient occulter le besoin d'initiatives du pouvoir politique (réglementation, incitations, sanctions). A cet égard, les orientations pro-climat de la Commission européenne (*Green New Deal, Just transition fund, etc.*) vont dans le bon sens, tout comme le dynamisme des négociateurs européens dans les COP, et autres enceintes globales, sert la souveraineté européenne de long terme.

49 - Enfin la diplomatie, voire la coercition, passent parfois par la monnaie. Quand Donald Trump a dénoncé l'accord de non-prolifération nucléaire avec l'Iran, il a obligé les Européens à se plier à sa décision, en interdisant l'accès aux paiements en dollars à toutes les entreprises qui commerceraient avec l'État persique. Le réseau SWIFT, une association de droit belge, n'a pas été en mesure de résister aux pressions américaines. Le recours à des sanctions via SWIFT a été aussi évoqué dans le cadre de la crise diplomatique actuelle avec la Russie. Faute de contrôle de ses paiements, l'UE n'a pas pu mettre en œuvre ses choix diplomatiques. De même, l'augmentation des budgets

20. V. J.-B. Gossé, A. Mourjane, *Actif sûr européen : nouvelles perspectives in Le Bulletin de la Banque de France n° 234/6*, mars-avril 2021.

21. W. Duisenberg, cité dans J.-B. Gossé, A. Mourjane, *Op. Cit.*

22. J. Bodin, *Les Six livres de la République*, 1576.

23. P. Kennedy, *The Rise and Fall of Great Powers*, 1987.

24. V. par exemple T. Gomart, *Guerres invisibles. Nos prochains défis de géopolitique*, 2021.

militaires de la Chine, plus rapide que la diffusion du renminbi, pourrait *in fine* poser plus de problèmes aux Européens.

\*\*\*

50 - Nous vivons dans des temps d'interdépendance croissante : du changement climatique à la numérisation, la plupart des grands sujets de notre temps appellent une gouvernance mondiale. Dans une planète étroite où le capital naturel diminue, où les chaînes de valeur sont interconnectées, aucune puissance ne peut concevoir isolément sa sécurité et sa prospérité. La pandémie nous l'a rappelé. Le besoin de coopération multilatérale n'a jamais été aussi fort. Paradoxalement le contexte paraît moins favorable aux vues coopératives qu'il y a trente ans, lors de la chute du mur de Berlin qui a accéléré la naissance de l'euro.

51 - Les Européens peuvent être fiers d'avoir mis en place une forme nouvelle de souveraineté, dont la monnaie est la pierre angulaire même si, comme nous venons de le rappeler, le bilan est nuancé et l'entreprise de longue haleine.

52 - Accepté par les Européens, reconnue dans le monde, la monnaie unique a résisté au choc violent et aux dissensions nés de la crise financière. La crise sanitaire marque une nouvelle étape, sans aucun doute plus constructive : le pilotage macroéconomique convergent, la meilleure complémentarité entre

politique monétaire et politiques économiques, la création d'un titre de dette supranational sont, avec l'ambition climatique partagée, des avancées européennes tout à fait remarquables.

53 - Ce n'était pas un mince défi vu les doutes qui ont entouré sa naissance. Et maintenant ? Depuis 2017, le concept de « *souveraineté* » est de plus en plus présent dans les discours des chefs d'État et de gouvernement. Ursula von der Leyen, au nom de la Commission, évoque des enjeux géopolitiques. Nul ne sait toutefois quelles seront les prochaines étapes.

54 - Une partie de la réponse se trouve dans les traités qui, depuis les origines, évoquent « *l'union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe* ». L'Union n'est pas qu'une alliance d'États. Sa souveraineté se fonde sur des valeurs et des mécanismes démocratiques, supranationaux. Quelles que soient les prochaines étapes, les questions de légitimation démocratique de la décision, et de l'incarnation du leadership commun, seront cruciales. Le contrat de coalition allemand pose fort justement la question de la finalité en des termes de légitimité, d'efficacité et de souveraineté.

55 - Les premiers billets en euros avaient choisi de montrer des symboles architecturaux plutôt que des effigies. Christine Lagarde vient de lancer une réflexion sur de futures coupures. Derrière le choix de ces illustrations, c'est la question de savoir qui incarne l'Europe et d'où vient sa souveraineté qui est d'ores et déjà posée. ■

## 11 Freins et perspectives d'une union budgétaire européenne



Frédéric ALLEMAND,  
Université du Luxembourg



Jérôme CREEL,  
OFCE-Sciences Po et ESCP Business School

1 - Les avancées institutionnelles intervenues en Europe en 2020 pour contrecarrer les effets économiques et sociaux de la pandémie de Covid-19 ont pu être qualifiées de « *moment hamiltonien* », en souvenir de la constitution du budget fédéral américain à la fin du 18<sup>e</sup> siècle garantissant les dettes des États fédérés, capable d'émettre ses propres dettes et, surtout, en mesure de lever ses propres impôts. L'union budgétaire américaine était née, ce qui n'est toujours pas le cas de l'union budgétaire européenne. Est-il possible et même souhaitable d'y parvenir ?

### 1. Le cadre budgétaire européen en bref

2 - L'organisation budgétaire de l'Union européenne est basée depuis 1999 sur des politiques budgétaires nationales laissées à la discrétion des États mais limitées par des règles portant sur les déficits, les dettes et les dépenses publics. Elle inclut également un budget européen de taille modeste. Ce budget s'écarte sensiblement de celui attendu d'une union budgétaire et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, l'Union européenne ne dispose pas du pouvoir de lever des impôts spécifiquement européens et son budget doit être à l'équilibre. Le budget européen est abondé par des taxes, droits, cotisations perçues sur les opérateurs économiques dans le cadre de politiques communes, mais il l'est surtout par des contributions versées par les États membres. Le montant de celles-ci est établi au regard du produit de la TVA, du volume de déchets d'emballages plastiques non recyclés et du niveau de revenu national brut (RNB). Cette dernière ressource (dite « *ressource RNB* ») sert à équilibrer le budget. Elle représente les ? des ressources budgétaires. D'autre part, l'évolution du budget européen est doublement plafonnée. Le montant maximal des ressources attribuées à l'Union pour couvrir ses dépenses ne peut excéder 1,40 % du RNB des vingt-sept États membres. Pour conserver une certaine flexibilité budgétaire, les dépenses sont limitées à un peu plus de 1 % du RNB, contre 20 % en moyenne aux États-Unis, par exemple, entre 1962 et 2019. En 2020, le budget fédéral américain s'est même établi à 30 % du PIB, tandis que celui de l'Union européenne n'augmentait que de quelques dixièmes de point de pourcentage. Cela fait donc des différences de taille, car le budget fédéral américain, lui, n'a pas vocation à être constamment à l'équilibre.

3 - Les fonctions attribuées à un budget public sont de trois natures différentes : la redistribution des ressources, la stabilisation macroéconomique et l'affectation des ressources. Doté aussi modestement, le budget européen ne peut pas remplir les mêmes fonctions que celles qui sont assignées au budget fédéral des États-Unis. Il y a eu des choix à réaliser et ceux-là ont amené à

se concentrer sur quelques grands objectifs structurels – comme en atteste l'affectation de 49 % du budget en faveur de la politique agricole et de la politique de compétitivité – et sur la redistribution au travers de la politique de cohésion qui représente 34 % du budget européen. La stabilisation économique a donc été laissée entièrement entre les mains des États. Cependant, ceux-ci ne disposent pas d'une complète liberté dans la mobilisation de leur capacité financière. L'intégration des économies nationales au sein d'un grand marché intérieur, puis (surtout) l'établissement d'une union monétaire ont eu pour corollaire une obligation générale de discipline des finances publiques. Cette discipline compose une gouvernance complexe, dont les éléments les plus connus sont les « *critères de Maastricht* », à savoir le respect, par tous les États membres, de niveaux de déficit public et de dette publiques égaux respectivement à 3 % et 60 % du PIB.

4 - La crise sanitaire a bouleversé l'organisation budgétaire de l'Union européenne. Les règles de discipline applicables aux États membres ont été suspendues temporairement. Un plan de relance européen (*Next Generation EU, NGEU*) d'un montant de 750 milliards d'euros a été adopté pour faire face aux conséquences socio-économiques de la crise. Le budget européen s'en trouve sensiblement augmenté, mais là aussi temporairement. Cette augmentation est financée par la voie d'emprunts émis par la Commission au nom de l'Union européenne sur les marchés de capitaux. L'autre élément marquant tient à l'utilisation des produits d'emprunt : 390 milliards d'euros sont destinés à couvrir des dépenses européennes, c'est-à-dire à être versés aux États membres sous forme de subventions, tandis que le solde de 360 milliards d'euros le sera sous forme de prêts aux États. 80 % des subventions (312,5 milliards d'euros) et l'intégralité de la capacité de prêt sont concentrés dans un nouveau programme d'action de l'Union, la Facilité pour la reprise et la résilience (FRR). Celle-ci vise à « *réparer* » les conséquences socio-économiques de la crise et, surtout, à soutenir financièrement la réalisation de réformes structurelles pour renforcer la résilience des économies européennes. 37 % des fonds de la FRR sont destinés à soutenir les mesures en faveur du climat et 20 % en faveur du numérique.

5 - Utiliser les produits d'emprunt sous forme de subventions réalise une rupture par rapport à la pratique antérieure, où l'emprunt était intégralement et exclusivement adossé à des prêts conditionnés aux États. Cela avait l'avantage d'être neutre sur le plan budgétaire. Cette nouvelle approche réalise une mutualisation des risques financiers entre les États membres de l'Union européenne. En effet, la contribution maximale que chaque État membre peut recevoir au titre du plan de relance est fixée en proportion de son taux de chômage, de sa population et de son

revenu. Partant, les dépenses et leurs remboursements par pays ne seront pas parfaitement corrélés : il y aura des bénéficiaires nets et des contributeurs nets. Un pas a donc été franchi vers une union budgétaire européenne : le principe de solidarité par les dépenses qui prévaut dans le cadre de la politique de cohésion du budget européen, mais dont les effets attendus ne peuvent être que très limités vu les montants en jeu, a été complété par un principe de solidarité financière dans le cadre du plan de relance. Le pas ainsi franchi permettra-t-il d'aboutir à une véritable union budgétaire européenne ? Sans doute pas, car il y a encore loin de la théorie à la pratique. Les freins économiques, juridiques mais aussi politiques sont nombreux, même si la perspective d'adopter une union budgétaire renforcerait l'euro et l'intégration européenne.

## 2. Les freins à une union budgétaire européenne

6 - La création d'une union budgétaire européenne nécessite que soient préalablement résolues plusieurs questions d'ordre économique et juridique. Commençons par les questions économiques.

### A. - Les enjeux économiques

7 - Une union budgétaire requiert des ressources propres additionnelles, donc des impôts européens. Quels seraient-ils ? Le remboursement des emprunts utilisés pour les dépenses est supposé donner lieu à l'attribution de nouvelles ressources propres à l'Union. À défaut, la contribution due par chaque État membre au titre de la ressource RNB serait augmentée. Une perspective clairement rejetée par les pays « *frugaux* ». Un premier pas a été franchi en 2020 avec la création de la taxe « *Plastique* » ; elle devrait rapporter près de 7 milliards d'euros pour l'exercice 2022. D'autres pistes ont été avancées par le Conseil européen : une taxe carbone aux frontières de l'Union, le transfert d'une partie des recettes générées par la vente de quotas de CO<sub>2</sub>, une redevance sur le secteur numérique (« *taxe GAFAM* »), une taxe sur les transactions financières. Les trois premières pistes ont fait l'objet d'une proposition législative par la Commission européenne en décembre 2021, tandis que la dernière est en discussion depuis... 2011 ! Hormis l'imposition minimale des firmes multinationales du secteur du numérique négociée au niveau du G-20 (l'ex-taxe GAFAM), il n'existe pas aujourd'hui de consensus en Europe sur les ressources additionnelles. Si le Président de la République française, M. Emmanuel Macron, souhaite que le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières soit adopté pendant la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, rien n'assure qu'une telle décision sera prise dans les prochains mois. Le serait-elle qu'elle risquerait de n'intervenir que pour financer une capacité budgétaire commune temporaire. Ni les nouvelles ressources ni la FRR n'ont en effet vocation, pour le moment, à être pérennisées. Une fois la capacité d'emprunt exploitée ou le terme de la période d'activation de la FRR atteint (31 décembre 2023), plus aucun fonds ne pourra être engagé. Les seules questions restant à traiter porteront sur la bonne exécution des mesures financées au titre de la FRR et sur le remboursement de l'emprunt. Les enjeux climatiques requièrent cependant des ajustements pérennes des comportements des entreprises et des ménages, pour tendre vers une économie bas-carbone, et une protection contre les comportements non-coopératifs des concurrents commerciaux de l'Union européenne qu'un tel ajustement carbone aux frontières permettrait de compenser.

8 - Si la FRR et les ressources étaient finalement pérennisées, la question du périmètre des fonctions du budget commun vien-

drait à se poser. L'articulation des politiques budgétaires dans l'Union européenne fait coexister divers échelons administratifs : l'échelon local (communes, départements, régions), l'échelon national et l'échelon fédéral. Cette articulation doit pouvoir répondre au principe de subsidiarité, en assurant que l'échelon choisi soit le mieux à même de répondre aux fonctions attribuées à une dépense publique. C'est à cette aune qu'il faut définir les compétences à attribuer éventuellement à un budget fédéral conséquent.

9 - Pour simplifier, on peut dire que les politiques publiques dont les enjeux dépassent les frontières d'un pays méritent d'être centralisées au niveau fédéral. La transition vers une économie bas-carbone est de ceux-là. La réduction des émissions de carbone justifie sans aucun doute que soient mises en place des politiques européennes communes (le marché européen des droits à polluer, une taxe carbone, un ajustement carbone aux frontières, etc.) servant même éventuellement d'étalon pour d'autres pays. En réalité, toutes les actions conduisant à des effets de débordement au-delà d'un certain périmètre méritent d'être centralisées. C'est le cas des innovations qui produisent des effets de débordement positif – une innovation entraînant potentiellement une autre – comme des pollutions qui produisent pour leur part des effets de débordement négatif qu'il convient de réduire plutôt que de seulement les déplacer. Pour autant, notamment dans le cas des mesures à effet de débordement positif, il ne faut pas que la planification centralisée nuise à l'expérimentation et à l'innovation. L'effet de débordement succède à l'innovation. Cette dernière peut découler d'initiatives très locales, ce qui rend dès lors complexe la gestion des incitations à innover et celle de leurs conséquences. Pour éviter d'attribuer à un seul échelon la responsabilité d'une politique publique d'incitation ou de désincitation à un comportement lorsque celui-ci implique idéalement plusieurs, une seule solution : la coordination renforcée des différents échelons. La création d'une union budgétaire européenne ne pourrait donc se mettre en place qu'à condition d'organiser au mieux la séparation des compétences et des responsabilités avec les politiques budgétaires et fiscales nationales et locales.

10 - Une telle évolution se heurte à la variété des structures politiques internes aux États membres. Les pays organisés selon un modèle fédéral (Allemagne, Belgique notamment) sont habitués à concilier les intérêts des différents échelons administratifs. En revanche, ceux plus centralisés, comme la France, n'ont pas la même expérience des jeux politiques qu'implique une coordination des politiques publiques dans une gouvernance multi-niveau. À ce premier frein politique, s'en ajoute un second lié aux visions contraires exprimées par les États membres à propos du partage des risques financiers. La vision « *minimaliste* » privilégie la responsabilité individuelle des États et donc une action centrée sur la réduction des risques. La tribune co-signée par 154 économistes allemands en mai 2018 ou les appels à la responsabilité budgétaire lancés par les États dits frugaux (Pays-Bas, Autriche, Suède et Danemark), en sont de parfaites illustrations. À l'opposé, la vision « *globale* » inscrit le sens des responsabilités de chacun dans un contexte d'interdépendances qui justifie le développement de dispositifs efficaces de partage des risques entre États membres, entre marchés financiers, et entre opérateurs économiques. De ce point de vue, l'adoption de la FRR traduit un équilibre subtil entre ces deux visions : la mutualisation des risques sur laquelle repose le plan NGEU et la FRR en particulier, n'est acceptée qu'en tant que les produits de l'emprunt sont versés sous réserve de conditionnalité : la FRR n'est pas un chèque en blanc, mais un instrument d'incitation aux réformes dans une série de secteurs-clés identifiés au niveau européen. En soumettant un programme de réformes au titre de la FRR, chaque État membre s'engage à en réaliser les objectifs.

En outre, ce dispositif est temporaire et exceptionnel. Il n'avait pas vocation à se transformer en mode de gestion normal des finances publiques européennes lorsqu'il a été conçu. Le pérenniser reviendrait à effectuer un saut fédéral qui est loin d'être acquis en l'état actuel des débats européens.

## B. - Les enjeux juridiques

11 - L'Union ne dispose que des compétences que les traités lui attribuent. Dans le domaine budgétaire, l'attribution des compétences épouse un modèle de fédéralisme inversé.

12 - Le pouvoir budgétaire appartenant en propre à l'Union est atrophie et étroitement encadré. À l'exception notable de la ponction fiscale opérée sur le traitement de ses agents, l'Union ne dispose pas du pouvoir de lever l'impôt. De façon liée, elle ne peut pas s'endetter pour équilibrer son budget. Les ressources nécessaires pour couvrir ses besoins financiers lui sont attribuées sur décision du Conseil au terme d'un processus exigeant une double unanimité : celle des représentants des États membres réunis au Conseil, et celle des organes nationaux (parlements) chargés d'approuver la décision. L'unanimité exigée pour définir les moyens financiers de l'Union conduit à ce que le budget soit construit par référence aux ressources et non aux besoins. Toutefois, même ceux-ci se révèlent encadrés. Le cadre financier pluriannuel (CFP), adopté par le Conseil à l'unanimité après approbation du Parlement, définit le plafond maximal des dépenses publiques par grands domaines d'action et par année sur une période d'au moins 5 ans. Ce plafond est inférieur à celui des ressources propres, afin de donner une marge de manœuvre aux autorités budgétaires pour faire face à un événement imprévu. Enfin, les dépenses sont fléchées : près des ? des crédits budgétaires prévus au titre du CFP 2021-2027 sont pré-alloués et insusceptibles d'être réorientés au cours de la période de programmation budgétaire. Ces caractéristiques excluent de considérer le budget de l'Union comme la vingt-huitième politique budgétaire dans l'Union. La coordination budgétaire n'existe qu'entre les politiques des États membres.

13 - La compétence de l'Union pour coordonner les politiques économiques des États membres est contrariée : la réalisation des objectifs socio-économiques des traités et, plus spécifiquement, la gestion des effets de débordement, repose sur des instruments insusceptibles d'imposer une règle matérielle aux États membres. Les traités le rappellent à l'envi, les États membres conservent leurs compétences budgétaires, c'est-à-dire qu'ils demeurent seuls fondés à définir, adopter et exécuter leur budget. Par conséquent, l'Union ne peut adopter aucune mesure juridique qui impose aux États, par exemple, la réalisation de telle réforme structurelle, le montant du solde budgétaire autorisé ou le rythme de progression des dépenses publiques. Tout au plus, l'Union est habilitée à arrêter des mesures procédurales appropriées, y compris contraignantes sous la forme d'objectifs et de procédures à respecter. Ce cadre juridique varie selon que sont concernées les politiques économiques (structurelles), ou les politiques budgétaires. Dans le premier cas, la coordination est fondée sur la poursuite d'une multiplicité d'objectifs et le respect d'une procédure peu contraignante. Le deuxième cas réserve une situation opposée. Les interactions que les politiques budgétaires nourrissent entre elles et avec la politique monétaire unique sont gérées dans le cadre d'une gouvernance particulièrement complexe, dont le maître-mot est la discipline. Celle-ci est réputée s'exercer à travers le double canal des marchés et des règles. Les traités privent les États membres de voies d'accès privilégiées pour financer leurs déficits budgétaires (banque centrale, établissements de crédit, reprise de dette par un autre État membre ou l'Union) : tout financement par emprunt s'opère aux conditions du marché. Le souci de conserver des conditions

financières favorables doit inciter les États membres à la prudence et au sérieux budgétaire. Ces deux qualités sont favorisées au travers de procédures qui visent à prévenir l'apparition de déficits excessifs et, le cas échéant, à amener les États membres à les corriger. Cette prudence est appréciée à la lumière des « critères de Maastricht » relatifs au niveau de déficit et de dette publics rapportés au PIB. Des critères complémentaires portant sur le solde budgétaire structurel à moyen terme, la trajectoire budgétaire pour réaliser ce solde, le rythme de progression des dépenses publiques guident les États membres pour prévenir les déficits excessifs. Des sanctions financières peuvent être décidées contre un État membre dont la politique budgétaire n'est pas conforme aux mesures correctives requises pour respecter ces règles prudentielles. Les décisions sont arrêtées par le Conseil, agissant à la majorité qualifiée.

14 - Selon cette approche, le respect des règles de prudence budgétaire par chaque État membre considéré individuellement fait office de coordination des politiques budgétaires entre elles. Une mise en cohérence des politiques budgétaires les unes avec les autres ou avec la politique monétaire est écartée au profit d'un encadrement des politiques budgétaires nationales selon une logique verticale, en silo, construite sur la base de critères budgétaires uniformes. Aucune solidarité n'est envisagée, car les États sont supposés prendre les mesures nécessaires pour dégager une marge de manœuvre budgétaire pour faire face à un retournement conjoncturel.

15 - Le plan NGEU compose une contribution importante à la stabilisation macroéconomique et à la discipline des politiques budgétaires des États membres. À compter de la réactivation des règles de discipline budgétaire (courant 2023), le respect des règles de discipline budgétaire conditionnera l'attribution et le versement des subventions dues aux États membres.

## 3. Les perspectives d'une union budgétaire européenne

16 - La création d'une union budgétaire européenne réclamerait sans aucun doute une modification profonde des traités, un renforcement des prérogatives du Parlement européen et un rééquilibrage des pouvoirs avec la Banque centrale européenne, seule institution fédérale européenne aujourd'hui capable de mener une politique d'envergure dans l'ordre économique et monétaire.

17 - La gouvernance économique de la zone euro pêche par son asymétrie : une entité unique et fédérale, la Banque centrale européenne, est en charge de la gestion monétaire (et désormais également de la supervision bancaire), tandis que dix-neuf gouvernements disposent de compétences budgétaires et fiscales. L'euro n'a donc pas de souveraineté bien établie, au sens politique du terme. La création monétaire n'a pas de contrepartie budgétaire unique. De plus, la Banque centrale européenne dispose d'un statut d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques qui peut interroger sa responsabilité démocratique (*accountability*, en anglais) dans le processus d'intégration monétaire européenne.

18 - À ce titre, la constitution d'une union budgétaire européenne, donc d'un fédéralisme budgétaire, rééquilibrerait le jeu des pouvoirs monétaires et budgétaires dans la zone euro, et apporterait à l'euro une souveraineté politique dont il est aujourd'hui dénué. Est-ce à dire que comme d'autres unions monétaires, par exemple aux États-Unis, un gouvernement fédéral européen établirait un budget commun conséquent pour répondre aux trois grandes fonctions évoquées plus haut (affectation, stabilisation et redistribution) à l'échelle de l'ensemble de l'union ? Rien n'y oblige si les fonctions attribuées aux États

membres sont laissées à leur discrétion. Ce pourrait être le cas, par exemple, de la fonction de stabilisation macroéconomique – la gestion des crises – qui conduirait à une hausse de dette publique nationale et qui devrait alors être tolérée par le dispositif budgétaire européen en vigueur. Comme on a pu le constater avec la crise de la Covid-19 en effet, les politiques budgétaires peuvent amener les États à augmenter très sensiblement leurs dépenses et ce au-delà des mesures de stabilisation automatique tolérées par les règles budgétaires. Un exemple, pour la France, de telles mesures conjoncturelles et temporaires, allant au-delà des stabilisateurs automatiques, a été l'extension des dispositifs de chômage partiel. Une union budgétaire européenne incomplète, c'est-à-dire portant sur quelques fonctions seulement des finances publiques (celles qui ont des effets de débordement entre les États membres) nécessiterait donc une réforme des règles budgétaires européennes. Celle-ci pourrait consister, par exemple, en une tolérance plus grande et plus automatique à l'égard des augmentations de dette publique consécutives à une crise. L'union budgétaire européenne pourrait ainsi contribuer à renforcer les capacités des États membres de la zone euro à répondre à l'urgence climatique par des investissements publics européens (pour modifier le mix énergétique et pour favoriser la sobriété dans les processus de production grâce à de nouvelles innovations, par exemple) et ce, au-delà des investissements déjà prévus dans le plan NGEU. Cela exigerait de réitérer le modèle de financement et de partage des risques financiers du plan NGEU, au risque de générer les freins politiques évoqués plus haut. Pour tenter de les endiguer, ce projet pourrait être mis en regard d'une urgence bien moindre à transformer radicalement les règles budgétaires en soustrayant par exemple, pour chaque pays, ses « investissements verts » de la cible de déficit à atteindre. Il est à craindre que l'harmonisation de la nomenclature sur ce que recouvre un « investissement vert » soit plus difficile à atteindre si les politiques restent nationales plutôt que décidées et financées directement au plan européen.

19 - L'union budgétaire européenne impliquerait certainement aussi une coordination *ex ante* des politiques budgétaires, communes et nationales, avec la politique monétaire menée par la Banque centrale européenne, les interventions des unes ayant des conséquences sur les objectifs poursuivis par les autres. Une expansion budgétaire peut accroître l'inflation et obliger la banque centrale à multiplier ses interventions. Symétriquement, une contraction monétaire pour lutter contre l'inflation peut également réduire l'activité économique et inciter les gouvernements à multiplier les dépenses pour y faire face. Ces éléments d'interaction entre gouvernements et banque centrale ont toujours existé et ont jusque-là été résolus par l'adoption de règles contraignantes portant sur les seules politiques budgétaires. Il serait sans doute opportun qu'une réforme du cadre budgétaire européen se penche également sur la nature et les moyens d'une coordination efficace des politiques budgétaires et monétaires dans l'Union.

20 - Réaliser une union budgétaire européenne complète suppose en premier lieu de réviser en profondeur le régime des ressources propres de l'Union. Deux approches sont envisageables. La première, la plus radicale, consiste à attribuer à l'Union le pouvoir de lever des impôts et à inclure le vote des recettes dans la procédure d'adoption du budget européen. Cela exige une révision des traités. La seconde repose sur la substitution de la majorité qualifiée à l'unanimité au Conseil pour l'adoption des mesures législatives de nature fiscale et pour l'attribution de ressources propres à l'Union. Cette évolution peut s'opérer par activation de la clause-passerelle de l'article 48, paragraphe 7, du traité sur l'Union, c'est-à-dire sans nécessité de révision formelle des traités. Proches dans leur

esprit, ces deux pistes sont distinctes quant à leurs effets budgétaires : à défaut d'un vrai pouvoir fiscal sur lequel s'appuyer et garantir ses emprunts, l'Union devra se résoudre à une capacité financière limitée par le plafond des ressources qui lui seraient attribuées. Cependant, dans les deux hypothèses, la responsabilité du Parlement européen devrait être renforcée, suivant en cela le principe « *No taxation without representation !* ».

21 - En second lieu, le régime de coordination des politiques budgétaires doit sortir de l'impasse dans laquelle sa dimension strictement procédurale le plonge. Modifier la valeur des critères de déficit public et de dette publique, individualiser ces valeurs au regard des situations individuelles des États, sortir les dépenses d'investissement du calcul du déficit public, etc. constituent autant de voies contribuant à augmenter les marges de manœuvre budgétaires, à rendre les politiques budgétaires davantage en phase avec les situations conjoncturelles et structurelles propres à chaque pays et partant, parce que leur efficacité devrait s'en trouver renforcée, à une meilleure mise en œuvre de la coordination des politiques budgétaires. Il en est de même du renversement d'une approche coercitive (sanction des dérapages budgétaires) en faveur d'une approche incitative (soutien financier en faveur de la conduite de réformes ou de la réalisation d'investissements conformes aux orientations européennes). Cette perspective n'est pas sans limite : la disponibilité des ressources financières de l'Union déjà, la souveraineté budgétaire des États membres ensuite.

22 - Au-delà, l'Union doit se voir reconnaître un pouvoir décisionnel pour l'adoption de certaines mesures. Le rapport Werner, publié en octobre 1970 (!), retenait la création d'un « *centre de décision pour la politique économique* » en mesure « *d'influencer les budgets nationaux, notamment en ce qui concerne le niveau et le sens des soldes, ainsi que les méthodes de financement des déficits ou l'utilisation des excédents.* ». Loin de là, cette perspective n'est pas si étrangère à la pratique récente. La situation de dépendance financière des États comme la Grèce entre 2010 et 2015, et la conditionnalité qui a été appliquée au titre de l'assistance financière qui leur a été octroyée, ont produit *de facto* des effets identiques à ce qu'eût imposée une décision du Conseil. S'il n'est pas question de doter l'Union d'un pouvoir de décision général dans le domaine des politiques budgétaires, l'orientation budgétaire de la zone euro pourrait changer de statut et être adoptée sous la forme d'une décision du Parlement européen et du Conseil, après consultation de la BCE. Elle s'imposerait à la Commission et au Conseil pour la mise en œuvre de la coordination des politiques budgétaires nationales.

23 - L'Union repose sur le principe de démocratie. Le respecter pleinement suppose que toute intégration supplémentaire dans le domaine des politiques budgétaires se réalise dans le cadre d'une démocratie européenne renouvelée. L'exercice de la fonction législative dans le domaine de la politique économique doit reposer sur la procédure législative ordinaire, y compris s'agissant du remplacement du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs. Ces évolutions de la responsabilité du Parlement européen ne doivent pas nourrir une opposition stérile sur les légitimités respectives des représentations nationales et européennes. Les deux sont légitimes et doivent être impliquées. Le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, adopté en février 2012, a établi une conférence interparlementaire où participent des représentants des différentes institutions parlementaires de l'Union et des États membres signataires du traité. Une telle instance devrait pouvoir émettre un avis conforme sur l'orientation budgétaire générale, ou la mobilisation d'un futur grand emprunt européen. La solidarité se construit ensemble, non les uns contre les autres. ■

## 12 Comment la crise Covid-19 a favorisé l'émergence d'une souveraineté sanitaire européenne



Florent PARENTIER,

Docteur en science politique,  
Secrétaire général du CEVIPOF,  
enseignant à Sciences Po et chercheur-associé au Centre de géopolitique de HEC,  
Co-auteur de *La révolution du pilotage des données de santé. Enjeux juridiques, éthiques et managériaux*,  
Bordeaux, Les éditions hospitalières, 2019

1 - La crise Covid-19 s'inscrit dans ce qu'Emmanuel Le Roy Ladurie appelait une « *unification microbienne du monde* »<sup>1</sup>, afin de désigner les effets du renforcement de la circulation du développement des villes densément peuplées et des routes commerciales dès l'an mil entre l'Asie et l'Europe, et plus tard la conquête de l'Amérique. Rarement un virus aura aussi rapidement conquis le monde que celui de la Covid-19, immobilisant les flux physiques, humains, captant les imaginations et saisissant les contemporains.

2 - Les Européens, pas davantage que les autres, n'étaient préparés à cette crise pandémique, la panique entraînant des formes multiples de désorganisation et de dissension. Pire, l'Union européenne a essuyé des critiques sur son inaction, alors même que la santé est un domaine où les États conservent les prérogatives essentielles. Pourtant, la crise Covid-19 a été à la fois une révélatrice des difficultés européennes et un catalyseur de changement.

Pour autant, l'Europe s'est-elle donné les moyens pour atteindre l'objectif fixé d'une souveraineté sanitaire européenne ?

3 - Il faut revenir à ce que recouvre le concept de souveraineté sanitaire, ainsi qu'à l'implication longue mais limitée de l'Europe en matière de santé, avant de voir comment cette crise a permis des avancées substantielles en matière de souveraineté sanitaire européenne.

### 1. Qu'est-ce que la souveraineté en matière sanitaire ?

4 - La santé « *est un état de bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* », selon la définition de l'OMS datant de 1946. De fait, la santé dépend de déterminants sociaux, culturels, mais également environnementaux (des pollutions au climat) et géopolitiques. Ainsi, la santé mondiale telle qu'elle est appréhendée aujourd'hui est très liée aux transformations de la gouvernance mondiale et européenne, à la propagation des virus ou à la force relative des acteurs de santé, internationaux comme locaux.

5 - La souveraineté d'un pays peut quant à elle se définir comme la capacité d'agir et de maîtriser sa destinée, ce qui

n'exclut pas des relations d'interdépendance. Elle diffère ainsi de l'autarcie, qui suppose une autosuffisance (quand les ressources propres équivalent aux besoins) et une absence de lien avec l'extérieur. En matière sanitaire, la souveraineté européenne suppose donc d'être en mesure d'éviter des pénuries de dispositifs médicaux et de médicaments. Cela devrait sans doute passer par la relocalisation d'une partie de la production dans l'espace européen, mais également par une meilleure maîtrise des circuits logistiques.

C'est à travers ce processus de géopolitisation (construction d'un problème en tant que problème géopolitique) qu'est apparu un discours européen propre sur la souveraineté sanitaire. Après tout, l'UE n'a qu'une « *compétence d'appui* »<sup>2</sup> en matière sanitaire, c'est-à-dire un rôle relativement limité au regard des investissements des États-membres.

### 2. Santé et Europe, une histoire longue mais à l'impact limité

6 - S'il est connu que l'intégration européenne s'est d'abord construite après la Seconde Guerre mondiale autour de la reconstruction industrielle du continent, puis de la constitution d'un grand marché intérieur, on peut se demander pourquoi la santé n'a pas été dès l'origine un objet européen. La question est légitime, dans la mesure où l'Europe avait organisé les premières conférences internationales en matière de lutte contre les épidémies, en commençant par la conférence de Paris en 1851. De plus, le souvenir de la grippe espagnole après la Première Guerre mondiale, dont le bilan est encore aujourd'hui difficile à évaluer (de 50 à 80 millions de morts selon certaines estimations), ne s'était pas encore estompé, ainsi que celui d'autres épidémies.

7 - De fait, la santé n'a pas été oubliée dans cette intense période d'intégration européenne. C'est en 1952 que Paul Ribeyre, alors Ministre français de la Santé publique et de la Population, propose la création d'une Communauté européenne de la Santé (CES), sur le modèle de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. L'échec de ce projet, faute de soutien politique, conduit les Européens à n'agir que de manière très

1. Emmanuel Le Roy Ladurie, « Un concept : l'unification microbienne du monde (XIV<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles), *Revue d'histoire suisse*, 1973, n° 23, p. 623.

2. Article 168 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne : « (...)(L'Union encourage la coopération entre les États membres dans les domaines visés au présent article et, si nécessaire, elle appuie leur action. ».

limitée en commun<sup>3</sup>. Contrairement à l'échec de la Communauté européenne de Défense (CED), celui de la Communauté européenne de Santé tombe dans l'oubli. Longtemps, la santé ne reste pour l'essentiel qu'un attribut des États-nations.

8 - À partir des années 1980, l'apparition de nouvelles crises sanitaires majeures (Sida, ESB, affaire du sang contaminé) offre de nouvelles conditions d'émergence d'une politique européenne de santé, en s'appuyant sur son marché intérieur et sa capacité de régulation. Ainsi, l'Europe gagne en importance dans le domaine pharmaceutique avec la Directive médicament (1985) ou encore la création de l'Agence européenne d'évaluation du médicament (1995). A la même époque, l'article 129 du Traité de Maastricht (1992) étend les compétences communautaires à la santé publique selon le principe de subsidiarité, tandis que l'article 152 du Traité d'Amsterdam (1997) précise qu'un « haut niveau de santé humaine » doit être garanti dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques communautaires.

9 - Au départ de la crise du Covid-19, à une organisation des soins fondée sur une compétence nationale se superpose donc une action européenne centrée sur la réglementation du médicament et des produits médicaux. Le facteur pandémique, conjugué aux besoins d'investissements dans la recherche, à la révolution numérique, de l'intelligence artificielle et de la robotique, poussent vers davantage de coopération au niveau européen.

### 3. La crise Covid, une prise de conscience européenne

10 - De nombreux acteurs européens – à la Commission, au Parlement, parmi les États-membres – ont pris conscience avec la crise Covid-19 de la nécessité de reconsidérer le rôle de l'Europe en matière sanitaire.

Dès lors, face à un choc extérieur massif, le discours sur la souveraineté sanitaire européenne a pu prendre une nouvelle dimension. Ainsi, la communication de Josep Borrell en mars 2020 montre une volonté de reprendre le contrôle de la situation sanitaire afin de s'assurer de disposer des ressources adéquates pour faire face à la crise : « *La crise provoquée par la Covid-19 n'est pas une guerre, mais elle y ressemble en ce sens qu'elle nécessite la mobilisation et l'affectation de ressources à des niveaux sans précédent. La solidarité entre les pays et la volonté de faire des sacrifices pour le bien commun sont déterminantes. Ce n'est qu'en conjuguant nos efforts et en coopérant par-delà les frontières que nous pourrions vaincre le virus et en limiter les conséquences – et l'UE a un rôle central à jouer* »<sup>4</sup>. D'autres acteurs européens sauront également s'en saisir.

11 - Ce discours s'inscrit par ailleurs dans des développements plus larges au sein de l'Union européenne. En effet, depuis le discours d'investiture d'Ursula von der Leyen (novembre 2019), l'idée d'une Europe souveraine a fait son chemin, la « *Commission géopolitique* » se démarquant de la « *Commission politique* » de Jean-Claude Juncker. Lors de ce discours devant le Parlement européen, le 27 novembre 2019, elle mentionne explicitement l'affirmation d'une souveraineté européenne : « *il faut que nous maîtrisons les technologies clés et que nous, Européens, en soyons propriétaires* »<sup>5</sup>. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre la volonté européenne de comprendre la

souveraineté sanitaire comme un moyen de combiner le multilatéralisme à l'extérieur et les principes démocratiques à l'intérieur.

12 - Le constat d'une dépendance européenne vis-à-vis de la production de médicaments en provenance d'Asie (Inde et Chine) peut être déploré aujourd'hui, mais il est le fruit de choix industriels remontant aux années 1990. De fait, le risque de pénurie de médicaments au sein de l'UE a été multiplié par 20 entre 2000 et 2018<sup>6</sup>. A titre d'exemple, 40 % des médicaments commercialisés dans l'UE proviennent aujourd'hui de pays tiers – alors qu'entre 60 à 80 % des substances pharmaceutiques actives sont produites en Chine et en Inde. Cette prise de conscience du risque de pénuries répétées est bien présente dans les propos de l'eurodéputé Nathalie Colin-Oesterlé : « *La santé publique est devenue une arme géostratégique qui peut mettre un continent à genoux. Notre dépendance à l'égard des pays tiers est apparue au grand jour avec la pandémie actuelle. Il est nécessaire de relocaliser certains types de production, d'harmoniser les législations et de renforcer la coopération entre États membres afin de parvenir à une plus grande solidarité et de retrouver notre indépendance* »<sup>7</sup>. Au-delà de cette prise de conscience réelle des enjeux de souveraineté sanitaire, il convient d'en mesurer la portée effective.

### 4. Vers une souveraineté sanitaire européenne effective ?

13 - L'effectivité de la souveraineté sanitaire doit prendre en compte les dimensions matérielles de cette ambition au niveau industriel et numérique, à commencer par la production de médicaments et de matériel médical.

14 - En la matière, l'UE a pu prendre un certain nombre de responsabilités, avec la mise en place en juin 2020 d'une stratégie d'achat anticipé de vaccins par l'UE au nom des États membres auprès de laboratoires pharmaceutiques. En échange du droit d'acheter un nombre défini de doses de vaccin dans un délai donné et à un prix donné, une partie des coûts initiaux supportés par les laboratoires sont financés par l'UE. En matière d'innovation, le mois de février 2021 a vu la création du projet *Hera incubator*, mobilisant laboratoires, autorités sanitaires, scientifiques ainsi que la Commission européenne, avec d'importants fonds dédiés, afin d'aider les industriels à développer des capacités de production des vaccins de deuxième génération. Ce programme est une première étape vers la création d'une troisième agence spécialisée dans le domaine de la santé, la *Health Emergency Response Authority* (HERA), afin de lutter contre les futures pandémies et de mieux se coordonner entre les Vingt-Sept. En mai 2021, le programme EU4Health est mis sur pied et poursuit quatre objectifs généraux : améliorer et renforcer la santé dans l'Union, lutter contre les menaces transfrontalières sur la santé, améliorer les médicaments, les dispositifs médicaux et les produits nécessaires en cas de crise, renforcer

son Collège des Commissaires et leur programme », 27 novembre 2019, [https://ec.europa.eu/france/news/20191128/discours\\_ursula\\_von\\_der\\_leyen\\_fr](https://ec.europa.eu/france/news/20191128/discours_ursula_von_der_leyen_fr).

3. Sébastien Guigner, « La santé, un enjeu vital pour l'Europe », *Institut Jacques Delors, études et recherche*, n° 68, 2018, [https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/etud68-sguigner-sante-fr\\_01.pdf](https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/etud68-sguigner-sante-fr_01.pdf).

4. Josep Borrell, « La pandémie de coronavirus et le nouveau monde qu'elle crée », Service européen d'action extérieure, 23 mars 2020, [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/76411/node/76411\\_fr](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/76411/node/76411_fr).

5. Ursula Von der Leyen, « Discours de la Présidente-élue von der Leyen à la séance plénière du Parlement européen à l'occasion de la présentation de

6. Commission européenne, « Orientations pour un approvisionnement optimal et rationnel en médicaments afin d'éviter toute pénurie au cours de la pandémie de COVID-19 », COM (2020) 2272 Final, 8 avril 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/society/20200709STO83006/pénurie-de-médicaments-dans-l-ue-les-causes-et-les-solutions>.

7. Parlement européen, « COVID-19 : l'UE doit redoubler d'efforts pour contrer la pénurie de médicaments », 14 juillet 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20200712IPR83214/covid-19-l-ue-doit-redoubler-d-efforts-pour-contrer-la-pénurie-de-médicaments>.

les systèmes de santé et leur résilience, et améliorer l'utilisation efficace des ressources<sup>8</sup>.

15 - Au-delà des enjeux propres liés à la production de médicaments et de matériel médical, la souveraineté sanitaire européenne reposera sur la souveraineté dont elle pourra disposer dans le cadre de la transition numérique, et des enjeux de cybersécurité qui y sont associés, les hôpitaux étant régulièrement les cibles de cyberattaques. Les Européens doivent également, suite à la crise Covid, anticiper l'énorme défi que constitue en pers-

pective le développement de l'antibiorésistance à horizon d'une ou deux décennies<sup>9</sup>.

16 - Objectif assumé à présent, la souveraineté sanitaire européenne est encore un objet en construction, articulant divers acteurs (Commission, Parlement, États-membres, entreprises pharmaceutiques et du secteur de la santé) et différents enjeux industriels et logistiques. En la matière, on peut avancer que le domaine sanitaire sera un bon indicateur de la capacité des Européens d'aller vers une plus grande souveraineté. ■

---

8. Commission européenne, « L'UE pour la santé (EU4Health) 2021-2027 – Une vision pour améliorer la santé dans l'Union européenne », [https://ec.europa.eu/health/funding/eu4health-2021-2027-vision-healthier-european-union\\_fr](https://ec.europa.eu/health/funding/eu4health-2021-2027-vision-healthier-european-union_fr).

---

9. Florent Parmentier, « Covid-19 : non pas la dernière peste, mais l'anticipation d'un monde post-antibiotique », 17 septembre 2020, <https://www.telos-eu.com/fr/societe/covid-19-non-pas-la-derniere-peste-mais-lanticipat.html>.

## 13 L'Europe au défi de la souveraineté technologique



Jean-François JAMET\*,  
Ingénieur des Mines, membre du comité de réflexion et de propositions pour la PFUE

1 - La pandémie, la crise énergétique, les tensions géopolitiques ou encore l'accélération de la transformation numérique ont un point commun. Elles mettent en évidence les dépendances de l'Europe et son coût en matière de sécurité et de résilience. Ces dépendances peuvent refléter des choix qui étaient rationnels dans un monde d'échanges ouverts et régulés ou de ressources abondantes. Mais elles laissent l'Europe exposée aux choix souverains de ses partenaires.

2 - Cette situation a conduit à une prise de conscience de l'enjeu que représente pour l'Union européenne la souveraineté technologique. L'Institut Fraunhofer définit celle-ci comme « l'aptitude d'un État ou d'une fédération d'États à fournir les technologies qu'il (elle) juge critiques pour le bien-être des populations, la compétitivité de l'économie et sa capacité à agir, ainsi que celle de développer ces technologies ou de se les procurer dans d'autres aires économiques sans dépendance structurelle unilatérale »<sup>1</sup>.

3 - En ce sens, la souveraineté technologique est une condition nécessaire de la souveraineté économique et politique. Et dans un monde de ressources qui se raréfient, le recours à la technologie est aussi le seul moyen d'assurer cette souveraineté à un horizon plus lointain. Mais si l'Union européenne peut encore se prévaloir de son poids commercial et de son marché intérieur, elle s'est montrée plus timide que les États-Unis ou la Chine à définir une politique technologique qui rende plus explicite le choix entre importations et indépendance en fonction du caractère critique des activités.

4 - À l'occasion de la Présidence française de l'Union européenne, les développements qui suivent esquissent un état des lieux et identifient quelques priorités pour les politiques de l'Union.

### 1. L'enjeu technologique

5 - La technologie joue un rôle central dans les relations économiques et géopolitiques. Ce n'est en rien un phénomène nouveau. Chaque révolution technique a été associée à des changements de domination économique et militaire du fait de

l'avantage qu'elle conférait aux acteurs politiques et économiques qui disposaient des innovations qui en résultaient<sup>2</sup>. La théorie économique a ainsi cherché à expliquer pourquoi les pays pauvres ne rattrapaient pas les pays riches, puis pourquoi les économies émergentes elles y parvenaient. Elle a également cherché à expliquer la spécialisation sectorielle des économies. Un élément clé de réponse est dans chaque cas la maîtrise des technologies permettant d'utiliser les ressources de façon plus productive et les institutions/politiques/Écosystème permettant de s'approcher voire de repousser la frontière technologique<sup>3</sup>. La seule considération des ressources (ressources naturelles, travail, capital) disponibles dans l'économie ne suffit pas, certains pays se trouvant même pris au piège d'une « malédiction des ressources » lorsque la richesse en ressources les conduit à privilégier l'extraction de rentes plutôt que l'innovation et les gains de productivité<sup>4</sup>.

6 - De la Renaissance aux révolutions industrielles du 19<sup>e</sup> siècle, la maîtrise des technologies a permis aux puissances européennes et à leurs entreprises d'acquérir une position dominante à l'échelle mondiale. Les guerres mondiales ont redistribué les cartes et les États-Unis et l'Union soviétique se sont à leur tour livrés à une course technologique, du nucléaire au spatial. L'Europe de l'ouest s'est alors trouvée dans une situation de rattrapage, exploitant initialement les transferts de technologies américaines et des pratiques entrepreneuriales associées<sup>5</sup>. Cette course de rattrapage a contribué à la croissance et à la sécurité européennes, à un moment où la décolonisation puis les chocs pétroliers accroissaient la dépendance en termes de ressource.

7 - La mondialisation fut une autre réponse à ce défi, permettant aux économies occidentales de continuer de disposer de ressources (ressources naturelles, travail, capital) à bas prix, et ainsi d'entretenir les promesses de la société de consommation alors même que la croissance économique ralentissait fortement dans les décennies suivant les Trente glorieuses. Mais la mondialisation, et la fin de la menace soviétique, ont en même temps rendu moins prégnante la nécessité de rattraper ou de repousser la frontière technologique dans les économies occidentales. Il devenait plus efficace pour les entreprises d'investir dans les économies où elles trouvaient des fournisseurs à bas prix et un

\* Les opinions exprimées dans le cadre de cet article n'engagent pas la BCE. Ce texte a été initialement publié dans le rapport remis à Clément Beaune, secrétaire d'État chargé des Affaires européennes, par le Comité de réflexion et de propositions pour la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, présidé par Thierry Chopin sous le titre : *Une Europe pour aujourd'hui et pour demain. Souveraineté, Solidarités, Identité commune*, La documentation française, 2022.

1. Jakob Edler et al., « Technology sovereignty : From demand to Concept », *Perspectives – Policy Brief*, No. 02 / 2020, Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung ISI, Karlsruhe, 13 juillet 2020.

2. Voir par exemple, Daniel R. Headrick, *Technology : a World History*, Oxford University Press, 2010.

3. Voir Philippe Aghion, Céline Antonin, Simon Bunel, *Le Pouvoir de la destruction créatrice*, Editions Odile Jacob, 2020.

4. Voir S. Mansoob Murshed, *The Resource Curse*, Columbia University Press, 2018.

5. C'est d'ailleurs l'une des principales contributions du Plan Marshall. Voir Giorcelli, M., « The long-term effects of management and technology transfers », *American Economic Review*, 109(1) : 121-52, 2019.

marché élargi, conduisant au développement d'entreprises et chaînes de valeurs multinationales qui ont soutenu la mondialisation par le développement du commerce intra-firme et intra-chaînes de valeur. L'investissement a ainsi reculé dans les économies occidentales alors que l'investissement a connu un boom dans les économies émergentes d'Asie, soutenu par des politiques volontaristes de rattrapage et de transferts technologiques.

8 - Le réveil est aujourd'hui brutal. Dans de nombreux domaines, les économies émergentes d'Asie ont non seulement rattrapé mais dépassé l'Europe. L'Europe, au contraire des États-Unis, n'a pas pris le tournant des technologies de l'information et de la communication dans les années 1990-2000. Ceci conduit à une division internationale du travail où l'Europe est en situation de dépendance dans de nombreux secteurs où elle n'a pas suffisamment investi dans la recherche et le développement technologique. Ainsi, dans les technologies de l'information et de la communication ou l'industrie pharmaceutique, l'écart d'investissement en R&D a continué à s'accroître au cours de la dernière décennie. C'est le cas notamment dans les secteurs des biotechnologies ou du logiciel et de l'Internet<sup>6</sup>.

9 - Ce ne serait pas un problème dans une économie mondialisée ouverte et sans tension géopolitique. Mais ce monde de « *fin de l'histoire* » espéré dans les années 1990, et que l'Union européenne a cherché à construire en son sein, n'est pas le monde extérieur actuel. Les tensions avec la Russie exposent la dépendance européenne au gaz et les progrès insuffisants de sa transition énergétique. Les États-Unis sont quant à eux désormais dans une confrontation existentielle vis-à-vis de la Chine pour le leadership technologique et géopolitique mondial<sup>7</sup>, conduisant à une escalade des tensions entre les deux pays. La Chine, qui n'hésitait déjà pas à restreindre les exportations de matériaux rares ou à imposer les transferts de technologie en contrepartie de l'accès à son marché, conduit désormais une stratégie expansionniste visant à garantir son accès aux ressources indépendamment des marchés mondiaux et du cadre de coopération multilatéral. Dans ce contexte de tension accrue, les acteurs étatiques utilisent l'espionnage industriel et la guerre cybernétique à grande échelle. Au sein même du continent européen, le Brexit a conduit à une dislocation de chaînes de valeur qui avaient bénéficié de l'abolition des barrières non tarifaires (c'est-à-dire les barrières réglementaires qui avaient été éliminées par l'adoption de règles communes) et à une recrudescence des tensions comme on l'a vu sur les vaccins.

10 - Cette dynamique conduit de plus en plus à un « *commerce armé* » où la continuité des échanges dépend d'un fragile équilibre des puissances. Chaque espace vise à garantir ses propres chaînes d'approvisionnement (en énergie, en composants électroniques, en produits de santé, etc.), fragmentant la mondialisation et rendant nécessaire de sécuriser les approvisionnements, alimentant un cercle vicieux. La tentation est également grande d'utiliser cette rivalité et les avantages comparatifs à des fins géopolitiques.

11 - Paradoxalement, dans un tel contexte, la souveraineté technologique de l'Union européenne devient une nécessité pour préserver l'ouverture réciproque avec ses partenaires commerciaux en dissuadant l'utilisation contre elle de sa dépendance technologique. Et il sera nécessaire de développer de nouveaux cadres et projets de coopération internationaux pour tenter de pacifier les relations technologiques.

12 - Même au sein des espaces économiques et entre alliés, ceux qui disposent d'avantages comparatifs peuvent percevoir leurs partenaires comme des passagers clandestins. C'est le cas des États-Unis dans le cadre de l'OTAN, mais cette dynamique est aussi à l'œuvre au sein l'Union européenne : on l'a vu en France récemment dans le débat sur le marché européen de l'électricité (du fait de la mutualisation de la production d'énergie nucléaire) ou en Allemagne pendant la crise des vaccins. La coopération internationale, mais aussi européenne, en matière militaire et commerciale sera de plus en plus soumise à une concurrence technologique et stratégique. AUKUS en est l'expression la plus récente, cohérente avec d'autres formats au travers desquels les États-Unis visent à créer une coalition capable de rivaliser technologiquement avec la Chine dans le domaine militaire.

13 - Il existe cependant une conséquence potentiellement positive de cette situation préoccupante. Celle-ci met en évidence la nécessité pour l'Europe, dans un monde de ressources rares et d'échanges conditionnés aux intérêts domestiques, de réinvestir dans la technologie. La résilience de l'Union et de ses membres aux chocs en dépend. On l'a vu dans le cadre de la pandémie. L'accès aux équipements médicaux et aux vaccins étaient déterminants pour rouvrir l'économie. Heureusement, la santé est l'un des domaines où l'UE est la mieux placée dans la compétition internationale, représentant à elle seule 60% des exportations mondiales de produits médicaux liés au coronavirus (tests, appareils médicaux, protections, oxygène, désinfectants) en 2020. Mais la moindre spécialisation dans les technologies numériques et le retard dans l'adoption de celles-ci par certains pays européens les ont exposés à une contraction économique plus sévère. Il a d'ailleurs été montré (et la pandémie l'a illustré) que les différences de capacité technologique sont un facteur clé des divergences économiques au sein de la zone euro<sup>8</sup>. Le choc énergétique en cours montre également les risques de la dépendance à des sources d'énergie importées (comme le gaz ou le charbon) pour la production d'électricité marginale, qui détermine le prix de l'électricité. Au-delà des mesures d'urgence, une partie essentielle de la réponse passe par l'investissement dans des technologies énergétiques qui ne créent pas la même dépendance.

14 - Au-delà du seul aspect de protection des intérêts européens, la capacité de l'Union européenne de contribuer au bien-être collectif à l'échelle mondiale dépend de l'investissement dans la technologie. C'est le cas en ce moment avec les vaccins. Ce sera le cas demain dans la lutte contre le changement climatique. Même si l'UE remplit ses objectifs de réductions d'émissions de gaz à effet de serre, cela sera très insuffisant si le reste du monde n'y parvient pas également. Le développement en Europe de technologies vertes (*green techs*) européenne permettrait au monde entier de réduire ses émissions. L'ambition environnementale de l'Union doit se traduire par un investissement correspondant dans le développement des technologies vertes, ce qui suppose l'écosystème nécessaire (structures financières adaptées, facilités pour le brevetage des inventions, financement public de projet de R&D). À ce stade les signaux sont contrastés<sup>9</sup>.

6. Voir sur ce point les figures S5 et S6 dans le Tableau de bord 2020 de l'UE sur les investissements en R&D industrielle (2020 EU Industrial R&D Investment Scoreboard).

7. Voir Adam Tooze, « The new age of American power », *The New Statesman*, 9 septembre 2021.

8. Gräbner, C., Heimberger, P., Kapeller, J. and Schütz, B., « Is the Eurozone disintegrating ? Macroeconomic divergence, structural polarisation, trade and fragility », *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 44, No 3, pp. 647-669, 2020.

9. D'après la base de données mondiale sur les brevets (PATSTAT) de l'Office européen des brevets, le nombre de brevets « verts » par habitant de l'UE était en 2014 la moitié de celui de la Suisse ou d'Israël, le tiers de celui des États-Unis et le quart de celui du Japon. Le Tableau de bord 2020 de l'UE sur

15 - Il convient de mesurer l'ampleur du défi. En tant qu'acteur international, l'Union européenne reste à ce stade un acteur technologique sans proportion avec son poids commercial. De façon abrupte, on pourrait dire qu'elle reste un nain technologique, comme elle est un nain diplomatique et militaire. Les deux sont d'ailleurs de plus en plus liés compte tenu des développements que nous avons décrits. À titre d'exemple, le budget de l'UE et de ses instruments pour financer la R&D (comme l'Institut européen d'innovation et de technologie) restent proportionnellement sous-développés par rapport à leurs équivalents américains, chinois, japonais ou coréens. Non seulement le financement public de la R&D est fragmenté en Europe (les financements de l'Union représentent moins de 10% du financement public de la R&D en Europe, alors que l'échelon fédéral représente près de 90% du financement public aux États-Unis), mais même en agrégeant les financements publics des États, le financement public de la R&D représente une part plus faible que chez nos principaux partenaires et rivaux<sup>10</sup>.

16 - Pourtant, l'Europe est la bonne échelle. Le marché intérieur et la base industrielle européenne permettraient en effet d'utiliser les effets d'échelle et de partage des risques qui sont cruciaux pour le développement des technologies, ainsi que la puissance réglementaire et le poids commercial de l'Union à l'échelle mondiale. Elle donne également une taille critique pour engager la coopération ou la compétition avec des puissances comme les États-Unis ou la Chine. Par exemple, le fait que l'UE reste une puissance commerciale et réglementaire incontournable crée une base de coopération avec les États-Unis. Ceux-ci ont en effet intérêt à intégrer la dimension technologique pour rééquilibrer la relation commerciale avec l'UE. L'inauguration par l'UE et les États-Unis du Conseil du commerce et des technologies en septembre 2021 en est la concrétisation. Un équivalent militaire pourrait du reste être créé entre les États-Unis et la coopération structurée permanente européenne en matière de défense, si celle-ci acquérait une ambition suffisante aux yeux des États-Unis en cohérence avec les discussions récentes entre les États-Unis et la France sur le développement de la défense européenne.

17 - Mais pour que l'Europe devienne une puissance technologique capable de préserver ses intérêts dans le monde actuel, il faut qu'elle s'en donne les moyens (y compris en termes de commande et d'investissement publics) et qu'elle favorise le développement des écosystèmes nécessaires en associant le secteur privé (par exemple en matière de capital risque, sous-développé dans l'UE). Ceci suppose en retour de dépasser les politiques industrielles nationales pour définir une stratégie européenne en matière de souveraineté technologique, ce qui est souvent la difficulté sur lequel les projets technologiques européens achoppent. En ce sens, la souveraineté technologique européenne est un paradoxe : nous devons investir ensemble et utiliser l'atout de notre marché intérieur – autrement dit assumer notre interdépendance – si nous voulons accroître les chances de ne pas dépendre du reste du monde. Les Européens le reconnaissent : ainsi, deux tiers d'entre eux sont favorables à un marché unique du numérique<sup>11</sup>. Et avec la pandémie, ils ont pris conscience des bénéfices d'une production européenne qui peut

être partagée en cas de crise, mais ils ont aussi découvert l'étendue des fragilités actuelles.

18 - L'intérêt de l'opinion publique européenne pour la technologie et les sciences est un facteur encourageant. L'enquête Eurobaromètre<sup>12</sup> montre que l'intérêt des habitants de l'UE pour les questions scientifiques et technologiques est plus fort que pour l'art et la culture, la politique ou les nouvelles sportives. 86% pensent que l'influence de la science et de la technologie sur la société est positive. Les Européens soulignent aussi l'importance de ne pas s'isoler : 70% considèrent que la coopération avec le reste du monde dans le domaine des sciences et des technologies est essentielle.

## 2. Quelles priorités pour la Présidence française de l'Union européenne ? —

### A. - Faire un travail de pédagogie

19 - La PFUE a tout d'abord un rôle pédagogique à assumer à la fois au niveau français et européen :

- Au niveau français, pour expliquer pourquoi l'échelon européen est nécessaire et pourquoi une « *souveraineté technologique européenne* » n'est pas la dissolution de l'indépendance française mais le complément et le renforcement nécessaire des instruments de souveraineté nationaux.

- Au niveau européen pour convaincre que l'agenda technologique européen n'est pas la seule promotion des intérêts industriels et stratégiques français ou un protectionnisme par d'autres moyens, mais aussi qu'il ne progressera pas suffisamment sur la base de la seule addition de politiques industrielles nationales. Pour cela, il lui faudra faire partager au sein du Conseil un état des lieux de la situation technologique de l'Union dans le cadre de ses relations extérieures, d'un point de vue défensif (technologies critiques existantes pour lesquelles l'Union dépend d'acteurs extérieurs, est en retard ou risque de décrocher), offensif (identification des atouts technologiques de l'UE – c'est-à-dire des secteurs où elle est à la frontière technologique et est bien placée pour y rester) et prospectif (technologies à fort potentiels en développement rapide) en s'appuyant sur la Commission et l'observatoire des technologies essentielles qu'elle vient de créer.

### B. - Définir des priorités

20 - Il est nécessaire de définir des priorités pour l'Union à court, moyen et long terme et d'adapter les efforts de la PFUE à ces différents horizons :

- Les objectifs de court terme, c'est-à-dire la réponse aux sujets brûlants qui ont un fort volet technologique : réponse d'urgence à la crise énergétique et aux pénuries de composants technologiques (qui impactent le quotidien des Européens et des entreprises européennes et peuvent également entraver la reprise), contribution à la lutte contre la pandémie et à la vaccination à l'échelle mondiale (condition nécessaire pour lever les contraintes de production qui risquent de gripper la reprise à l'échelle mondiale), ligne pour la diplomatie technologique de l'Union<sup>13</sup>, réponse aux stratégies agressives des acteurs étatiques ou quasi étatiques (attaques cybernétiques, acquisition et transferts de technologies européennes).

- Les objectifs de moyen-long terme : ramener l'Union européenne à la frontière technologique numérique, repousser la

les investissements en R&D relève néanmoins que pour ce qui est des inventions vertes à haute valeur – c'est-à-dire protégées par au moins deux autorités de brevet –, l'UE est le leader mondial légèrement devant les États-Unis et le Japon.

10. Voir Alessandro Giovannini, Jean-François Jamet, Francesco Mongelli, « Investir en Europe : une stratégie d'ensemble », in Thierry Chopin et Michel Foucher (dir.), *L'État de l'Union – Rapport Schuman sur l'Europe 2017*, Editions Lignes de repères, p. 67-75.

11. Eurobaromètre standard 95, printemps 2021.

12. *European citizens' knowledge and attitudes towards science and technology*, Eurobaromètre special 516, septembre 2021.

13. Sur ce point Alice Pannier, « Europe in the Geopolitics of Technology : Connecting the Internal and External Dimensions », *Briefings de l'IFRI*, 9 avril 2021.

frontière des technologies vertes, accroître l'ambition européenne en matière de technologie de défense et de sécurité, renforcer le financement public et privé européen de l'innovation, remédier aux dépendances technologiques européennes.

### C. - Faire progresser les initiatives de la Commission

21 - Le discours sur l'État de l'Union d'Ursula von der Leyen le 15 septembre 2021 a mis en avant « l'importance d'investir dans notre souveraineté technologique européenne ». Avec la lettre d'intention publiée à cette occasion, il a mis les sujets technologiques au cœur des priorités de la Commission européenne pour l'année à venir. Il appartient à la Présidence française de les faire progresser :

- Accélérer la vaccination mondiale
  - Au-delà de ses exportations et de ses dons, l'Union européenne pourrait soutenir le développement de capacités de production vaccinales dans le cadre de hub régionaux dans les régions du monde qui n'en disposent pas suffisamment, comme en Afrique.
- Promouvoir le rôle de l'Union comme acteur numérique
  - Au-delà du certificat numérique, il est important de faire progresser rapidement le projet d'identité numérique européenne, pour laquelle la Commission a présenté en juin 2021 une proposition de règlement. Une identité numérique européenne (accessible par un portefeuille numérique) aurait un impact tangible dans la vie des européens et permettrait de nombreuses autres innovations en matière d'e-administration, d'authentification et de sécurité en ligne (par exemple pour les services bancaires et de paiement) ou lorsque l'identité est contrôlée (par exemple dans les aéroports). Il permettrait en outre de créer des synergies avec d'autres initiatives comme l'euro numérique.
- Investir dans la technologie
  - Sur ce point, la bonne mise en œuvre du plan de relance est un outil important. Il est néanmoins à noter que la défense en est largement absente et que le budget consacré au Fonds européen de défense est en deçà des ambitions initiales. Ceci est problématique compte tenu de l'importance du volet de défense et de sécurité pour le développement de la souveraineté technologique européenne et pour sa crédibilité comme partenaire technologique pour les États-Unis.
    - La nécessité d'investir plus dans la technologie que par le passé devrait être prise en compte dans la révision du Pacte de Stabilité et de Croissance (compte tenu de la contribution de ces investissements à la croissance potentielle et donc à la soutenabilité de la dette publique et à la réduction des divergences économiques).
    - La Commission a développé une boussole numérique, visant à créer les conditions et les écosystèmes nécessaires au développement de l'économie numérique. Il s'agit notamment de faire démarrer les projets plurinationaux (par exemple sur les infrastructures des données, les processeurs à basse consommation, la 5G, le calcul à haute performance, la communication quantique sécurisée, l'administration publique numérique, la chaîne de blocs) et les partenariats internationaux (sur la 6G, les technologies quantiques et les technologies vertes) envisagés.
- Réglementer les grandes entreprises de technologie et remédier aux vides réglementaires dus à l'émergence de nouvelles technologies
  - Sur ce point, il convient de faire progresser les propositions de Règlements présentés par la Commission dans le domaine de l'intelligence artificielle ou encore de la finance numérique.

- Une réflexion devrait également être conduite sur un modèle intégré de supervision des grandes entreprises de technologie, qui requiert une collaboration accrue entre les autorités compétentes par exemple dans le domaine de la concurrence, de la stabilité financière, de la fiscalité, de la sécurité ou de la protection des données. Pour faciliter la mise en œuvre de la réglementation européenne, la supervision de leurs activités, la protection des données et s'assurer que leurs activités bénéficient au développement d'écosystèmes technologiques européens (plutôt qu'elles n'affaiblissent la concurrence ou qu'elles ne réduisent les entreprises européennes à l'état de sous-traitants), il conviendrait de définir le périmètre des activités de ces grandes entreprises de technologie qui devraient être localisées dans des filiales européennes<sup>14</sup>.

- Répondre aux pénuries de composants technologiques essentiels
  - La pénurie de semi-conducteurs a mis en avant la dépendance européenne en matière de microprocesseurs. Il conviendra de mettre en œuvre rapidement le projet de la Commission de créer un écosystème européen des semi-conducteurs (*European Chips Act*).
  - Une approche similaire devrait être adoptée pour les autres composants technologiques pour lesquels l'Union est ou pourrait se trouver en situation de dépendance.
- Développer la composante technologique de l'Europe de la défense
  - Il conviendra de développer une Feuille de route ambitieuse sur les technologies de sécurité et de défense, pour concrétiser l'ambition qu'affiche la Commission de développer des plateformes communes (comme en matière de drones) et de promouvoir le *designed/made in Europe* (la Commission envisage une exonération de TVA pour les achats d'équipements de défense développés et produits en Europe). Sur ce dernier point, le récent accord entre la France et la Grèce suggère que des engagements de défense mutuelle crédibles pourraient faciliter l'adoption des technologies européennes par les Européens.
- Approfondir la politique de cyberdéfense européenne
  - La Commission souhaite développer des normes de cyberdéfense communes. Il est néanmoins essentiel de développer des mécanismes de défenses communs réunissant les acteurs publics et privés dans chaque secteur de l'économie européenne. L'initiative de partage de l'information et de l'intelligence cybernétique lancée par le Conseil européen de cyber-résilience qui réunit les acteurs publics et privés des infrastructures financières européennes en est un exemple concret qui pourrait inspirer d'autres secteurs.
- Adapter les politiques horizontales aux défis technologiques actuels
  - Le réexamen de la politique de concurrence prévu par la Commission peut jouer un rôle important, notamment en réponse au défi des GAFAs et aux pratiques de subvention masquées et d'acquisitions de technologie par la Chine qui sont incompatibles avec une concurrence loyale. Elle pourrait en outre signaler une ouverture à la formation de consortia/joint-ventures de nature à créer des capacités technologiques européennes de premier plan là où l'Europe est absente ou en retard (ce qui serait de nature pro-concurrentielle). Ceci serait cohérent avec la révision en cours des règles en matière d'aides d'État en faveur des projets importants d'intérêt européen commun (des projets de ce type

14. Voir également Andre Loesekrug-Pietri, Jean-Hervé Lorenzi, Thierry Vandewalle, « Souveraineté numérique : il faut être audacieux et européaniser les GAFAM », *Le Grand Continent*, 23 mars 2021.

ont déjà été lancés dans le domaine des microprocesseurs, des batteries et des infrastructures de données).

- En matière de politique industrielle, il serait important de surveiller de façon continue la résilience et les dépendances technologiques des chaînes de valeurs européennes à l'échelle mondiale, en vue notamment d'attirer l'attention de l'industrie sur les vulnérabilités existantes et de l'inciter à y remédier<sup>15</sup>. Ce travail pourrait être conduit par l'observatoire des technologies essentielles de l'UE dont la Commission a annoncé la création en son sein. Il conviendrait en outre d'envisager un outil européen de prise de participation allant au-delà de ce que la Banque européenne d'investissement (BEI) peut faire à l'heure actuelle, sur le modèle des agences de participation ou banque d'investissement nationales (cela pourrait d'ailleurs se faire dans un premier temps sous la forme d'une joint-venture de ces agences de participations, que pourrait héberger la BEI).

- Dans les négociations commerciales, la coopération en matière de technologie devrait prendre une importance croissante : des clauses de sauvegarde pourraient être incluses dans les accords commerciaux signés par l'UE pour conditionner l'application de ces accords à des engagements en matière technologique (par exemple concernant le règlement des différends en matière de propriété intellectuelle ou de restrictions à l'exportation). La France pourrait en outre proposer la création d'un équivalent en matière de technologies de défense et de sécurité du Conseil du commerce et des technologies créé par l'UE et les États-Unis (ou une extension de celui-ci aux questions de défense et de sécurité).

- En matière de formation, il sera important de donner un contenu opérationnel à la proposition de recommandation à venir sur l'amélioration de l'enseignement des compétences numériques, qui pourrait être élargie à l'enseignement des technologies plus généralement.

15. Ce travail pourrait s'inspirer, notamment d'un point de vue méthodologique, de celui réalisé par Xavier Jaravel et Isabelle Méjean pour la France dans « Quelle stratégie de résilience dans la mondialisation ? », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 64, avril 2021.

22 - La crise énergétique actuelle souligne aussi la nécessité de répondre à la dépendance aux sources d'énergie importées. Au-delà des mesures de court/moyen-terme envisageables pour pallier ces vulnérabilités (stocks stratégiques européens, fonds de solidarité, etc.) il conviendra d'adopter une stratégie européenne ambitieuse<sup>16</sup> pour le développement et l'adoption de technologies permettant de promouvoir l'indépendance énergétique européenne, d'accroître sa résilience économique aux chocs affectant les prix de l'énergie et de contribuer à répondre à l'urgence environnementale au niveau mondial. Ceci concerne notamment les technologies de production, de stockage et de consommation d'énergie. Compte tenu des interdépendances au sein du marché européen de l'électricité et du carbone, il pourrait être envisagé de financer conjointement une partie des investissements nécessaires en utilisant le plan de relance pour l'Europe et en le complétant par un Fond européen pour la transition énergétique.

23 - Priorité devrait en outre être donnée au développement des conditions financières plus favorables à l'innovation en Europe. Ceci suppose des marchés plus développés (particulièrement en matière de capital risque), plus intégrés (ce qui suppose de renforcer la connectivité des centres financiers européens entre eux et avec les clients potentiels dans le monde entier), plus performants (la rapidité des flux de données étant de plus en plus critique, la compétitivité des centres financiers européens et leur connectivité dépend d'infrastructures ultra-performantes par exemple en matière de fibre optique) et plus indépendants (ce qui requiert notamment le développement des capacités en matière de compensation).

24 - Le réalisme impose de reconnaître que la souveraineté technologique européenne reste à ce stade une aspiration. Mais la prise de conscience de l'enjeu qu'elle représente dans le monde actuel permet d'envisager la définition d'une véritable stratégie, dont la Présidence française de l'Union européenne peut être une cheville ouvrière. ■

16. Voir également sur ce point Marc-Antoine Eyl-Mazzega, « Technologies bas-carbone : piliers de l'autonomie française et européenne », *L'ENA hors les murs*, n° 506, juin 2021.

## 14 L'approche européenne de l'intelligence artificielle



Entretien avec  
Dr. Aurélie JEAN,  
Docteure en sciences et entrepreneure

**La Revue des Juristes de Sciences Po (RJSP) :** Docteure Jean, nous vous remercions d'avoir accepté cet entretien. Afin de l'amorcer, pourriez-vous vous présenter à nous et laisser nos lecteurs entrer dans le vif du sujet qui nous anime aujourd'hui : l'approche européenne de l'intelligence artificielle (IA).

**Aurélije Jean (AJ) :** Je suis docteure en sciences et entrepreneure. J'ai été formée en thèse à la modélisation mathématique et numérique appliquée au comportement mécanique des matériaux mous. Aujourd'hui j'ai deux entreprises : une agence de conseil et de développement en algorithmique et en data, et une startup de *deeptech* en médecine et IA sur le cancer du sein.

Dans mon travail et avec mon équipe, je me suis autoréglée en construisant et en appliquant des bonnes pratiques de développement, de tests et d'usages de ces algorithmes. Je me suis donc intéressée de près au sujet de la régulation européenne de l'IA qui est nécessaire aujourd'hui, et qui doit être bien faite pour encourager l'innovation tout en protégeant les individus.

**RJSP :** Dans votre livre « *Les algorithmes font-ils la loi ?* » vous abordez la question de la gouvernance algorithmique. Pouvez-vous définir le concept de gouvernance algorithmique pour nos lecteurs ? Comment se pose la question de cette gouvernance à l'échelle européenne ? Et comment peut-on faire pour concilier le temps du juridique et le temps du numérique ?

**AJ :** La gouvernance algorithmique regroupe l'ensemble des bonnes pratiques de développement, de tests et d'usages de ces algorithmes. Cette gouvernance implique des lois et de l'éthique. C'est pourquoi les régulations européennes viennent en soutien et encouragent cette gouvernance chez chaque acteur physique (ingénieur, scientifique) et moral (entreprise et institution publique). Le défi est dans la conception de ces textes de lois qui devront être souples, durables dans le temps tout en évitant de freiner inutilement l'innovation. Pour cela, les législateurs doivent s'entourer d'ingénieurs et de scientifiques pour penser mais aussi écrire les lois sur ce sujet. Et ainsi éviter des vides technologiques à l'image des vides juridiques.

**RJSP :** L'intelligence artificielle est de plus en plus utilisée dans le cadre de la justice. De nombreuses startups spécialisées, les *legaltech*, créent des logiciels pour aider à la prise de décision et accompagner les acteurs du droit dans leur quotidien.

On peut imaginer utiliser intelligemment des algorithmes dans le domaine de la justice pour éclairer les acteurs de la loi sans décider à leur place.

**AJ :** Cependant, en analysant les décisions passées afin de prédire les décisions futures, les algorithmes ont tendance à incorporer tous les biais des décisions de justice, notamment

les discriminations lors de l'application des peines. Il faut concevoir et utiliser ces outils avec la plus grande prudence.

**RJSP :** Ces problèmes peuvent-ils être corrigés ? Si oui, comment ? Y a-t-il des applications souhaitables des enjeux de l'IA dans le domaine juridique ?

**AJ :** Cela dépend de l'outil et de son usage. En effet, si vous basez une décision présente sur les décisions du passé majoritaires vous prenez le risque de reproduire des biais statistiques historiques. C'est en cela que l'entraînement algorithmique et en particulier le choix des données d'apprentissage est fondamental et doit être massivement testé. Il y a eu des cas graves de discrimination raciale dans des outils destinés aux juges ou aux policiers, comme l'outil *PredPol* (outil de « predictive police ») de la ville de Los Angeles, aujourd'hui abandonné et dont je parle dans le cinquième chapitre de mon livre. Cela étant dit, il ne faut pas rejeter fondamentalement le principe de justice algorithmisée, car il y a sûrement des bons usages.

**RJSP :** Le RGPD pose déjà un cadre unique de protection des données dans toute l'Union. La proposition récente de *Data Governance Act* propose également un mécanisme harmonisé de réutilisation de certaines données protégées du secteur public, ainsi que des mécanismes pour faciliter le traitement de données récoltées dans un but d'intérêt général (ex : santé, lutte contre le changement climatique...). Les autorités européennes ont indiqué dans leur rapport de 2021 leur volonté d'aller plus loin et de créer un marché unique des données afin de rivaliser avec la Chine ou les États-Unis en termes d'innovation. Dans l'hypothèse d'une telle ouverture, quels sont selon vous les mécanismes optimaux pour protéger les données personnelles des utilisateurs ?

**AJ :** C'est une bonne nouvelle de vouloir construire des grands programmes de données à l'échelle européenne. Nous n'arriverons pas à l'échelle d'un pays comme la France à concurrencer les Américains ou les Chinois pour des raisons de taille. Nous avons besoin de nombreux talents techniques et scientifiques sur des domaines particuliers, et nous avons besoin de jeux de données suffisamment grands et diversifiés pour construire des algorithmes efficaces. Les données seront, de toute manière, protégées par le RGPD.

**RJSP :** *GAIA-X* est un projet de développement d'un cloud européen lancé en 2020. Le but est d'assurer la souveraineté technologique européenne et de faire face aux géants américains comme Google et Amazon, ou asiatiques comme Alibaba. Ces grands groupes disposent de quasi-monopoles sur le marché, et détiennent la majorité des données européennes. Créer un géant européen est-il possible ? Quels sont les obstacles, juridiques, politiques et économiques selon vous ?

**AJ :** Ce programme est ambitieux et nécessaire pour assurer la souveraineté européenne sur le cloud. Le défi est que les

nations qui composent ce projet – la France et l'Allemagne – ne le font pas dans un même objectif et donc n'envisagent pas les mêmes moyens. La France privilégie la souveraineté alors que l'Allemagne privilégie l'uniformisation des données et donc son exploitation à l'échelle européenne. Ce qui a comme conséquence que l'Allemagne envisage l'entrée dans GAIA-X d'acteurs américains ce qui ne va pas dans le sens de la souveraineté européenne.

**RJSP** : Il semble clair que l'une des priorités des autorités européennes est de créer un marché unique des données dont l'IA serait le cœur. Les réglementations de 2016 (avec le RGPD)<sup>1</sup>, de 2018 (avec l'abolition des restrictions de circulation des données à caractère non personnel)<sup>2</sup> et de 2019 (avec l'assurance que les données ouvertes des organismes publics des États membres sont librement réutilisables et consultables)<sup>3</sup> en sont une pure illustration. À cela, s'ajoute le projet de règlement IA du 21 avril 2021<sup>4</sup> comportant un dispositif de suivi et d'amélioration continue de la réglemen-

1. 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.
2. Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.
3. Directive (UE) 2019/1024 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public.
4. Proposition de règlement (UE) COM/2021/206 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2021 établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union.

tation via la mise en place de « bacs à sable réglementaires » (période permettant de tester une technologie ou un service innovant en dérogeant au cadre réglementaire en vigueur). Comment les autorités européennes peuvent-elles concilier la création d'un marché unique des données qui, d'une part, doit bénéficier d'une certaine souplesse pour ne pas freiner les innovations et être restrictif, d'autre part, afin d'en limiter les abus ? Comment la création de ce marché unique de données peut-il être favorable à la création d'une souveraineté numérique et technologique de l'UE ? Quelles en sont ses limites ?

**AJ** : Tout d'abord la question n'est pas légitime selon moi. Les données seront protégées. La question n'est pas comment faire dans ce marché unique de la donnée pour protéger les données mais bien comment encourager les nations et les entreprises à profiter de la libre circulation des données au sein des pays de l'union. Certes il y a un travail d'uniformisation à réaliser – pour permettre d'exploiter les données dans l'Union européenne – mais c'est possible et encore peu exploité aujourd'hui. Le fait que chaque pays ait développé sa propre application pour lutter contre le COVID et qu'elles ne fonctionnaient que dans les pays propriétaires est selon moi un échec de la mise en application du RGPD par les nations.

**RJSP** : Auriez-vous un dernier message à transmettre à nos lecteurs ?

**AJ** : Se poser et poser des questions encore et toujours pour continuer à penser contre soi-même. ■

# 15 Entreprises et droits humains à l'aune de l'autonomie stratégique européenne



Jan DUNIN-WASOWICZ\*,  
Counsel au sein du bureau de Paris du cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP, avocat aux barreaux de Paris, New York et du District of Columbia, Enseignant à l'École de droit de Sciences Po



Adèle BOURGIN,  
Collaboratrice au sein du bureau de Paris du cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP, avocate au barreau de Paris



Nicolas BURNICHON,  
Collaborateur au sein du bureau de Paris du cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP, avocat au barreau de Paris

## Introduction

1 - Près de dix années se sont écoulées depuis l'adoption par l'Union européenne (« UE »), le 25 juin 2012, d'un « *cadre stratégique* », pour améliorer la cohérence et l'efficacité de ses actions en matière de droits humains<sup>1</sup>. Adopté dans un esprit universaliste, le cadre stratégique de 2012 posa les jalons d'un « [...] effort réellement collectif, associant les États membres ainsi que les institutions de l'UE » et « [consacrant] également une volonté d'établir un réel partenariat avec la société civile »<sup>2</sup>.

2 - Un an plus tôt, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies avait adopté à l'unanimité les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les « *Principes directeurs* »)<sup>3</sup>. Par cette décision, il faisait des Principes directeurs « *une norme mondiale de pratique* » attendue de la part des États et des entreprises<sup>4</sup> et marquait un moment charnière dans le mouvement entreprises et droits humains. Sans créer de nouvelles obligations juridiques, les Principes directeurs rappelaient la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains. En 2012, l'UE nota qu'elle intégrerait la promotion des droits humains dans l'ensemble de ses politiques internes et externes. Elle s'engagea dès lors à encourager la mise en œuvre des Principes directeurs<sup>5</sup>.

3 - Les orientations du cadre stratégique seront progressivement déclinées au travers de trois plans d'action (pour les périodes 2012-2014, 2015-2019 et 2020-2024). Le troisième plan d'action annonçait deux nouvelles mesures phares : la mise en place d'un régime de sanctions économiques<sup>6</sup> et l'adoption

d'un devoir de diligence en matière de droits humains<sup>7</sup>. De la genèse du cadre stratégique jusqu'à nos jours, l'UE a entendu faire concourir les entreprises à ses efforts dans ce domaine. Aujourd'hui, plusieurs instruments existent ou sont en préparation pour réaliser cette ambitieuse appétence.

4 - Cependant, l'espace mondial a dramatiquement changé en 10 ans et la question de la défense des droits humains se pose désormais dans des termes quasi-existentiels pour l'UE. Présentant le projet de *Boussole stratégique pour l'Europe* en novembre 2021, le constat du Haut représentant de l'UE pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (« *le Haut représentant* ») est sans appel. Dans vingt ans, l'UE représentera à peine plus de 10 % de la richesse mondiale, et à la fin du XXI<sup>e</sup> siècle, l'UE représentera moins de 5 % de la population mondiale<sup>8</sup>. Le Haut représentant souligne surtout que « [...] certains de nos concurrents défendent des valeurs très différentes des nôtres, ce qui constitue une menace pour notre pouvoir normatif. L'UE doit intégrer ce fait dans ses politiques : la concurrence pour les normes mondiales se joue désormais dans la course à la maîtrise de l'intelligence artificielle, du cloud, des semi-conducteurs et des biotechnologies »<sup>9</sup>. Par ailleurs, « [...] nos valeurs libérales sont de plus en plus contestées. Dans la « bataille des récits », l'idée que les valeurs universelles ne sont en fait que des constructions occidentales gagne du terrain. L'hypothèse traditionnelle selon laquelle la prospérité économique conduirait nécessairement au développement démocratique a été réfutée »<sup>10</sup>.

5 - Dans une Union de plus en plus « géopolitique », la défense des droits humains rappelle foncièrement ce que nous sommes et ce que nous voulons être, dans un réseau mondial d'interdépendances choisies et non subies<sup>11</sup>. L'expression de cette volonté se fait inéluctablement par le droit et la régulation. Étant

\* Les auteurs souhaitent remercier Agathe Bancel pour son aide lors de la préparation de cet article.

1. Son exposé des motifs soulignant que l'Union européenne « [...] repose sur une détermination commune à promouvoir la paix et la stabilité et à construire un monde fondé sur le respect des droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit [...] » Conseil de l'Union européenne, « *L'UE adopte un cadre stratégique en matière de droits de l'homme et de démocratie* », [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11737-2012-INIT/fr/pdf].  
2. *Ibid.*, p.1.  
3. Haut-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Principes Directeurs Relatifs Aux Entreprises et Aux Droits de l'Homme, 16 juin 2011, [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\_fr.pdf].  
4. Nations Unies, Guide interprétatif, p. 1, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\_PUB\_12\_2\_fr.pdf].  
5. Conseil de l'Union européenne, Résultat des travaux, p. 6, [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/fr/pdf].  
6. Annexe de la Communication Conjointe au Parlement Européen et au Conseil – Plan d'action de l'UE en faveur des droits de l'homme et de la

démocratie 2020-2024, 25 mars 2020, p. 5. [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7029-2020-ADD-1/fr/pdf].

7. *Ibid.*, p. 6.

8. J. Borrell, *Une boussole stratégique pour l'Europe* : Project Syndicate, 12 novembre 2021, [https://www.project-syndicate.org/commentary/eu-strategic-compass-by-josep-borrell-2021-11/french].

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. B. Dupré, *Souveraineté européenne, autonomie stratégique, Europe puissance : quelle réalité pour l'Union européenne et pour quel avenir ?*, Question et Entretiens d'Europe n° 620, 24 janvier 2022, « *l'autonomie stratégique n'est synonyme ni d'indépendance ni d'autarcie mais plutôt d'interdépendance choisie au lieu d'être subie* ». [https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0620-souverainete-europeenne-autonomie-strategique-europe-puissance-quelle-realite-pour-l-union-euro].

directement concernées par ces deux cadres d'action, celui portant sur les outils de la défense des droits humains d'une part, et celui sur les menaces stratégiques, d'autre part, les entreprises européennes se retrouvent à la croisée de ces initiatives. En agissant de manière responsable, elles œuvreraient directement à la réalisation des objectifs stratégiques de l'Union.

6 - Dans quelle mesure la défense des droits humains par les entreprises s'inscrit-elle dans la réflexion sur l'autonomie stratégique européenne ? Pour apporter des éléments de réponse à cette question, cet article procédera en trois temps. L'article se penchera d'abord sur la défense des droits humains par les sanctions économiques et le contrôle des exportations. Cette partie mettra en exergue les forces et les limites de ces contrôles sur les flux financiers et commerciaux internationaux, outils de puissance (1). L'article présentera ensuite les récentes initiatives imposant certaines obligations de *reporting* et de vigilance aux entreprises. Cette partie montrera que ces actions peuvent constituer des outils au service de la stratégie de l'UE et du modèle économique qu'elle entend défendre, sous réserve qu'elles soient coordonnées (2). Enfin, l'article étudiera l'exemple de la lutte contre le travail forcé afin d'illustrer le besoin essentiel de coordination entre ces outils en vue d'en faire des instruments efficaces de l'autonomie stratégique européenne (3).

## 1. Les sanctions économiques et le contrôle des exportations

7 - Les sanctions économiques européennes (A), tout comme les mesures de contrôles des exportations (B), ont été, ces dernières années, des outils privilégiés par l'UE pour déployer sa stratégie autonome de protection des droits humains dans le monde.

### A. - Un programme de sanctions autonome en matière de droits humains

8 - Instrument essentiel de la politique étrangère et de sécurité de l'UE, les mesures restrictives ou « *sanctions* » cherchent à susciter un changement de politique ou de comportement de la part des personnes ou entités visées, afin de promouvoir les objectifs de celle-ci<sup>12</sup>, à savoir « *la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* »<sup>13</sup>. Lorsque les sanctions émanent de la propre initiative de l'Union, elles sont alors dites « *autonomes* ». Elles sont adoptées à la suite d'un processus législatif long et complexe se soldant par l'adoption par le Conseil à l'unanimité de décisions et de règlements européens.

9 - Le 9 décembre 2019, l'UE a réaffirmé son rôle de premier plan dans la protection et la promotion des droits humains dans le monde<sup>14</sup>. Dans le cadre d'une réflexion sur l'amélioration des instruments dont l'UE dispose en la matière, le Haut représen-

tant a ainsi annoncé le lancement de travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un régime autonome de sanctions pour lutter contre des violations graves des droits humains<sup>15</sup>.

10 - Le 7 décembre 2020, l'Union a ainsi adopté la décision 2020/1999<sup>16</sup> et le règlement 2020/1998<sup>17</sup>, instituant un nouveau régime<sup>18</sup> ciblant des personnes physiques et morales responsables de graves violations des droits de l'homme ou de graves atteintes à ces droits dans le monde, quel que soit le lieu où elles se sont produites<sup>19</sup>.

### 1° Un programme de sanctions « *Magnitsky* » européen

11 - Le programme européen de sanctions en matière de droits humains s'inspire de la loi dite Magnitsky promulguée par le président Barack Obama en décembre 2012<sup>20</sup>. Cette dernière visait initialement à sanctionner les fonctionnaires russes responsables de la mort de l'avocat fiscaliste russe Sergei Magnitsky dans une prison de Moscou en 2009<sup>21</sup>. Elle fut étendue en 2016 pour cibler l'ensemble des violations des droits humains dans le monde ainsi que les actes de corruption<sup>22</sup>.

12 - L'objectif principal de ce nouveau régime de sanctions est de permettre à l'Union de défendre de façon plus tangible et directe les droits humains en réagissant à des violations graves via l'adoption de mesures restrictives ciblées. Sont ainsi directement visés les actes tels que les génocides, les crimes contre l'humanité, la torture, l'esclavage, les violences sexuelles et à caractère sexiste, les disparitions forcées ou la traite des êtres humains<sup>23</sup>. Sur cette base, l'UE peut (i) interdire aux auteurs de violations des droits humains d'entrer sur le territoire de l'UE<sup>24</sup> (ii) geler leurs avoirs dans l'UE<sup>25</sup> et (iii) interdire à toute personne de l'UE de mettre des fonds et des ressources économiques à leur disposition<sup>26</sup>. Conformément à l'article 5 de la décision 2020/

15. *Ibid.*

16. Décision (PESC) 2020/1999 du conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999].

17. Règlement (UE) 2020/1998 du conseil du 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R1998].

18. Conseil européen et Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse – L'UE adopte un régime mondial de sanctions en matière de droits de l'homme, 7 décembre 2020, [https://www.consilium.europa.eu/fr/press-press-releases/2020/12/07/eu-adopts-a-global-human-rights-sanctions-regime/].

19. Conseil européen et Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse – Régime mondial de sanctions de l'UE en matière de droits de l'homme – réexamen annuel de l'annexe, 6 décembre 2021, [https://www.consilium.europa.eu/fr/press-press-releases/2021/12/06/eu-global-human-rights-sanctions-regime-annual-review-of-annex/].

20. European Union External Action, *Le chemin long et difficile menant à un régime mondial de sanctions de l'UE en matière de droits de l'homme*, 31 octobre 2020, [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/88971/node/88971\_fr].

21. *Ibid.*

22. The *Global Magnitsky Human Rights Accountability Act [du 23 décembre 2016] : Scope, Implementation and Consideration for Congress*, Congressional Research Service, 3 décembre 2021, [https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46981].

23. Décision 2020/1999, article 1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999] et Règlement 2020/1998, article 2, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020R1998].

24. Décision 2020/1999, article 2, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999].

25. Décision 2020/1999, article 3.1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999] et Règlement 2020/1998, article 3.1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020R1998].

26. Décision 2020/1999, article 3.2, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999] et Règlement 2020/1998, article 3.2,

12. Conseil européen et Conseil de l'Union européenne, *Sanctions : Comment et quand l'UE adopte des mesures restrictives*, [https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/].

13. Traité sur l'Union européenne du 26 octobre 2012, article 21. La politique étrangère et de sécurité de l'UE vise à : (1) préserver la paix ; (2) renforcer la sécurité internationale ; (3) promouvoir la coopération internationale ; et (4) développer et renforcer la démocratie, l'état de droit et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd718266da6.0002.02/DOC\_1&format=PDF]

14. Résultats de la session du conseil, 3738<sup>e</sup> session du Conseil Affaires étrangères Bruxelles (14949/19), 9 décembre 2019, p. 6. [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14949-2019-INIT/fr/pdf].

1999<sup>27</sup>, le Haut représentant et les États membres de l'UE peuvent présenter des propositions d'inscription sur la liste. Il appartient ensuite au Conseil de se prononcer à l'unanimité.

13 - Les premières désignations sur la base de ce nouveau programme ont eu lieu en mars 2021 et ont visé 4 Russes en raison de leur rôle dans l'arrestation arbitraire d'Alexeï Navalny<sup>28</sup>. Le même mois, le Conseil a décidé d'ajouter 11 personnes et 4 entités responsables de violations graves des droits humains notamment dans la région autonome ouïgoure du Xinjiang, en Chine<sup>29</sup>. À ce jour<sup>30</sup>, 18 personnes et 5 entités figurent sur cette liste<sup>31</sup>.

14 - Aussi, bien qu'un certain nombre de programmes de sanctions dits « géographiques » visant des pays tels que la Biélorussie<sup>32</sup>, le Burundi<sup>33</sup>, la Chine<sup>34</sup>, la Guinée<sup>35</sup>, le Nicaragua<sup>36</sup> ou encore le Venezuela<sup>37</sup> permettaient déjà de sanctionner des personnes ayant violé des droits humains<sup>38</sup>, ce nouvel instrument global permet de dépasser cette logique territoriale en sanctionnant des violations dans le monde entier.

15 - Ce nouvel outil permet à l'UE de projeter sa vision autonome de protection des droits humains tout en ayant la possibilité de se coordonner avec celle(s) de ses alliés. A titre d'exemple, le 22 mars 2021, Junzheng Wang, secrétaire du parti au sein du Corps de production et de construction du Xinjiang, a été désigné par l'UE en coordination avec les autorités britanniques<sup>39</sup>, canadiennes<sup>40</sup> et américaines<sup>41</sup>, en lien avec de graves viola-

tions des droits humains à l'encontre de la population ouïgoure<sup>42</sup>.

## 2° Les limites de ce nouveau programme

16 - L'adoption de ce nouveau régime a soulevé deux principales critiques. D'abord, bien que les situations graves de violations des droits humains, telles que listées dans la décision 2020/1999 et le règlement 2020/1998<sup>43</sup>, soient plus larges que celles prévues dans d'autres réglementations similaires, telle que la version britannique<sup>44</sup>, l'approche n'en demeure pas moins sélective. Ce choix souffre en effet de la comparaison avec le Global Magnitsky Act de 2016 qui vise toutes les « violations sérieuses des droits de l'homme »<sup>45</sup>. Ensuite, l'un des principaux écueils des sanctions européennes, auquel ce nouveau programme ne déroge pas, réside dans le fait que les décisions d'ajout de personnes sur la liste de sanctions européenne doivent être prises à l'unanimité par les membres du Conseil<sup>46</sup>. C'est ainsi, par exemple, que Chypre a bloqué l'adoption de nouvelles sanctions européennes contre la Biélorussie en septembre 2020, conditionnant son accord à l'adoption de mesures restrictives contre la Turquie<sup>47</sup>. Face aux blocages répétitifs, certains États membres<sup>48</sup>, soutenus par le Haut représentant<sup>49</sup>, souhaitent abandonner la règle de l'unanimité en la matière.

## B. - Le contrôle des exportations européen et la protection des droits humains

17 - Le contrôle des exportations est un autre instrument privilégié par l'UE dans sa stratégie de lutte contre les violations des droits humains dans le monde. Il a pour objectif de contrôler tous types d'exportations étant susceptibles d'être détournées d'un usage civil pacifique au développement d'armes de destruction massive, d'armes chimiques ou biologiques, ou vecteurs d'armes, tout en facilitant et sécurisant le commerce légitime.

18 - Face à l'importance des exportations de l'UE qui représentaient 15,6% des exportations mondiales en 2019, les États membres ont depuis 1994<sup>50</sup> pris conscience que les exportations en dehors du territoire européen des « biens à double usage », c'est-à-dire des biens qui peuvent être utilisés à des fins

- [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020R1998].
27. Décision 2020/1999, article 5, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999].
28. Il s'agit de Alexandre Bastrykine, président de la commission d'enquête de la Fédération de Russie, Igor Krasnov, procureur général, Viktor Zolotov, chef de la garde nationale, et Alexandre Kalachnikov, directeur du service pénitentiaire fédéral. Décision (PESC) 2021/372 du Conseil du 2 mars 2021 modifiant la décision (PESC) 2020/1999 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits.
29. Décision (PESC) 2021/481 du Conseil du 22 mars 2021 modifiant la décision (PESC) 2020/1999 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits, [http://data.europa.eu/eli/dec/2021/481/oj].
30. Au 31 Janvier 2022.
31. Annexe de la Décision 2020/1999, Liste des personnes physiques et morales, des entités et des organismes visés aux articles 2 et 3.
32. Décision 2012/642/PESC du conseil du 15 octobre 2012 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la Biélorussie, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32012D0642].
33. Décision (PESC) 2015/1763 du conseil du 1<sup>er</sup> octobre 2015 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Burundi, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1763&from=EN].
34. Political Declaration of the European Council made in Madrid, 27 juin 1989, [https://www.consilium.europa.eu/media/20589/1989\_june\_-\_madrid\_eng\_.pdf].
35. Décision 2010/638/PESC du conseil, du 25 octobre 2010 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République de Guinée, [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:280:0010:0017:FR:PDF].
36. Décision (PESC) 2019/1720 du Conseil du 14 octobre 2019 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Nicaragua, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D1720&from=EN].
37. Décision (PESC) 2017/2074 du conseil du 13 novembre 2017 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Venezuela, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32017D2074].
38. EU sanctions : A key foreign and security policy instrument, mai 2018, p.2, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621870/EPRS\_BRI(2018)621870\_EN.pdf].
39. UK Sanctions List, Regime : Global Anti-Corruption Sanctions Regulations 2021, [https://www.gov.uk/government/publications/the-uk-sanctions-list].
40. China sanctions, 22 mars 2021, [https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2021/03/china-sanctions.html].
41. U.S. Department of the Treasury-Press release, *Treasury Sanctions Chinese Government Officials in Connection with Serious Human Rights Abuse in*

*Xinjiang*, 22 mars 2021, [https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0070].

42. Supra note 29.

43. Supra note 23.

44. *Global Human Rights Sanctions Regulations 2020*, article 4(2), [https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/680/contents/made].

45. *Executive Order 13818, section 1(a)(ii)(A)*, [https://www.federalregister.gov/documents/2017/12/26/2017-27925/blocking-the-property-of-persons-involved-in-serious-human-rights-abuse-or-corruption].

46. Décision 2020/1999, article 5, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32020D1999].

47. G. Grésillon, *Chypre bloque toute sanction européenne contre la Biélorussie* : Les Echos, 21 septembre 2020, [https://www.lesechos.fr/monde/europe/chypre-bloque-toute-sanction-europeenne-contre-la-bielorussie-1247507].

48. C'est notamment le cas de l'Allemagne, voir Agence France Presse, *Berlin appelle l'UE à supprimer la possibilité de veto des États membres* : Euractiv, 8 juin 2021, [https://www.euractiv.fr/section/avenir-de-lue/news/berlin-appelle-lue-a-supprimer-la-possibilite-de-veto-des-etats-membres/].

49. *Ibid.*

50. Règlement (CE) 3381/94 du conseil du 19 décembre 1994 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations de biens à double usage abrogé par le Règlement (CE) n° 1334/2000 du Conseil du 22 juin 2000 instituant un régime communautaire de contrôles des exportations de biens et technologies à double usage, lui-même abrogé par le Règlement (CE) 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage.

tant civiles que militaires<sup>51</sup>, devaient faire l'objet de contrôles spécifiques. Ces biens contrôlés sont listés en annexe de la réglementation.

### 1° La refonte du règlement européen en matière de contrôle des exportations des biens à double usage

19 - Afin de s'adapter à l'évolution rapide de l'environnement technologique, économique et politique, la Commission européenne (« la Commission ») a présenté en septembre 2016 une proposition de règlement révisé visant à actualiser et à étendre les règles en vigueur. Le 9 septembre 2021, après quatre ans de négociations, l'UE a finalement adopté le nouveau Règlement 2021/821<sup>52</sup> pour accroître la responsabilité, la compétitivité et la transparence du commerce des biens à double usage.

20 - L'une des innovations de ce règlement est le contrôle des exportations de certains biens dans l'objectif de renforcer l'action de l'UE en matière de protection des droits humains<sup>53</sup>. Le nouveau règlement prévoit une clause « *attrape tout* » en son article 5 afin de circonscrire le risque que certains biens de cybersurveillance<sup>54</sup> exportés depuis l'UE, puissent être utilisés abusivement par des personnes complices ou responsables de violations graves des droits humains.

21 - Cette clause permet aux États membres de soumettre les exportations des biens de cybersurveillance, non énumérés à l'annexe I, à une autorisation préalable si l'autorité compétente informe l'exportateur que « *les produits en question sont ou peuvent être destinés, entièrement ou en partie, à une utilisation impliquant la répression interne et/ou la commission de violations graves et systématiques des droits de l'homme et du droit humanitaire international* »<sup>55</sup>. En outre, si l'exportateur a connaissance de cette finalité après avoir entrepris des diligences sur la transaction, il devra en informer l'autorité compétente de son pays qui décidera ou non de soumettre l'exportation à autorisation<sup>56</sup>.

22 - Un État membre peut également interdire ou soumettre à autorisation l'exportation des biens à double usage, non énumérés à l'annexe I, pour des raisons liées à la sauvegarde des droits humains<sup>57</sup>. En outre, si l'exportateur a été informé par son autorité nationale compétente que les biens en question (qui sont soumis à un contrôle spécifique unilatéral d'un autre État membre, tel que prévu à l'article 9 du nouveau règlement) sont ou peuvent être destinés, en tout ou partie, à des usages préoccupants en matière de prévention des droits humains, une autorisation préalable sera nécessaire<sup>58</sup>. Cette nouvelle disposition permet ainsi une harmonisation européenne des mesures de

contrôle aux exportations via une application transfrontalière des règles en la matière adoptées par les États membres.

23 - Ce nouvel objectif de protection des droits humains intégré au contrôle des exportations permet ainsi à l'UE de se doter d'un nouvel instrument dans le cadre de sa stratégie autonome en la matière. L'UE n'est toutefois pas la seule à avoir opté pour cette approche comme en attestent notamment certaines mesures de contrôles des exportations adoptées par les États-Unis<sup>59</sup> et en cours de discussion au Royaume-Uni<sup>60</sup> visant à lutter contre les violations des droits humains en Chine.

### 2° Les limites de la prise en compte des droits humains dans le contrôle des exportations

24 - Des inquiétudes ont toutefois émergé vis-à-vis de l'extension de la clause « *attrape tout* » pour y inclure les situations de violation des droits humains. Cela pourrait en effet représenter une charge administrative supplémentaire pour les opérateurs européens ainsi que pour les autorités délivrant les licences d'exportation. Il est en effet laissé à la charge de ces derniers de déterminer si les biens exportés pourraient violer les droits humains<sup>61</sup>.

25 - Aussi, il est reproché à ce nouveau règlement de s'éloigner de l'objectif initial des règles de contrôle des exportations visant à restreindre la commercialisation des biens pouvant avoir une finalité militaire du fait de leur nature<sup>62</sup>. En effet, l'ajout de considérations subjectives de protection des droits humains semble, selon certains États membres<sup>63</sup>, en contradiction avec l'objectif primaire de ces règles basées sur des accords internationaux largement ratifiés dans le monde<sup>64</sup>. L'inquiétude sous-jacente est donc que l'UE s'isole en adoptant cette nouvelle approche incluant les droits humains alors que l'efficacité du contrôle des exportations repose sur la collaboration internationale.

26 - L'UE n'est toutefois pas la seule à avoir adopté cette approche. Le 9 décembre 2021, le président Joe Biden a annoncé une initiative sur le contrôle des exportations et les droits humains<sup>65</sup>. Les États-Unis, l'Australie, le Danemark et la Norvège<sup>66</sup> se sont ainsi engagés à travailler ensemble afin de déterminer de quelle manière les outils de contrôle des expor-

51. Un « bien à double usage » est défini à l'article 2.1 du règlement (UE) 2021/821 comme incluant : « *les produits, y compris les logiciels et les technologies, susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire ; ils incluent les biens susceptibles d'être utilisés aux fins de la conception, de la mise au point, de la fabrication ou de l'utilisation d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de leurs vecteurs, y compris tous les biens qui peuvent à la fois être utilisés à des fins non explosives et intervenir de quelque manière que ce soit dans la fabrication d'armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs* ».

52. Règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0821].

53. Communiqué de presse du Conseil du 9 novembre 2020, [https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/11/09/new-rules-on-trade-of-dual-use-items-agreed/].

54. Tels que définis dans le nouveau règlement en son article 2.20.

55. Règlement (UE) 2021/821, article 5.1.

56. Règlement (UE) 2021/821, article 5.2.

57. Règlement (UE) 2021/821, article 9.1.

58. Règlement (UE) 2021/821, article 10.

59. Par exemple via l'ajout d'entités sur l'une des listes américaines de contrôle des exportations (appelée *Entity List*) tel que l'ajout de sociétés chinoises le 12 juillet 2021, [https://www.federalregister.gov/documents/2021/07/12/2021-14656/addition-of-certain-entities-to-the-entity-list-revision-of-existing-entry-on-the-entity-list].

60. Press Release, *UK Government announces business measures over Xinjiang human rights abuses*, 12 janvier 2021, [https://www.gov.uk/government/news/uk-government-announces-business-measures-over-xinjiang-human-rights-abuses].

61. Parlement européen, *Review of dual-use export controls*, 20 juillet 2021, p.4, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/589832/EPRS\_BRI(2016)589832\_EN.pdf].

62. M. Kanetake, *The EU's dual-use export control and human rights risks : the case of cyber surveillance technology Europe and the World : A law review*, 2019, Volume 3, Issue 1, [https://www.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.14324/111.444.ewj.2019.14].

63. Council of the European Union, *Working paper on behalf of the Croatian, Czech, French, German, Italian, Polish, Portuguese, Romanian, Slovak, Slovenian, & Spanish Delegations, Working Party on Dual-Use Good, EU Export Control – Recast of Regulation 428/2009*, 29 janvier 2018, [https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/11\_member\_states\_dual-use.pdf].

64. Comprenant le groupe d'Australie, le régime de contrôle de la technologie des missiles, le groupe des fournisseurs nucléaires, l'arrangement de Wasseenaar et la convention sur les armes chimiques.

65. US Department of State, *Annonce de l'initiative présidentielle pour le renouveau démocratique*, 9 décembre 2021, [https://www.state.gov/translations/french/annonce-de-linitiative-presidentielle-pour-le-renouveau-democratique/].

66. White House Briefing Room – Statements and Releases, *Joint Statement on the Export Controls and Human Rights Initiative*, 10 décembre 2021, [https://

tations pourraient permettre de mieux surveiller et, le cas échéant, de limiter la prolifération des technologies à double usage<sup>67</sup>. Cette initiative pourrait être une avancée significative en matière de collaboration internationale vis-à-vis du contrôle de ces technologies pouvant être responsable de graves atteintes aux droits humains.

27 - Les sanctions économiques européennes et les mesures de contrôle des exportations renforcent donc l'arsenal législatif de l'UE dans la lutte contre les violations des droits humains dans le monde. Les évolutions respectives des réglementations en la matière, au cours de ces deux dernières années, témoignent de l'adoption d'une stratégie autonome européenne qui s'accompagne d'une collaboration internationale avec ses alliés, au premier rang desquels figurent les États-Unis, le Royaume-Uni et le Canada.

## 2. Obligations de reporting et de vigilance

28 - L'UE s'est également dotée de plusieurs outils en matière de responsabilité des entreprises : dans un premier temps, en édictant des obligations de déclaration (A), puis en travaillant actuellement à établir une initiative comprenant un devoir de vigilance en matière de droits environnementaux et humains pour les entreprises dans leur chaîne d'approvisionnement (B).

### A. - Reporting extra-financier

29 - La directive sur la publication d'informations non financières (« NFRD ») de 2014<sup>68</sup> prévoit des obligations de publication d'informations extra-financières dans le reporting annuel des entreprises. Celles-ci sont relatives aux questions environnementales et sociales, au respect des droits humains, à la lutte contre la corruption et à la politique de diversité<sup>69</sup>. La Commission avait annoncé une révision de la NFRD en décembre 2019, et une proposition de directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises a été présentée en avril 2021 (*Proposal for a Corporate Sustainability Reporting Directive* ou « CSRD »)<sup>70</sup>.

30 - Plusieurs éléments peuvent expliquer la révision de cette directive. De manière générale, il s'agissait d'un problème de comparabilité, de lisibilité et d'efficacité. Le public ne disposait pas d'informations suffisantes sur la manière dont les questions non financières, et les questions de durabilité en particulier, avaient un impact sur les entreprises, ni sur l'impact qu'avaient

les entreprises elles-mêmes sur la société et l'environnement<sup>71</sup>. Notamment, la Commission relevait que (i) les informations non financières publiées n'étaient pas suffisamment comparables ou fiables ; (ii) que les entreprises ne communiquaient pas toutes les informations non financières jugées pertinentes par les investisseurs ou utilisateurs, ou encore (iii) qu'il était parfois difficile pour ces derniers de trouver ces informations, même lorsque qu'elles étaient publiées<sup>72</sup>.

31 - Dans son projet de directive, la Commission prévoit une homogénéisation des indicateurs extra-financiers, « conformément aux normes obligatoires d'information en matière de durabilité dans l'Union »<sup>73</sup>. Au-delà de ces considérations techniques et des défauts qui ont pu être reprochés à la NFRD, la révision de la directive semble également motivée par l'enjeu stratégique que constitue désormais l'élaboration de l'information extra-financière à l'échelle mondiale. En effet, à travers son exercice de reporting extra-financier, l'entreprise communique sur les implications environnementales, sociales, et sociétales de ses activités. Les performances extra-financières des entreprises sont désormais observées de près par les investisseurs, mais aussi la société civile, et donnent lieu à des notations extra-financières. On voit donc l'impact direct que peuvent avoir les normes extra-financières sur la valorisation des entreprises de l'UE.

### 1° Le reporting extra-financier, enjeu de souveraineté

32 - Or, depuis la directive de 2014, plusieurs initiatives internationales ont vu le jour. Celles-ci entendent devenir « le normalisateur de l'information extra-financière »<sup>74</sup>. Jugeant qu'il existe une « compétition internationale » sur la question des indicateurs de performance extra-financière, certains y voient une question de « souveraineté européenne sur le plan économique » et soulignent l'importance pour l'UE de définir ses propres critères<sup>75</sup>. C'est en effet une question plus large qui se joue à travers l'exercice de reporting, celle de la responsabilité sociétale des entreprises (« RSE »). L'UE a tout intérêt à inciter à utiliser ses outils de reporting, non seulement pour valoriser ses entreprises<sup>76</sup>, mais aussi pour défendre sa vision de la RSE<sup>77</sup>. L'encadrement des informations extra-financières, et notamment la révision de la directive, peut constituer un moyen de défendre et promouvoir le modèle social (valorisant « la justice et le

[www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/10/joint-statement-on-the-export-controls-and-human-rights-initiative/](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/10/joint-statement-on-the-export-controls-and-human-rights-initiative/). La France, le Canada, les Pays-Bas et le Royaume-Uni se sont également ralliés à cette initiative.

67. White House Briefing Room – Statements and Releases, *Fact Sheet : Export Controls and Human Rights Initiative Launched at the Summit for Democracy*, 10 décembre 2021, [<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/10/fact-sheet-export-controls-and-human-rights-initiative-launched-at-the-summit-for-democracy/>].

68. Directive 2014/95/UE Du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32014L0095>].

69. Directive 2014/95/UE, article premier.

70. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 21 avril 2021, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX :52021PC0189&from=EN>].

71. Commission européenne, *Consultation Document – Review of the Non-financial Reporting Directive*, p. 4, [[https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business\\_economy\\_euro/company\\_reporting\\_and\\_auditing\\_documents/2020-non-financial-reporting-directive-consultation-document\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/company_reporting_and_auditing_documents/2020-non-financial-reporting-directive-consultation-document_en.pdf)].

72. *Ibid.*

73. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 21 avril 2021, p. 6, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX :52021PC0189&from=EN>].

74. Direction générale du Trésor, *Une nouvelle norme pour un nouveau capitalisme : l'extra financier, accélérateur des entreprises responsables*, 7 décembre 2020, [<https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2020/12/07/une-nouvelle-norme-pour-un-nouveau-capitalisme-l-extra-financier-accelereur-des-entreprises-responsables>].

75. J. Reynal, *Notre priorité est d'encourager l'essor des sociétés à mission en France et en Europe* : La Tribune, 13 avril 2020, [<https://www.latribune.fr/economie/france/notre-priorite-est-d-encourager-l-essor-des-societes-a-mission-en-france-et-en-europe-845008.html>].

76. *Ibid.*

77. France Stratégie, *La RSE, un enjeu européen – Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne*, Octobre 2021, p. 8-9, [[https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2021-avis-la\\_rse\\_un\\_enjeu\\_europeen-26\\_octobre.pdf](https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2021-avis-la_rse_un_enjeu_europeen-26_octobre.pdf)].

partage de la valeur ») et environnemental<sup>78</sup> européen, ainsi qu'un modèle économique alternatif<sup>79</sup>.

## B. - Devoir de vigilance

33 - L'adoption d'un devoir de vigilance contraignant peut, lui aussi, constituer un outil stratégique, et permettre de construire « [l']économie sociale de marché » dont elle se revendique<sup>80</sup>. La multiplication des instruments juridiques relatifs au devoir de vigilance mis en place par certains États membres<sup>81</sup>, dont la France<sup>82</sup>, qui était pionnière, a certainement encouragé l'adoption à venir d'un texte européen. Cet engagement fait l'objet d'une attention particulière de la part des instances européennes depuis quelques années, notamment à l'initiative de députés européens<sup>83</sup>. Le Parlement européen a en effet adopté une résolution le 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises. Ce projet donne quelques indications sur ce qui pourrait constituer le futur devoir de vigilance. La Commission doit désormais soumettre une proposition législative relative à une initiative sur la gouvernance d'entreprise durable (« *initiative gouvernance durable* »), afin d'améliorer le cadre réglementaire de l'UE en matière de droit des sociétés et de gouvernance d'entreprise<sup>84</sup>. Celle-ci devrait comprendre un devoir de vigilance en matière de droits humains et d'environnement pour les entreprises de l'UE.

### 1° Recommandations du Parlement européen

34 - La résolution du Parlement européen comprend en annexe un projet de directive. La future directive devrait viser à établir des « obligations de vigilance à l'égard de la chaîne de valeur des entreprises qui relèvent de son champ d'application »<sup>85</sup>. Ces nouvelles obligations auraient notamment pour but

d'empêcher et de traiter les incidences négatives potentielles ou réelles sur les droits humains, l'environnement et la bonne gouvernance que pourraient engendrer leurs activités, mais aussi « celles de leurs chaînes de valeur et de leurs relations d'affaires »<sup>86</sup>. Si d'autres instruments de l'UE établissent déjà un devoir de vigilance dans des secteurs spécifiques (à l'instar du règlement relatif aux minerais originaires de zones de conflit<sup>87</sup>, le projet de directive établit un devoir de vigilance plus général. Les entreprises devront ainsi mettre en place une stratégie de vigilance, consistant en (i) une identification des incidences négatives potentielles ou réelles (ii) une cartographie de leur chaîne de valeur (iii) la mise en place de politiques et mesures pour faire cesser, prévenir ou atténuer les incidences négatives (iv) et établir une stratégie de priorisation des incidences<sup>88</sup>. Le projet de directive prévoit également la publication et communication de cette stratégie de vigilance<sup>89</sup>.

### 2° Un projet potentiellement plus ambitieux que la loi française

35 - Si ces mesures s'inspirent de la loi française sur le devoir de vigilance, le projet de directive est toutefois plus ambitieux. Tout d'abord, ce devoir de vigilance européen s'appliquerait (i) aux grandes entreprises régies par le droit d'un État membre ou établies sur le territoire de l'Union (ii) aux petites et moyennes entreprises cotées en bourse et à haut risque, et (iii) aux entreprises régies par le droit d'un pays tiers lorsqu'elles exercent leurs activités sur le marché intérieur en vendant des marchandises ou en fournissant des services<sup>90</sup>. Il inclut dans la chaîne de valeur les entités qui fournissent des produits, des parties de produits ou des services qui contribuent aux propres produits ou services de l'entreprise ou reçoivent des produits ou services de l'entreprise<sup>91</sup> établissant que les entreprises devraient également couvrir les risques liés à leurs chaînes de distribution<sup>92</sup>. Il prévoit aussi la participation obligatoire des parties prenantes de l'entreprise à l'établissement et à la mise en œuvre de cette stratégie de vigilance<sup>93</sup>, là où la loi française n'est qu'incitative<sup>94</sup>. Ce devoir de vigilance européen pourrait également prévoir la création d'une autorité indépendante chargée de veiller au respect du

78. Secrétariat d'État chargé de l'économie sociale, solidaire et responsable, *Dossier de presse – Une nouvelle norme pour un nouveau capitalisme. L'extra-financier, accélérateur des entreprises responsables*, 8 décembre 2020, [https://minefi.hosting.augure.com/Augure\_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=3695C829-7C71-463D-BEC3-D1936E649F60&filename=2020-12-03%20Dossier%20de%20presse\_%C3%A9v%20C3%A9nement%20NFRD%20.pdf].

79. Supra note 74.

80. Commission européenne, « *Une économie au service des personnes* », [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people\_fr].

81. Voir par exemple l'Allemagne, où le Bundestag a adopté le 11 juin 2021 une loi régissant les devoirs de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement : Deutscher Bundestag, Bundestag verabschiedet das Lieferkettengesetz, 11 juin 2021, [https://www.bundestag.de/dokument/textarchiv/2021/kw23-de-lieferkettengesetz-845608]. Sur la problématique seule du travail des enfants, le Sénat néerlandais a adopté le 14 mai 2019 une loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants : A. Hof, *Dutch child labour due diligence law : a step towards mandatory human rights due diligence* : Oxford Human Rights Hub, 10 juin 2019, [https://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence/].

82. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/].

83. B. Lecourt, *Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés* : Revue des sociétés, Dalloz, 2021, p. 335 ; Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers (2015/2315(INI)), JO C 215 du 19.6.2018, p. 125, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0405\_FR.html] ; Résolution du Parlement européen du 29 mai 2018 sur la finance durable (2018/2007(INI)), JO C 76 du 9.3.2020, para. 6., [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0215\_FR.html].

84. Commission européenne, « *Gouvernance d'entreprise durable* », [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gouvernance-d%E2%80%99entreprise-durable\_fr].

85. Annexe à la 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)), Recommandations concernant l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises texte de la proposition demandée, article premier, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\_FR.html#title1].

86. *Ibid.*

87. Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JO L 130 du 19.5.2017, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0821&from=en].

88. Supra note 85.

89. *Ibid.*, article 6.

90. *Ibid.*, article 2.

91. *Ibid.*, article 3.

92. O. Delaunay, Table ronde – *Prévenir et gérer les risques liés aux droits humains* : La Lettre du Juriste d'Affaires, Supplément de la Lettre des Juristes d'Affaires n° 1506 du 27 septembre 2021, N° 74 – septembre-octobre 2021.

93. Annexe à la Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, Recommandations concernant l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises texte de la proposition demandée, article 5, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\_FR.html#title1].

94. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm].

devoir de vigilance<sup>95</sup>. Enfin, le Parlement européen propose la possibilité d'infliger des amendes<sup>96</sup> ou encore un renversement de la charge de la preuve en matière de responsabilité civile de l'entreprise pour manquement à son devoir de vigilance. Celle-ci devrait ainsi prouver qu'elle a « pris toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question, ou que le préjudice se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises »<sup>97</sup>, instaurant ainsi une présomption de responsabilité des entreprises.

### 3° Mais qui semble poser des difficultés

36 - Plusieurs critiques ont pu être formulées quant au texte présenté par le Parlement européen. Par exemple, le renversement de la charge de la preuve proposé par le texte pourrait s'avérer complexe en pratique. Celui-ci avait été évoqué lors des débats parlementaires de la loi française, mais finalement abandonné, car considéré comme une « charge excessive » pour les entreprises<sup>98</sup>. En outre, la transposition de la directive en droit français qui devrait prévoir des amendes pouvant être infligées par l'autorité compétente nationale pourrait être censurée par le Conseil constitutionnel<sup>99</sup>. Ce dernier avait en effet censuré l'amende civile initialement prévue par la loi française sur le devoir de vigilance<sup>100</sup>.

37 - La publication de l'initiative par la Commission était initialement prévue pour l'été 2021<sup>101</sup> et semble désormais être envisagé pour le printemps 2022<sup>102</sup>. Le projet a notamment été reporté en raison de deux rejets de l'analyse d'impact par le comité d'examen de la réglementation (*Regulatory Scrutiny Board*, « RSB »)<sup>103</sup>, ce qui a généré une certaine inquiétude de la société civile quant à l'avenir et au niveau d'ambition d'une proposition législative sur la gouvernance durable<sup>104</sup>.

### 4° Nécessaire coordination entre reporting extra-financier et devoir de vigilance, au service d'une économie sociale de marché

38 - À l'occasion de la présidence française du Conseil de l'UE, la Plateforme RSE<sup>105</sup> indiquait qu'il était nécessaire de clarifier la coordination et la cohérence entre la CSRD et le futur devoir de vigilance<sup>106</sup>. Elle recommandait d'articuler ces deux textes avec la taxonomie<sup>107</sup> dans la mesure où ces instruments sont intrinsèquement liés. Une vision commune et une articulation claire et précise entre les différents textes semblent en effet nécessaires. À l'instar de l'importance du reporting extra-financier pour imposer la vision européenne de la RSE, le devoir de vigilance peut être utilisé comme un outil de politique étrangère. Dans la proposition de résolution du Parlement français visant à inscrire parmi les priorités de la présidence française l'adoption d'une législation sur le devoir de vigilance, celui-ci relevait que la mise en œuvre d'un devoir de vigilance à échelle européenne « contribuerait à renforcer son action extérieure, notamment en faveur de [...] de la protection des droits de l'homme, du développement durable, du commerce libre et équitable »<sup>108</sup>. Le Parlement français considère également que ce texte « s'inscrirait dans la construction d'un nouveau modèle d'entreprise européen » qu'il définit comme héritier d'un humanisme pouvant constituer « une force dans la mondialisation »<sup>109</sup>. Si la directive sur le devoir de vigilance permettait de venir nourrir ce nouveau modèle économique que l'UE entend créer, elle lui fournirait également un élément différenciateur par rapport aux autres puissances mondiales qui n'ont pas choisies d'imposer un devoir de vigilance général à leurs entreprises.

## 3. L'exemple de la lutte contre le travail forcé

39 - En vertu des Principes directeurs<sup>110</sup>, les entreprises doivent respecter les droits humains « internationalement reconnus »<sup>111</sup>, et doivent donc veiller à ne pas avoir recours à des produits ou services issus du travail forcé. Mais ces Principes directeurs, à l'instar d'autres normes internationales relatives à la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains, ne sont pas contraignants. Dès lors, les États ont également cherché à endiguer le recours au travail forcé et à l'esclavage

95. Annexe à la Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, Recommandations concernant l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises texte de la proposition demandée, articles 12 et 13, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\_FR.html#title1].

96. *Ibid.*, article 18.

97. *Ibid.*, article 19.

98. Assemblée Nationale, Rapport N° 3582 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3239) par D. Potier, [https://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3582.asp].

99. B. Lecourt, Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés – Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9\_TA-PROV(2021)0073 (2020/2129(INL) : Revue des sociétés 2021, p.335.

100. *Supra* note 92.

101. M. Fabre, *Devoir de vigilance : La directive européenne patine, plombée par le lobbying* : Novethic, 23 septembre 2021, [https://www.novethic.fr/actualite/economie/isr-rse/devoir-de-vigilance-la-directive-europeenne-patine-plombée-par-le-lobbying-150181.html].

102. Rapport d'information N° 4809 déposé par la commission des affaires européennes relatif au devoir de vigilance des multinationales, 15 décembre 2021, p. 26, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/duel15b4809\_rapport-information.pdf].

103. A. Palinska, *Concerns over the future and level of ambition of a legislative proposal on sustainable corporate governance* : Finance Watch, 15 décembre 2021, [https://www.finance-watch.org/publication/finance-watch-letter-to-the-european-commission-on-sustainable-corporate-governance/].

104. Media Business Human Rights, *Open Letter : Risk Effective Sustainable Corporate Governance*, 20 décembre 2021, [https://media.business-humanrights.org/media/documents/Open\_Letter\_Risking\_Effective\_Sustainable\_Corporate\_Governance.pdf].

105. La Plateforme RSE, installée par le Premier ministre au sein de France Stratégie en 2013, émet des avis sur les questions qui lui sont soumises et formule des recommandations sur les questions sociales, environnementales et de gouvernance soulevées par la responsabilité sociétale des entreprises.

106. France Stratégie, *La RSE, un enjeu européen – Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne*, p. 46-47, [https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-2021-avis-la\_rse\_un\_enjeu\_europeen-26\_octobre.pdf].

107. Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852&from=F]. Ce règlement européen « Taxonomie » vise à établir une classification des activités économiques ayant un impact favorable sur l'environnement.

108. Assemblée Nationale, Proposition de résolution n° 4328 visant à inscrire parmi les priorités de la présidence française de l'Union européenne l'adoption d'une législation ambitieuse sur le devoir de vigilance des multinationales, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/15b4328\_proposition-resolution-europeenne].

109. *Ibid.*

110. *Supra* note 3, Principe 12, [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\_fr.pdf].

111. Il s'agit, au minimum, des droits figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail.

moderne à travers des instruments de droit positif. Dans la mesure où plusieurs options législatives peuvent s'offrir à l'UE pour traiter cette problématique, il paraît intéressant d'observer ce qui a pu être fait aux États-Unis.

### A. - L'exemple de la stratégie coordonnée américaine

40 - La stratégie américaine développée ces dernières années repose sur la coordination d'une multitude d'instruments juridiques visant à lutter contre ce fléau. Au-delà du mécanisme des sanctions économiques, notamment à travers l'application de la loi Magnitsky<sup>112</sup>, les États-Unis ont en effet fait preuve d'ingéniosité en adoptant un certain nombre de mesures contraignantes et de lignes directrices en la matière.

41 - L'une des plus significative en termes d'impact est la nouvelle utilisation du contrôle des exportations et notamment l'ajout de sociétés sur la liste américaine appelée « *Entity List* ». De telles désignations ont pour conséquences de limiter, voire d'interdire, l'exportation de certains biens américains à destination de ces entreprises. Depuis octobre 2019, les États-Unis ont ainsi ajouté 15 entreprises chinoises sur la *Entity List* pour avoir été impliquées dans le travail forcé des Ouïgours<sup>113</sup>.

42 - Sur le terrain des restrictions à l'importation, l'autorité douanière américaine<sup>114</sup> a édicté des « *Withhold Release Orders* » (« *WRO* »)<sup>115</sup> qui ont pour effet d'interdire l'importation sur le territoire américain de certains biens produits dans des pays utilisant le travail forcé. 11 WROs visant des produits fabriqués dans la région du Xinjiang, tels que le coton<sup>116</sup> ou les produits à base de silice<sup>117</sup>, ont ainsi été édictés. Plus récemment, les États-Unis ont renforcé ces restrictions à l'importation via l'adoption, le 23 décembre 2021, du « *Uyghur Forced Labor Prevention Act* » qui ne se limite pas à certains biens mais à tous les produits fabriqués totalement ou partiellement dans la région du Xinjiang ou par certaines entités désignées<sup>118</sup>.

43 - En parallèle, le 1<sup>er</sup> juillet 2020<sup>119</sup> et le 13 juillet 2021<sup>120</sup>, six autorités américaines<sup>121</sup> ont également publié des lignes directrices à destination des entreprises afin qu'elles soient en

mesure d'identifier les risques liés au travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement impliquant la région du Xinjiang.

### B. - L'approche de l'UE

44 - D'ores et déjà opérationnels, les sanctions économiques et le contrôle des exportations sont deux instruments employés par l'UE dans le cadre de la lutte contre le travail forcé dans le monde. L'esclavage fait ainsi partie des graves violations des droits humains servant de fondements aux désignations en vertu du nouveau régime mondial de sanctions en matière de droits humains<sup>122</sup>. Le Conseil justifie ainsi l'ajout de Junzheng Wang à la liste de sanctions européenne en mars 2021 par le fait qu'il serait « *responsable du travail forcé systématique, en particulier dans les champs de coton, de Ouïgours [...]* »<sup>123</sup>.

45 - En matière de contrôle des exportations, le nouveau règlement 2021/821, limitant notamment l'exportation des biens de cybersurveillance pouvant être détournés à des fins violant les droits humains<sup>124</sup>, vise également à lutter contre le travail forcé. En effet, cette nouvelle disposition fait écho à l'utilisation de ces technologies pour la surveillance et le contrôle des Ouïgours dans la région du Xinjiang<sup>125</sup>.

46 - Souhaitant étoffer ses moyens de lutte contre le travail forcé, l'UE étudie l'adoption de nouvelles mesures. Dans un premier temps, l'UE a en effet publié des orientations en juillet 2021 afin d'aider les entreprises européennes à lutter contre le travail forcé dans leurs activités et leurs chaînes d'approvisionnement<sup>126</sup>. Ces orientations visaient à identifier, prévenir, atténuer et traiter ce risque<sup>127</sup>. Elles laissaient penser que la Commission choisirait de traiter la problématique du travail forcé à travers l'initiative de gouvernance durable, qui comprendrait notamment le devoir de vigilance<sup>128</sup>.

47 - Pour autant, c'est un autre type de mesure qui a été présenté par la présidente de la Commission, lors de son discours sur l'état de l'Union en septembre 2021. Elle évoquait en effet que la Commission proposerait d'interdire dans l'UE la vente de produits issus du travail forcé<sup>129</sup>. Dès lors, il s'agirait d'une initiative autonome visant au contrôle des importations. La distinction des deux outils (devoir de vigilance et interdiction des importations) est notamment souhaitée par certains députés européens, qui ont appelé la présidente de la Commission à établir un règlement commercial, qui viendrait compléter l'initiative gouvernance durable, considérant qu'il s'agissait d'un

112. Cf. par exemple la désignation par l'OFAC (autorité américaine notamment en charge d'administrer les listes de sanctions américaines) de Wang Junzheng du 22 mars 2021, [https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0070].

113. Department of Commerce, Press Release – *Commerce Department Adds Five Chinese Entities to the Entity List for Participating in China's Campaign of Forced Labor Against Muslims in Xinjiang*, 24 juin 2021, [https://content.govdelivery.com/accounts/USDOC/bulletins/255272].

114. *U.S. Customs and Border Protection (CBP)*.

115. Sur la base de la Section 307 of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. §1307).

116. U.S. Customs and Border Protection, Press Release – *CBP Issues Region-Wide Withhold Release Order on Products Made by Slave Labor in Xinjiang*, 13 janvier 2021, [https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-issues-region-wide-withhold-release-order-products-made-slave].

117. U.S. Customs and Border Protection, Press Release – *The Department of Homeland Security Issues Withhold Release Order on Silica-Based Products Made by Forced Labor in Xinjiang*, 24 juin 2021, [https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/department-homeland-security-issues-withhold-release-order-silica].

118. Par la *Forced Labor Enforcement Task Force*.

119. *Risks and Considerations for Businesses with Supply Chain Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses in Xinjiang*, 1<sup>er</sup> juillet 2020, [https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/07/Xinjiang-Supply-Chain-Business-Advisory\_FINAL\_For-508-508.pdf].

120. *Risks and Considerations for Businesses and Individuals with Exposure to Entities Engaged in Forced Labor and other Human Rights Abuses linked to Xinjiang, China*, 13 juillet 2021, [https://home.treasury.gov/system/files/126/20210713\_xinjiang\_advisory\_0.pdf].

121. Department of State, Department of Treasury, Department of Commerce, Department of Homeland Security, Office of the United State Trade Representative et le Department of Labor.

122. Supra note 23.

123. Annexe de la décision 2020/1999, Liste des personnes physiques et morales, des entités et des organismes visés aux articles 2 et 3.

124. Règlement 2021/821, article 5, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2021:206:FULL&from=EN].

125. Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2020 sur le travail forcé et la situation des Ouïgours dans la région autonome ouïgoure du Xinjiang, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0375\_FR.html].

126. European Union External Action, *Guidance – On due diligence for businesses to address the risk of forced labour in their operators and supply chains*, 12 juillet 2021, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/july/tradoc\_159709.pdf].

127. J. Dunin-Wasowicz et A. Bourgin, *The EU Guidance on Forced Labor – A Roadmap to Prepare for Mandatory Human Rights Due Diligence ?* : International Review of Compliance and Business Ethics, October 2021.

128. G. Holly and S. Andreasen Lysgaard, *How do the pieces fit in the puzzle ? Making sense of EU regulatory initiatives related to business and human rights* : The Danish Institute for Human Rights, 26 janvier 2022, p. 26, [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/EU\_RegulatoryMeasuresExplainer.pdf], [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/DIHR\_EU\_RegulatoryInitiativesExplainer.pdf].

129. Discours sur l'état de l'Union 2021 de la présidente von der Leyen, 15 septembre 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH\_21\_4701].

moyen plus simple et plus efficace, afin de mettre en œuvre l'interdiction de vente de produits issus du travail forcé<sup>130</sup>. Le récent discours du vice-président de la Commission laisse penser qu'il pourrait bien s'agir, *in fine*, de deux instruments distincts, nécessitant un effort de coordination entre ces derniers<sup>131</sup>.

---

130. R. Bütikofer, *Let us ban forced labour products now*, 10 décembre 2021, [<https://reinhardbuetikofer.eu/2021/12/10/let-us-ban-forced-labour-products-now/>].

131. Commission Européenne, *Speech by Executive Vice-President Valdis Dombrovskis at French Presidency Conference « For a More Sustainable and Responsible Trade »*, 28 janvier 2022, [[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis/announcements/speech-executive-vice-president-valdis-dombrovskis-french-presidency-conference-more-sustainable-and\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis/announcements/speech-executive-vice-president-valdis-dombrovskis-french-presidency-conference-more-sustainable-and_en)].

## Conclusion

---

48 - L'élaboration de normes européennes contraignantes en matière d'entreprises et droits humains est nécessaire afin d'empêcher que des violations des droits humains ne se produisent dans le cadre des opérations des entreprises européennes ainsi que dans leurs chaînes d'approvisionnement. Elle constitue également un instrument permettant de tendre vers une prospérité responsable et l'affirmation par l'Union de sa propre voie dans le monde. En ce sens, ces enjeux relèvent à la fois des notions de souveraineté européenne et d'autonomie stratégique. Pour pleinement réaliser ce potentiel, la définition d'une stratégie européenne de protection par les entreprises des droits humains paraît souhaitable. Elle faciliterait l'articulation des différents outils existants et en cours d'élaboration, soutiendrait la cohésion du dispositif, et donnerait plus de clarté et de prévisibilité aux entreprises, principaux agents de ces mutations. ■

## 16 Designing a modern EU energy system – Relying on clean energy technologies and digitalization



Phuc-Vinh NGUYEN,  
Research fellow at the Jacques Delors Institute



Thomas PELLERIN-CARLIN,  
Director of the Jacques Delors Energy Centre  
and Jacques Delors Institute senior research fellow

1 - « Well, let me be very clear [...], this is going to be bloody hard to do. »<sup>1</sup> In October 2020, in front of the European Parliament, European Commission's Executive Vice-President for the European Green Deal Frans Timmermans, rightfully underlined how difficult it will be to reach climate neutrality by 2050.

Climate neutrality is defined in article 2 of the European Climate Law as followed : « Union-wide greenhouse gas emissions and removals regulated in Union law shall be balanced within the Union at the latest by 2050, thus reducing emissions to net zero by that date, and the Union shall aim to achieve negative emissions thereafter ». This objective was made legally binding on July 21, 2021, following the entry into force of the law. In addition to setting up a reduction target of -55% of greenhouse gas (GHG) by 2030 at European level, this legislation acts as the operational starting point of what the President of the European Commission Ursula von der Leyen presented on December 2019 as the roadmap that will structure her five-year term : the European Green Deal. Portrayed as the European Union's « new growth strategy, »<sup>2</sup> this action plan is aiming to make Europe the world leader in the race towards climate neutrality.<sup>3</sup>

### 1. The urgent need to put an end to Europe's deadly dependence on fossil fuels

2 - Up until now, the existence of a European energy market was mostly unknown to European citizens. Launched during the 1990s, this initiative primarily aimed at integrating the national electricity and gas markets into a single (European) energy market.<sup>4</sup> Once completed, it should bring savings estimated

between €12.5 and €40 bn per year to consumers.<sup>5</sup> Still, the current energy price crisis Europe is facing<sup>6</sup> highlighted the extreme dependence of our modern society to fossil fuels (especially to natural gas, in this case) and the urgent need to get rid of it as soon as possible.

#### A. - The sooner the better : addressing the decarbonisation of the power sector

3 - According to the International Energy Agency (IEA), reaching climate neutrality by 2050 requires electricity generation to reach net-zero emissions globally in 2035 for advanced economies such as the European Union (EU).<sup>7</sup> Regarding the decarbonisation of the electricity mix, the European Carbon Market (EU ETS)<sup>8</sup> helped reducing the greenhouse gas (GHG) emissions of the power sector thanks to a price (>30 €/tCO<sub>2</sub>)<sup>9</sup> significant enough to trigger a shift in power generation from coal plants to less polluting means. Between 2013 and 2019 the power sector emissions went down by 27.7%.<sup>10</sup> However, even if renewable sources acted as a replacement,<sup>11</sup> so did natural gas power plants : since 2013, coal power emissions have fallen by 58% while gas power emissions increased by 23%.<sup>12</sup> This means that Europe is now facing a two-fold challenge :

- First, speeding up the phase out of coal power generation by 2030 is paramount. Indeed, « more than half (52%) of this new renewable generation since 2019 replaced gas power, and a

1. Karl Mathiensen & Kaline Oroschakoff, *EU climate clash looms as Parliament backs 'bloody hard' emissions cuts*, Politico, Oct. 7, 2020 available at [https://www.politico.eu/article/europe-climate-change-clash-looms-as-parliament-backs-bloody-hard-emissions-cuts/].  
2. See the press remarks by President von der Leyen on the occasion of the adoption of the European Green Deal Communication, 11 Dec. 2019 available at [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/speech\_19\_6749].  
3. As of today, more than 80% of world total GDP has committed to reach climate neutrality. See C. Defard, M. Delair, L. Leuser, P.-V. Nguyen, T. Pellerin-Carlin & K. Thalberg, *Cop 26 : Europe Leads the Way towards Climate Neutrality*, Institut Jacques Delors, 2021.  
4. European Commission, *2020 report on the State of the Energy Union pursuant to Regulation (EU) 2018/1999 on Governance of the Energy Union and Climate Action*, 2020.

5. Booz & Company, *Benefits of an Integrated European Energy Market*, 2013.  
6. T. Pellerin-Carlin & P.-V. Nguyen, *The European Energy Price Spike, Overcoming the Fossil Fuel Crisis*, Institut Jacques Delors, 2021.  
7. International Energy Agency, *Net Zero by 2050 – A Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021.  
8. The EU Emission Trading System (EU ETS) is a cornerstone of the EU's policy to combat climate change and its key tool for reducing GHG emissions cost-effectively. It is the world's first major carbon market. More information are available at [https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets].  
9. J. Lehne, E. Moro, P.-V. Nguyen & T. Pellerin-Carlin, *The EU ETS : From Cornerstone to Catalyst*, Jacques Delors Institute, 2021.  
10. See figure 2, T. Pellerin-Carlin, D. Vangenechten, P. Lamy & G. Pons, *No More free Lunch. Ending Free Allowances in the EU ETS to the Benefit of Innovation*, Institute Jacques Delors, 2022.  
11. From 2011 to 2019, « over 80% of new renewables replaced coal ». Charles Moores, *European Electricity Review 2022. Gas Crisis Interrupts EU Coal Exit*, Ember, 2022, p. 5.  
12. Grace Alster, *Gas Power Plants Overtook Lignite in 2020 to Become Europe's #1 Power Sector Emitter*, Ember, 16. Apr. 2021, available at [https://ember-climate.org/commentary/2021/04/16/gas-power-euets/].

third replaced nuclear, while only a sixth replaced coal. »<sup>13</sup> This trend will have to be reversed in order to prioritize an exit from coal in order to keep the objective contained within the Paris Agreement alive.

- Secondly, establishing a roadmap in order to phase out gas as soon as possible while avoiding putting the electricity grid at risk (shortages, high prices). Given the geopolitical dimension surrounding this energy,<sup>14</sup> this will indubitably be a difficult challenge.

However, as the European Union is committed to accelerating its green transition under the *European Green Deal*, it has a unique opportunity to strengthen its autonomic strategy at the same time.

## B. - A dependency that is as much geopolitical as it is energy-related

4 - In 2019, the EU only produced 39% of its own energy.<sup>15</sup> In addition, the EU primary energy mix was mainly dominated by carbon intensive sources such as petroleum products (36%), natural gas (22%), and coal (13%). As for renewable energy and nuclear energy, they respectively represented 15% and 13% of Europe's energy mix.<sup>16</sup> Moreover, Russia was EU main supplier for coal (47%), natural gas (41%) as well as crude oil (27%).

5 - While the first oil shocks of the 1970s was dealt mostly by « the West » with a limited role of the European Union as a political organisation, the 2006 gas crisis between Russia and Ukraine recalled the geopolitical dimension of energy. Despite significant EU efforts after the 2006, 2009 and 2014 Russian gas crises, the EU remains heavily dependent on Russian gas, as evidenced by the statistics presented above. In early 2022, EU's supply are once more<sup>17</sup> threatened by the risk of a Russian invasion of Ukraine.<sup>18</sup> On February 1st, European gas reserves were at their lowest level for the past ten years at this time of the year<sup>19</sup>. In the short term, Europe has no other choice than updating contingency plans, prepare for gas cuts if the situation sours, and look for alternative options in case Russian gas deliveries

were to be halted. Re-routing the so-called « *freedom gas* »<sup>20</sup> coming from the United States, purchasing it at record level of prices and putting in place demand-side measures could be necessary to avoid a shortage. To avoid the occurrence of a yearly seasonal crisis (if Russia were to maintain this stance in the coming years) urgent and structural measures such as the deep energy renovation of buildings and massively deploying renewables are also required. By doing so, Europe would strengthen its energy sovereignty in particular by benefiting from the complementary of each national electricity mix.

## 2. Clean energy technologies and digitalization, two pillars of tomorrow's energy mix

6 - Back in 2012, the European Commission published a « *2050 Energy roadmap* » where « *the analysis of all scenarios showed that the biggest share of energy supply technologies in 2050 comes from renewables.* »<sup>21</sup> Back then, climate neutrality was not even discussed (the EU had no long-term goal as the European Commission proposal to cut GHG by 80-95% by 2050 was not approved by the EU co-legislators). Yet, the role of clean technologies was already acknowledged as crucial to drastically reduce GHG emissions and build a new energy model. This modelling has been updated since, with the new EU reference scenario relying on renewables to cover 75% of electricity generation by 2050.<sup>22</sup>

### A. - Enhancing the fossil fuels transition : the role of critical raw materials

7 - Clean technologies will enable Europeans to free themselves from their current dependence to fossil fuels and the countries that control them (Russia, Saudi Arabia, Qatar...). However, they are not a silver bullet. Renewables indeed require significantly more critical raw materials (CRMs) than carbon-based technologies. For instance, lithium requirements could increase eighteen-fold and cobalt requirements five-fold by 2030 for electric storage and electro-mobility purpose.<sup>23</sup> European demand for rare-earth elements<sup>24</sup> that are required to produce wind turbines and electric vehicles could increase tenfold by 2050 :

13. Charles Moores, *supra*. note 11, p. 10.

14. Thierry Bros & Jean-Arnold Vinois, *High Energy Prices. Russia Fights Back ?*, Institut Jacques Delors, 2021.

15. Eurostats, *Energy Dependence*, European Commission, last update 25 Jan. 2022, available at [[https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/t2020\\_rd320/default/table](https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/t2020_rd320/default/table)]. The reader should note that Eurostat considers nuclear power to be an energy source produced in Europe, despite uranium being imported.

16. Eurostat, *Where does our energy come from ?*, European Commission, 2019, available at [<https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy/bloc-2a.html>].

17. See the Joint Statement by President Biden and President von der Leyen on U.S.–EU Cooperation on Energy Security, 28 Jan. 2022, available at [<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/28/joint-statement-by-president-biden-and-president-von-der-leyen-on-u-s-eu-cooperation-on-energy-security/>].

18. Matt Egan, *Gas Prices could Soar if Russia Invades Ukraine*, CNN Business, 21 Jan. 2022, available at [<https://edition.cnn.com/2022/01/20/business/gas-prices-russia-ukraine-putin/index.html>].

19. See Aggregated Gas Storage Inventory, *Storage Data*, Last update 11 Jan. 2022, available at [<https://agsi.gie.eu/#/>].

20. Emily S. Rueb, « *Freedom Gas* », *the Next American Export*, The New York Times, 29 May 2019, available at [<https://www.nytimes.com/2019/05/29/us/freedom-gas-energy-department.html>].

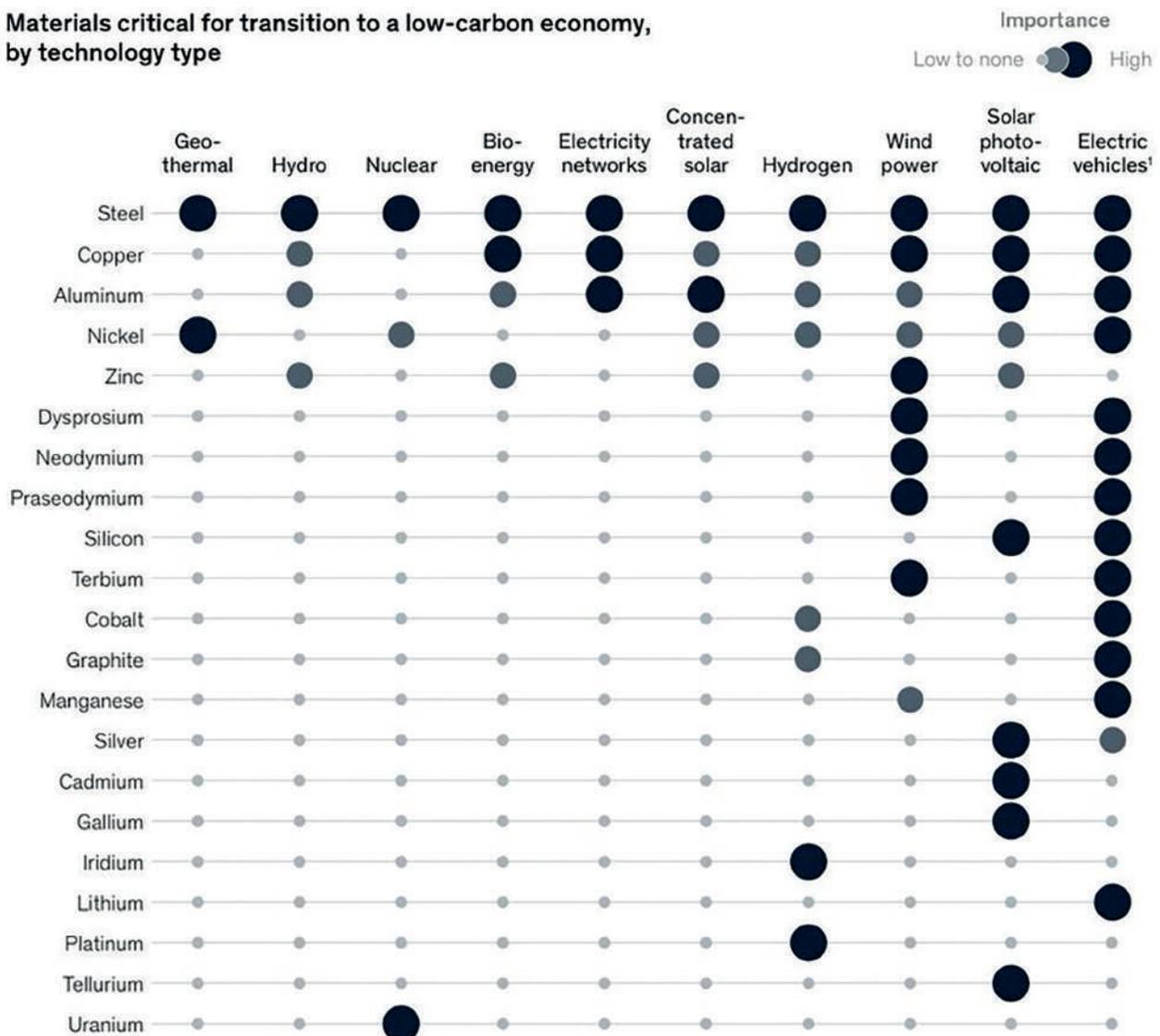
21. European Commission, *Energy Roadmap 2050*, Publications Office, 2012, p.12.

22. European Commission, Directorate-General for Climate Action, Directorate-General for Energy, Directorate-General for Mobility and Transport, De Vita, A., Capros, P., Paroussos, L., et al., *EU reference scenario 2020 : energy, transport and GHG emissions : trends to 2050*, Publications Office, 2021.

23. European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions : Critical Raw Resilience : Charting a Path towards greater Security and Sustainability*, 3 Sept. 2020, COM(2020) 474 final, available at [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&from=EN>].

24. Hobbart M. King, *Ree – Earth Elements and their Uses. The demand for rare earth has grown rapidly, but their occurrence in minable deposits is limited*, Geology, available at [<https://geology.com/articles/rare-earth-elements/>].

Materials critical for transition to a low-carbon economy, by technology type



<sup>1</sup>Includes energy storage.  
Source: Critical raw materials for strategic technologies and sectors in the EU, A foresight study, European Commission, Mar 9, 2020; The role of critical minerals in clean energy transitions, IEA, May 2021; McKinsey analysis

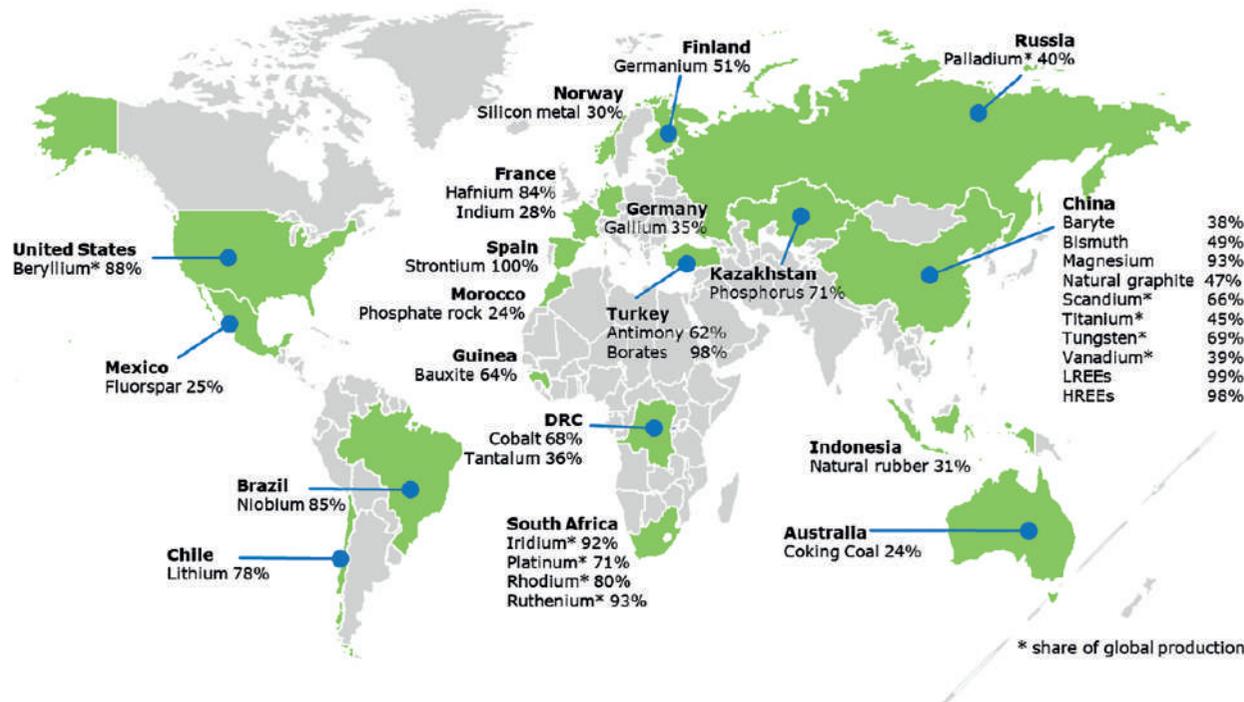
8 - Cleantech deployment will nonetheless trigger a paradigm shift in terms of sovereignty. While the EU has almost no oil<sup>25</sup> or gas resources left,<sup>26</sup> it has the opportunity to kill two birds with one stone. First, by carrying out a rebirth of the mining industry, as the EU has extensive reserves of CRMs (e.g. lithium).<sup>27</sup> Secondly, while oil and gas imports are rapidly burnt, the EU has the opportunity to establish a recycle scheme for critical materials and strengthen its autonomy by reducing the geopolitical risks of a shortage in the medium term. Hence,

access to critical resources is strategic in order to deliver the *European Green Deal*<sup>28</sup> and will require a dedicated diplomacy involving new partners as highlighted in 2008 within the EU Raw Materials Initiative.<sup>29</sup> The Communication relied on 3 pillars : waste reduction and recycling, sustainable domestic production and a secure supply on world markets. Since then, every three years, the European Commission publishes a list of raw materials that are considered as critical given the risk of supply disruption and their economic importance :

25. The Shift Project, Olivier Rech, *Approvisionnement pétrolier futur de l'Union Européenne : État des réserves et perspectives de production des principaux pays fournisseurs*, The Shift Project, 2021.  
26. Stuard Elliot & Antoine Simon, *Full Groningen gas field closure possible as early as 2023 : Dutch GTS*, SPGlobal, 28 Jun. 2021, available at [https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/latest-news/natural-gas/062821-full-groningen-gas-field-closure-possible-as-early-as-2023-dutch-gts].  
27. G. Bertrand, D. Cassard, N. Arvanitidis, G. Stanley and the EuroGeoSurvey Mineral Resources Expert Groupe, *Map of critical raw material deposits in Europe*, 2016.

28. Joint Research Center European Commission, *JRC assesses critical raw materials for Europe's green and digital future*, EU Science Hub, 3 Sept. 2020, available at [https://ec.europa.eu/jrc/en/news/jrc-assesses-critical-raw-materials-europe-s-green-and-digital-future].  
29. Commission of the European Communities, *Communication from the commission to the European Parliament and the Council : The raw materials initiative – meeting our critical needs for growth and jobs in Europe*, 4 Nov. 2008, COM(2008) 699 final, available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0699&from=EN].

Figure 1: biggest supplier countries of CRMs to the EU



Source: European Commission report on the 2020 criticality assessment

9 - As partially shown in the map above, EU Member States do have mineral resources on their ground. Still, 98% of the rare-earth metals currently used in Europe come from China and the same observation can be made with borate coming from Turkey.<sup>30</sup> To fully exploit the resources that are available, the European Commission launched various initiatives, in order to map the available CRMs<sup>31</sup> and eventually develop a mining ecosystem that is sustainable.<sup>32</sup> While ensuring sustainability is key, another challenge will also be to obtain the approval of local population to any new mining project.<sup>33</sup>

10 - According to the IEA, even if recycling « would not eliminate the need for continued investment in new supply to meet climate goals. »<sup>34</sup> Their estimation shows that « by 2040, recycled quantities of copper, lithium, nickel and cobalt from spent batteries could reduce combined primary supply requirements for these minerals by around 10%. »<sup>35</sup> Batteries will play a key role in tomorrow's energy system with the expected surge of electro-mobility and the deployment of renewables that require storage as they are variable. Aware of the necessity to obtain social acceptance and put in place viable recycling solutions, the

EU has recently taken concrete action to speed up<sup>36</sup> on these two topics through the battery regulation.<sup>37</sup> This is in line with various initiatives that were recently launched at the European level such as the European Battery Alliance<sup>38</sup> or the Important Project of Common European Interest (IPCEI) on batteries.<sup>39</sup>

11 - As of today, more than 80% of global gross domestic product is aiming for carbon neutrality by 2050-2060.<sup>40</sup> In order to become the world leader in *cleantech* segments, major economies are channeling massive investments, whether public (China) or private (United States). Europe lost the competition on digital technologies to both the US and China ten years ago,<sup>41</sup> and cannot afford to be left behind once again. As it was the first major player to position itself towards climate neutrality, the EU holds a first mover advantage over its international rivals. In addition, the existing regulation<sup>42</sup> and the ongoing legislative overhaul that is the *European Green Deal* should help meet economic challenges and secure its technological independence. To do so, the EU will also have to increase public

30. Supra. note 23.

31. European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions : Updating the 2020 New Industrial Strategy : Building a stronger Single Market for Europe's recovery*, 5 May 2021, SWD(2021) 352 final, available at [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd-strategic-dependencies-capacities\_en.pdf].

32. See projects such as EuRare Project available at [http://www.eurare.org/ or The Minerals4EU Project available at http://www.minerals4eu.eu/].

33. Sandrine Morel, *La fièvre du lithium gagne le Portugal*, LeMonde, 4 Febr. 2022 available at [https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/02/04/la-fièvre-du-lithium-gagne-le-portugal\_6112250\_3234.html].

34. International Energy Agency, *The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions*, IEA 2021, p. 17 available at [https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions].

35. *Ibid.*

36. Nelly Moussu, *Canfin : Battery Regulation to enter into force 'six months' early*, Euractiv, 4 Febr. 2022, available at [https://www.euractiv.com/section/batteries/interview/nelly-canfin-battery-regulation-to-enter-into-force-six-months-early/].

37. See European Commission, *Regulation of the European Parliament and of the Council concerning batteries waste batteries, repealing Directive 2006/66/EC and amending Regulation (EU) n° 2019/1020*, 10 Dec. 2020, COM(2020) 798 final, available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0798].

38. See InnoEnergy Business Investment Platform, *Building a European battery industry*, available at [https://www.eba250.com/].

39. See for example IPCEI Batteries, available at [https://www.ipcei-batteries.eu/].

40. C. Defard, M. Delair, L. Leuser, P.-V. Nguyen, T. Pellerin-Carlin & K. Thalberg, *op. cit.*

41. Marion Bachelet & T. Pellerin-Carlin, *Make Regulation Fit for Innovation. How EU Regulation can enable Innovations for a Climate Neutral Economy*, Institut Jacques Delors, 2021.

42. Thomas Pellerin-Carlin & Edward Knudsen, *Making Transatlantic Relations Green : A Common Agenda for Climate Action*, Institut Jacques Delors, 2020.

spending on research and innovation (R&I) for clean energy solutions. By comparison, between 2010 and 2018 the 27 member states of the EU reduced its investment in R&I (from €3.7 to €3.3 bn) while both China (from €2.2 to €5.4 bn) and the US (€3.9 to €5.1 bn) increased them.<sup>43</sup> The same observation can also be made for private investment in *cleantech* venture capital. Overall, the EU will have to direct more funds to support the scaling up of *cleantech* innovators to fully unlock their potential in Europe and restore balance as less than 7% of global *cleantech* growth equity funding went to EU companies in 2020 compared to 54% in North America.<sup>44</sup>

## B. - Enhancing the energy transition : the role of digitalization

12 - Beyond the energy consumption of the digital sector, the digital transformation will help rethinking our approach to energy. Tomorrow's energy world and especially the electricity world, will have to take into account a large set of (relatively) new factors such as :

- Variable renewables. Managing the penetration of this cheap renewable energy will require flexibility in the system on both demand and supply sides. In that regard, digital tools enable changes in consumption patterns (demand-side management) such as promoting the use of electricity for non-essential uses when electricity is cheap and abundant.

- Abundance of data. Massive amounts of energy data are now being produced by smart metering devices. Being able to understand them to optimize and improve customer experience and optimise production will be key.

- Prosumers. While *prosumerism* has yet no legal definition even within the renewable energy directive framework<sup>45</sup> it could be summarized as « *consumers who both produce and consume electricity.* »<sup>46</sup> Decentralized electricity production

will highly benefit from digital tools to ensure that prosumers can make the best use of the energy they produce individually but also at local level at a given time. In that regard, establishing a framework at the EU level that could then be reproduced locally could help further foster their deployment.

- Electric vehicles. With the proposal made by the European Commission to end the sale of new cars with internal combustion engines by 2035,<sup>47</sup> battery electric vehicles will become mainstream. Electric vehicles will increase demand of electricity and digital tools may be required to determine to what extent connecting the vehicle to the grid can be beneficial for the system (by either charging at the right moment or by injecting stored electricity within the battery into the grid during peak consumption period).

13 - Twenty years ago, when the digital transition started to kick-in, we Europeans made the mistake of doing too little too late. We lost that digital technology race to the United States and East-Asia. Now, not a single sizable digital technology company is headquartered within our borders. We Europeans are at our best when we learn from our past mistakes –and there were many in our history. So now again, let us learn : the longer we keep the current fossil fuel system, the greater the chances of climate chaos and economic collapse. The quicker we move towards a clean energy system built on the efficient use of renewable energy, the cleaner, more prosperous and more geopolitically autonomous we will become. The clean energy system comes with its own geopolitical challenges : who owns the technology and the company ? Who produces the critical materials ? Who can successfully conduct a cyber-attack on our electricity grid ? Yet, the EU is far better equipped to tackle the challenges of the clean energy system, than it is with the current fossil fuel energy system.

14 - Our own destiny is therefore in our own hands. As Europeans, we can carve a path towards climate neutrality in a way that effectively limits the impacts of climate change, while strengthening European sovereignty. This « only » needs to overcome vested interests who currently benefit from the status quo, and who will oppose change whenever it threatens their profits or power. From that perspective, the European Green Deal is not only an economic or geopolitical challenge, but also a democratic one. ■

43. M. Delair, C. Defard, P.-V. Nguyen, T. Pellerin-Carlin, Let's innovate to achieve climate neutrality, Institut Jacques Delors, 2021.

44. Cleantech for Europe, Jules Besnainou & Lucy Chatburn, *Seizing the EU's Man on the Moon Moment. Make fir for 55 a green demand shock to scale EU Cleantech*, Cleantech Group, available at [https://www.cleantechforeurope.com/].

45. European Economic and Social Committee, Christophe Quarez & Lutz Ribbe, « Review of the Renewable Energy Directive », *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council, Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council and Directive 98/70/EC of the European Parliament and of the Council as regards the promotion of energy from renewable sources, and repealing Council Directive (EU) 2015/652*, 26 Apr. 2021, COM(2021) 557 final 2021/0218 COD.

46. European Parliamentary Research Service, *Briefing. Electricity 'Prosumers'*, European Parliament (2016), p. 2, available at [https://

www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593518/EPRS\_BRI(2016)593518\_EN.pdf].

47. European Commission, *CO2 emission performance standards for cars and vans*, available at [https://ec.europa.eu/clima/eu-action/european-green-deal/delivering-european-green-deal/co2-emission-performance-standards-cars-and-vans\_en#:~:text=The%20Commission%20proposes%20the%20following,%2C%20and%20100%20%25%20for%20vans].

## 17 Fit-for-55 and the European energy autonomy



Anastasiya SHAPOCHKINA,  
president of Eastern Circles and lecturer at Sciences Po Paris



Gabrielle VALLI,  
vice-president of Eastern Circles

1 - In her address to the European Parliament on 20 October 2021, European Commission President Ursula von der Leyen emphasized the role of energy autonomy for the European Union (EU) sovereignty : « *Europe today is too reliant on gas and too dependent on gas imports. This makes us vulnerable. The answer has to do with diversifying our suppliers. But also keeping the role of natural gas as transitional fuel and, crucially, with speeding up the transition to clean energy. The European Green Deal is in the mid- and long-term a pillar of European energy sovereignty in the 21st century.* »<sup>1</sup>

2 - The security of energy supplies is a critical element of European sovereignty, both at the national and European levels. In the context of changing climate and growing dependence on hydrocarbon imports, as its own oil and gas production declines, energy security is also at the heart of the Commission's Green Deal energy transition strategy.

3 - This article analyzes how the « *Fit-for-55* » legislative package, aimed at « *Delivering the European Green Deal* »<sup>2</sup>, risks increasing the EU's reliance on major oil and gas exporters, including Russia. It inquires whether certain choices made by the Commission are compatible with its own goals of European energy autonomy and sovereignty.

4 - To answer these questions, the article will recall the aims and means of « *Fit-for-55* », analyze its impact on the EU's energy autonomy through the prism of EU-Russia relations in the natural gas sector today and, potentially, in the hydrogen sector in the future.

### 1. What energy security means for the EU

5 - Energy stood at the origins of the European project. The European Coal and Steel Community (ECSC, 1951) entered into force five years before the signing of the Treaty of Rome, followed in 1957 by the European Atomic Energy Community (EAEC or Euratom). The introduction in 2007 of Article 194 to the Treaty of Lisbon on the Functioning of the European Union (TFEU) established the solidarity principle among member states

and made energy an area of shared competence between the nation-states and the Union.<sup>3</sup>

6 - However, national considerations have taken precedence over the European ones in the energy policy realm, for two reasons : first, member states' energy policy differs depending on their energy mix ; second, member states energy has been an inherent part of national sovereignty.<sup>4</sup> The EU sovereignty on the European and national levels was put to the test during 2006-2009 Russia-Ukraine gas crises, and has been challenged ever since with each energy price spike, exposing the flaws in Europe's energy security and deepening Europe's dependence on Russia.

7 - Since the early 2000's, the EU has introduced two important measures to strengthen its energy independence. One was the construction of new direct natural gas transportation pipelines cutting out intermediary supplier countries. Thus, Nord Stream went into operation in 2011 and Nord Stream 2 is technically ready to be commissioned. In the same logic, the European pipelines that import Russian gas have been transformed to allow a reverse flow of natural gas, allowing to supply Central and Eastern Europe with natural gas from the West and South of Europe, to counter the risks linked to Russian supplies.

8 - The second strategy deployed to strengthen Europe's energy independence is energy transition, where the EU positions itself as a world leader with the Green Deal strategy introduced by Ursula Van der Leyen's Commission in December 2019. The Green Deal defines the common environmental and energy strategy and should be implemented by 2030 through the legislative package « *Fit-for-55* », which aims to reduce greenhouse gas emissions by 55% compared to the 1990 level. To achieve this, the EU wants to encourage the continued evolution of member countries' national energy mix towards low-carbon energy sources and to strengthen the Union's energy efficiency by putting in place legal and fiscal mechanisms to channel public and private capital towards green investments. Technology choices have also been made : the European hydrogen strategy and the political support for this technology must lead to the emergence of a real European industrial sector, even in the absence of a real market that would make investments in this sector profitable. The choice of electric batteries as part of the EU's strategic value chain to guarantee European production – and job creation – for the growing electric vehicle market, just

1. Ursula von der Leyen, *Energy Prices : President von der Leyen sets out relief measures for consumers and businesses and emphasizes importance of green energy transition*, EUROPEAN COMMISSION, 20 October 2021, available online at : [https://ec.europa.eu/info/news/energy-prices-president-von-der-leyen-sets-out-relief-measures-consumers-and-businesses-and-emphasizes-importance-green-energy-transition-2021-oct-20\_en].  
2. *Delivering the European Green Deal*, EUROPEAN COMMISSION, 14 July 2021, available online at : [https://ec.europa.eu/clima/news-your-voice/news/delivering-european-green-deal-2021-07-14\_fr].

3. *Energy policy : general principles*, EUROPEAN PARLIAMENT, accessed on 16 January 2022, available online at : [https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fs/sheet/68/la-politique-de-l-energie-principes-generaux].  
4. N. Mazzucchi, *Energy, a major issue of sovereignty for Europe ? DIPLOMATIE N°111*, September-October 2021.

as an earlier successful development of the European wind industry, follows the same logic.

9 - On July 14, 2021, the Commission announced a first set of « *Fit-for-55* » measures, which include the renovation of buildings (which account for 40% of energy consumption in Europe and 36% of CO<sub>2</sub> emissions), the strengthening of the European CO<sub>2</sub> quota mechanism and its extension to maritime and air transport, the creation of a carbon border adjustment mechanism (CBAM) to penalize CO<sub>2</sub>-intensive importers, the revision of Directive 2014/94/EU on the infrastructure deployment, and the overhaul of the EU forestry policy.

10 - Objectives were set to increase the share of renewables in European energy production from 32% to 40% by 2030, to reduce final energy consumption by 36% and to reduce fossil fuel consumption by 30%. To achieve this, the Commission plans to develop European green hydrogen production capacity to reach 40 GW of installed electrolyzer capacity by 2030. [PN]From 2025, Directive 2014/94/EU on the deployment of an alternative fuel infrastructure foresees hydrogen refueling points for the public car fleet. These choices should reinforce European energy autonomy. But since green hydrogen is far more expensive than its carbon-intensive counterpart, the Commission proposes, while waiting for a new market to emerge, to rely on gray hydrogen : based on natural gas, which in turn is still mostly imported.

11 - In addition to decarbonizing Europe, the Green Deal also aims to increase European energy security. However, it appears that some of the technological choices may keep European reliance on Russian natural gas imports unchanged or increase it outright in the short and medium term. This raises questions about the mid-term achievement of a key Green Deal objective for Europe : « *reducing external energy dependence* ». <sup>5</sup>

## 2. Energy : interdependence and an arm of Russian foreign policy toward Europe

12 - Depending on their national energy mix, EU member states are unevenly affected by the international and post-Soviet geopolitical agenda. France, for example, relies on its nuclear fleet for more than 88% of its secondary energy production (used by consumers), which reinforces its energy autonomy. <sup>6</sup> So do Great Britain, Finland, Hungary and 9 other EU members. *On the other hand*, Germany, <sup>7</sup> Italy, <sup>8</sup> Poland, <sup>9</sup> the Czech Republic <sup>10</sup>

5. *Delivering the European Green Deal*, EUROPEAN COMMISSION, accessed on 18 January 2022, available online at : [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal\_fr].

6. *Producing climate-friendly energy*, EDF, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://www.edf.fr/groupe-edf/produire-une-energie-respectueuse-du-climat].

7. *Fuels Exports by Germany 2019*, WORLD INTEGRATED TRADE SOLUTIONS, WORLD BANK, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/DEU/Year/2019/TradeFlow/Import/Partner/by-country/Product/27-27\_Fuels].

8. *Fuels Exports by Italy 2019*, WORLD INTEGRATED TRADE SOLUTIONS, WORLD BANK, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/ITA/Year/2019/TradeFlow/Import/Partner/by-country/Product/27-27\_Fuels].

9. *Poland* INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, accessed on 16 January 2022, available online at : [https://www.iea.org/countries/poland].

10. *Fuels Exports by Czech Republic 2019*, WORLD INTEGRATED TRADE SOLUTIONS, WORLD BANK, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/CZE/Year/2019/TradeFlow/Import/Partner/by-country/Product/27-27\_Fuels].

and Hungary, <sup>11</sup> among others, depend on natural gas imports, especially from Russia. While domestic coal reserves in Germany and Poland can meet part of their energy needs, the political decision to eventually abandon coal for ecological reasons as part of the energy transition, and Germany's decision in 2011 to withdraw from nuclear power following the Fukushima incident, have created a gap in the supply of baseload energy, which intermittent renewable energy sources are unable to breach.

13 - It is natural gas, mainly from Russia, which is replacing coal and nuclear energy, with geopolitical consequences for European sovereignty. While the Commission's 2021 State of the Energy Union report optimistically noted that for the first time in 2020, more electricity was produced in Europe from renewable energy (38%) than from fossil fuels (37%), <sup>12</sup> Europe's dependence on energy imports has increased. Indeed, in 2019, the EU imported 60.6% of its energy resources, compared to 58.2% in 2018 and 56% in 2000 : « *the highest level in the last thirty years.* » <sup>13</sup>.

14 - These energy imports are increasingly coming from non-member countries (19% increase between 2000 and 2019), <sup>14</sup> among which Russia is in first place, providing almost 41% of natural gas imports to Europe. <sup>15</sup> Between 2009 and 2019, Europe has increased its overall natural gas imports coming from Russia at a higher rate than those coming from other countries <sup>16</sup> (owing to expanding pipeline infrastructure), followed by coal volumes. <sup>17</sup> In some member countries such as Finland or Latvia, Russian gas imports accounted for more than 90% of total natural gas imports. Russia uses this dependence of EU member countries to fuel important political divisions.

15 - One example of these divisions is the complexity of the German position on the Nord Stream 2 project in the context of growing military tensions around Ukraine <sup>18</sup> and rising oil, gas <sup>19</sup> and electricity prices. <sup>20</sup> The mega-project gas pipeline links Russia and Germany bypassing Ukraine, which makes it not only commercial but also a geopolitical project. Thus, physically linked to Russia by two gas pipelines (Nord Stream and Nord Stream 2), Germany is in a weakened position to counter Moscow in case of geopolitical disagreements, as is currently the

11. *Fuels Exports by Hungary 2019*, WORLD INTEGRATED TRADE SOLUTIONS, WORLD BANK, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/HUN/Year/2019/TradeFlow/Import/Partner/by-country/Product/27-27\_Fuels].

12. *State of the Energy Union 2021 – Contributing to the European Green Deal and the Union's recovery*, EUROPEAN COMMISSION, 26 October 2021.

13. EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 12.

14. *Energy production and imports*, EUROPEAN COMMISSION, EUROSTAT STATISTICS EXPLAINED, updated in June 2021, available online at : [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Energy\_production\_and\_imports#More\_than\_half\_of\_EU\_energy\_needs\_are\_covered\_by\_imports].

15. *From where do we import energy ?* EUROSTAT, accessed on 25 January 2022, available online at : [https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy/bloc-2c.html].

16. Between 2009 and 2019, the weight of natural and liquefied gas volumes imported from Russia to Europe increased from 26.9% to 34.3% of European primary energy imports, compared to 13.2% for Norway, which comes second. EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 12.

17. Between 2009 and 2019, the volumes of coal imported from Russia to Europe increased from 22.9 to 43.5% of European primary energy imports compared to 16.8 and 13.1% for the United States and Australia, ranking second and third, respectively. EUROPEAN COMMISSION, *supra* note 12.

18. *Joint press conference of French President Emmanuel Macron and German Chancellor Olaf Scholz*, ELYSÉE YOUTUBE CHANNEL, 25 January 2022, available online at : [https://www.youtube.com/watch?v=ec0-VTJKLsY].

19. EUROSTAT, *supra* note 12.

20. *Businesses facing rising gas and electricity prices*, BPI FRANCE LE LAB, 13 December 2021, available online at : [https://lelab.bpifrance.fr/thematiques/tendances-economiques-et-sectorielles/les-entreprises-face-a-la-hausse-des-prix-du-gaz-et-de-l-electricite].

case in the Ukrainian border crisis.<sup>21</sup> Despite the inauguration of other gas transit routes, such as TAP (inaugurated in 2020 with a capacity of 10 bcm/year)<sup>22</sup> or TANAP (inaugurated in 2019, with a current capacity of 16 bcm/year),<sup>23</sup> their capacity remains tiny compared to Nord Stream and Nord Stream 2, which concentrate the largest share of gas exports to Europe (110 bcm/year in total), directly connected to Russia. Together the two latter pipelines will represent the second largest gas transportation infrastructure in Europe by capacity after the Ukrainian GTS network, which is less and less used by Gazprom. Thus, the commissioning of the Nord Stream 2 pipeline will allow Russia to forego using Ukraine's transport infrastructure. Conversely, as Ukraine becomes less indispensable for European energy security, it could well see the political and economic support of member states diminish when Kyiv needs it most.

16 - In addition to gas, Russia is an important player in the nuclear field in Europe. Thus, Russian integrated nuclear energy company Rosatom has a historic presence in Europe through its technological domination in former Soviet satellites. Historic market presence, combined with financial and diplomatic support from Moscow help explain Rosatom's role in new nuclear reactors construction projects in Hungary<sup>24</sup> and Finland,<sup>25</sup> as services provider in Bulgaria<sup>26</sup> and the Czech Republic,<sup>27</sup> and in several countries – including France – as a supplier of enriched uranium for nuclear fuel production, or of the fuel itself.<sup>28</sup>

17 - The EU relationship with Russia is that of interdependence, as Russia needs Europe just as much, if not more, as Europe needs Russia. In 2019, Europe accounted for nearly a quarter of Gazprom's revenue and for 70% of its natural gas export volumes.<sup>29</sup> Russian energy companies are also starting to react to the EU's energy transition, although their response is uneven and slow. Thus, Rosatom opened a wind energy business unit (BU) in 2017, and a hydrogen BU in 2018. Furthermore, for the first time Russia's national security strategy, published on 2 July 2021, mentioned the threats related to global warming.<sup>30</sup> Political and economic elites are also trying to understand how they will be impacted by the EU carbon border adjustment mechanism (CBAM),<sup>31</sup> while Nord Stream pipeline has been designed to allow for hydrogen transport.<sup>32</sup>

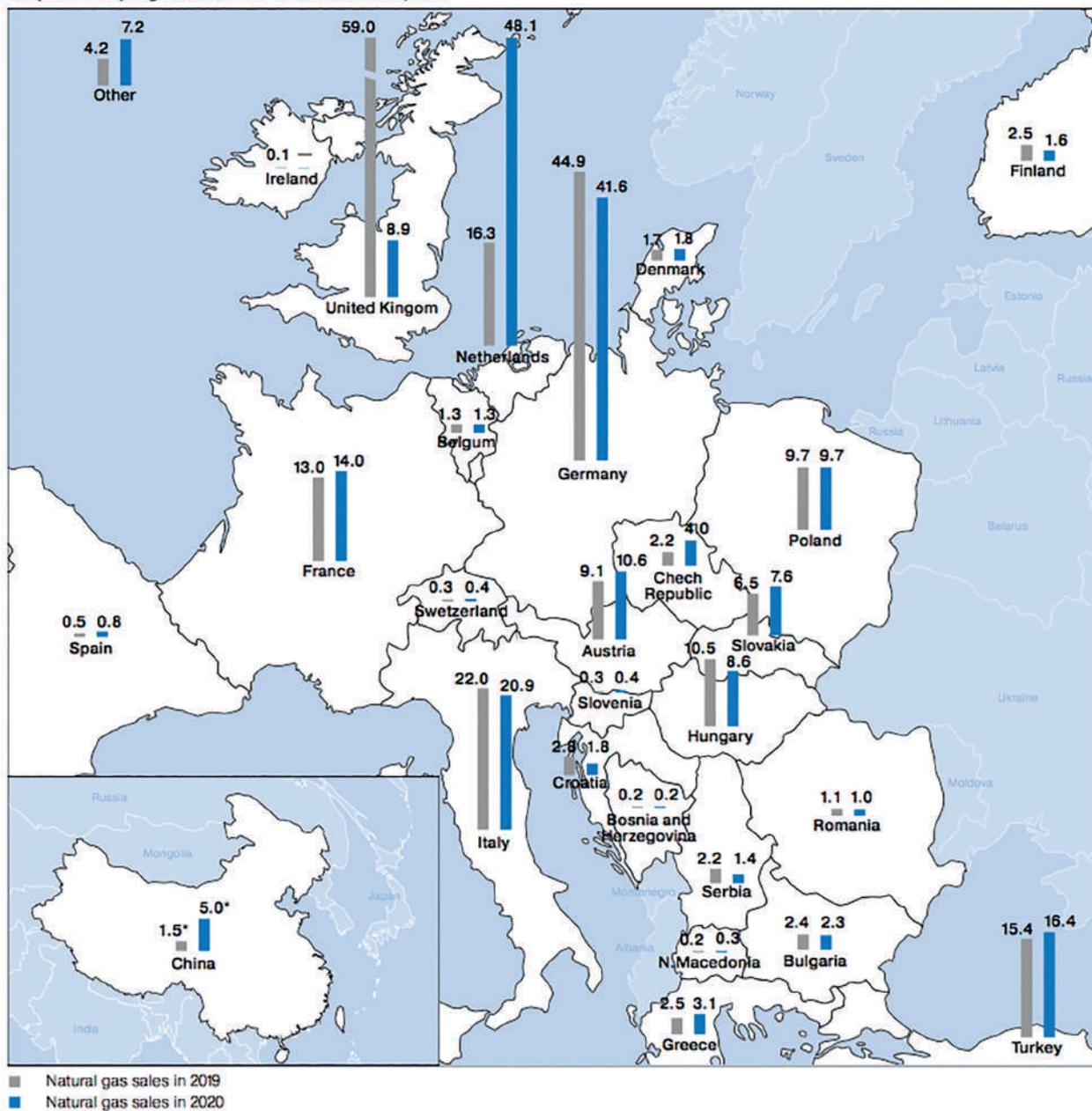
18 - The main question is how much of it is strategy and how much is posturing, since the Russian economy, and even more so the political elite, depend largely on energy rent for survival. Thus, Moscow has launched a development plan for the Arctic region (Arctic Strategy 2035)<sup>33</sup> to extract natural resources with the ambition that the country will become the world leader in liquefied natural gas (LNG) production by 2023. In addition, Gazprom intends to maintain and increase its share of the European gas market and is ready to adapt and take advantage of « Fit-for-55 » and relevant regulation. In this regard, the decision to include natural gas in the European taxonomy, qualifying it as « transition » energy is a victory for the Russian gas company, notorious for acting as a lever of pressure on the EU and an arm of the Russian Federation's foreign policy.

21. For the second time in a year, Russia has mobilized hundreds of thousands of military personnel and equipment on Ukraine's eastern border to put pressure on the country and support its demands in the recent European security negotiations with the United States, NATO and the OSCE.
22. *Trans Adriatic Pipeline « TAP »*, Gas export pipeline : Technical Parameters, THE STATE OIL COMPANY OF THE AZERBAIJAN REPUBLIC (SOCAR), accessed on 16 January 2022, available online at : [https://www.socarmidstream.az/project/tap/#technical-parameters].
23. *Trans anatolian natural gas pipeline, gas export pipeline : technical parameters*, THE STATE OIL COMPANY OF THE AZERBAIJAN REPUBLIC (SOCAR), accessed on 16 January 2022, available online at : [https://www.socarmidstream.az/project/tanap/#technical-parameters].
24. *Construction phase of Paks nuclear plant upgrade to start in 2022*, DAILY NEWS HUNGARY, 4 December 2021, available online at : [https://dailynewshungary.com/construction-phase-of-paks-nuclear-plant-upgrade-to-start-in-2022/].
25. *Fennovoima revises Hanhikivi 1 schedule and costs*, WORLD NUCLEAR NEWS, 28 avril 2021, available online at : [https://world-nuclear-news.org/Articles/Fennovoima-revises-Hanhikivi-1-schedule-and-costs].
26. *Cooperation with Bulgaria*, ROSATOM OFFICIAL WEBSITE, accessed on 27 January 2022, available online at : [https://rosatom-centraleurope.com/rosatom-in-country/history-of-cooperation/bu/].
27. *Cooperation with the Czech Republic*, ROSATOM OFFICIAL WEBSITE, accessed on 27 January 2022, available online at : [https://rosatom-centraleurope.com/rosatom-in-country/history-of-cooperation/cz/].
28. *Contracts with French accent*, ROSATOM, 5 May 2021, available online at : [https://rosatomnewsletter.com/2021/05/31/contracts-with-french-accent/].

29. GAZPROM ANNUAL REPORT 2020, p. 121, p. 141, available online at : [https://online.fliphtml5.com/garxc/srrr/].
30. [Ukaz Prezidenta Rossijskoj Federacii ot 02.07.2021 N° 400 « O Strategii nacional'noj bezopasnosti Rossijskoj Federacii », *Presidential Decree N° 400 of 02.07.2021 on the National Security Strategy of the Russian Federation*, OFFICIAL LEGAL INFORMATION PORTAL 2 July 2021, available online at : [http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001].
31. Igor Makarov, Daniel Besley, Hasan Dudu, Jakub Boratynski, Maksym Chepeliev, Elena Golub, Vladislava Nemova, Ilya Stepanov, *Russia and Global Green Transition : Risks and Opportunities*, WORLD BANK AND MOSCOW HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS, November 2021.
32. Martin Russell, *The Nord Stream 2 pipeline, Economic, environmental and geopolitical issues*, EUROPEAN PARLIAMENT, July 2021, available online at : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690705/EPRS\_BRI(2021)690705\_EN.pdf].
33. [Ukaz prezidenta Rossijskoj Federacii o Strategii razvitiâ Arkticeskoj zony Rossijskoj Federacii i obespeceniâ nacional'noj bezopasnosti na period do 2035 goda], *Decree of the President of the Russian Federation on the strategy of development of the Arctic zone of the Russian Federation and ensuring national security for the period up to 2035*, DIGITAL FUND OF LEGAL AND NORMATIVE-TECHNICAL DOCUMENTS (26 October 2020), available online at : [https://docs.cntd.ru/document/566091182].



Gazprom Group's gas sales to far abroad countries, bcm



\* Including 4.10 bcm and 0.33 bcm via the Power of Siberia trunk gas pipeline in 2020 and 2019, respectively.

Gazprom's natural gas sales to Europe  
Gazprom Annual Report, 2020

### 3. Gas, nuclear energy and hydrogen in the European energy transition and how to reconcile it with European energy autonomy

19 - According to the European taxonomy, which defines environmentally friendly business activity, gas and nuclear are on the way to becoming « green » or « transition » energy sources in

Europe. The first taxonomy regulation of June 2020<sup>34</sup> did not define these energy sources as environmentally friendly and thus qualified for advantageous financing conditions through green finance private capital. It was only after intense negotiations between member countries and the European Commission that

34. Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088.

the latter presented a complementary draft delegated act<sup>35</sup> on the taxonomy covering certain activities in the gas and nuclear sectors, while the phase-out of coal was announced even by coal-reliant countries such as Germany and Poland.<sup>36</sup> New guidelines on state aid for climate, environmental protection and energy (CEEAG),<sup>37</sup> adopted on 21 December 2021 by the European Commission, complete the picture. They seem, *a priori*, to rule out the possibility of public subsidies and state guarantees for gas and nuclear.<sup>38</sup> This could have a decisive impact on the transformation of member countries' energy mix, and therefore on their sovereignty, as European public capital has played a « *vital catalyst* » role in the construction of gas pipelines in recent years.<sup>39</sup> However, the new rules for cross-border energy infrastructure approved by the Council in June 2021 (Trans-European Networks for Energy (TEN-E) Regulation)<sup>40</sup> provide for continued public funding of six new gas infrastructure projects<sup>41</sup> as part of the energy projects of common interest (PCI),<sup>42</sup> and possible new projects going forward.

35. *EU Taxonomy : Commission begins expert consultations on Complementary Delegated Act covering certain nuclear and gas activities*, EUROPEAN COMMISSION, 1 January 2022, available online at : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\_22\_2].

36. *New German government pulls up just short of a 2030 coal phase out commitment, but doubles down on renewables*, BEYOND-COAL.EU, 24 November 2021, available online at : [https://beyond-coal.eu/2021/11/24/new-german-government-pulls-up-just-short-of-a-2030-coal-phase-out-commitment-but-doubles-down-on-renewables/] ; *Poland joins international coalition to exit coal*, BEYOND-COAL.EU, 4 November 2021, available online at : [https://beyond-coal.eu/2021/11/04/poland-joins-international-coalition-to-exit-coal/].

37. *State aid : Commission endorses the new Guidelines on State aid for Climate, Environmental protection and Energy*, EUROPEAN COMMISSION, 21 December 2021, available online at : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\_21\_6982].

38. Dominique Finon, *The European Commission, clearly under German influence, appears duplicitous on the nuclear issue*, LE MONDE, 19 January 2022, available online at : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/01/18/la-commission-europeenne-clairement-sous-influence-allemande-apparait-duplicite-sur-la-question-du-nucleaire\_6109879\_3232.html].

39. Mason Inman, Greig Aitken, Scott Zimmerman, *Europe Gaz Tracker Report*, GLOBAL ENERGY MONITOR, April 2021, available online at : [https://globalenergymonitor.org/wp-content/uploads/2021/03/GEM-Europe-Gas-Tracker-Report-2021.pdf].

40. *Council agrees on new rules for cross-border energy infrastructure*, EUROPEAN COUNCIL, 11 June 2021, available online at : [https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/06/11/council-agrees-on-new-rules-for-cross-border-energy-infrastructure/] and 2020/0360(COD), 17 December 2021, available online at : [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15036-2021-INIT/en/pdf].

41. This concerns projects that must be completed before 2025 and those that have experienced delays.

42. Amending Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council as regards the Union list of projects of common interest, 19

20 - In light of these normative provisions, the European Union's gas import capacity should increase by 35% by 2050, which seems to contradict the objective of the Green Pact for Europe and the Fit-for-55, particularly with regard to reducing the weight of hydrocarbons in the European energy mix and to achieving energy autonomy.<sup>43</sup> The completion of all current gas projects and LNG terminals would increase annual import capacity of the EU by 222 bcm/year once the projects are completed. 1 billion euros worth of gas projects have been canceled in 2020, those that will be completed « [are] at odds with the EU's stated goal of net-zero greenhouse gas emissions by 2050. »<sup>44</sup> Thus, while the European Commission and the International Energy Agency predict a decline in gas imports from 2030, current projects show the opposite trend.

21 - In addition, the latest version of the European taxonomy, which proposes to maintain construction permits for nuclear projects filed before 2040-2045,<sup>45</sup> could also contribute to increasing European energy imports from Russia in the form of « *pink* » hydrogen, based on nuclear energy, in particular thanks to Franco-Russian partnerships for its production.<sup>46</sup>

## Conclusion

22 - The transition to decarbonized economies will lead to a massive reallocation of capital to new sectors, but traditional sectors, such as gas or nuclear, will retain and increase their market share as transition energy sources in the mid-term, and possibly in the long-term through hydrogen. In addition to its impact on the environment, assigning a special place for natural gas in the European energy mix as a transition energy source challenges European energy autonomy, maintaining Europe's dependence on Russia, even within the context of energy transition. ■

November 2021, available online at : [https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/fifth\_pci\_list\_19\_november\_2021\_annex.pdf].

43. Mason Inman, Greig Aitken, Scott Zimmerman, *supra* note 39.

44. Mason Inman, Greig Aitken, Scott Zimmerman, *Op. Cit.* Note 39.

45. Louis Lalere, « Taxonomy and the utopia of the energy transition, » *Les Echos*, 19 January 2022, available online at : [https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-la-taxonomie-et-lutopie-de-la-transition-energetique-1380193].

46. Bernd Randowitz, « Atomic giants EDF and Rosatom push plan to sell nuclear-powered hydrogen as green, » *Recharge*, 28 April 2021, available online at : [https://www.rechargenews.com/energy-transition/atomic-giants-edf-and-rosatom-push-plan-to-sell-nuclear-powered-hydrogen-as-green/2-1-1002350].

## 18 La politique migratoire de l'Union européenne dilue-t-elle la souveraineté des États membres ?



Yves PASCOUAU,  
docteur en droit public

1 - Non, la politique migratoire de l'Union européenne (UE) ne dilue pas la souveraineté des États. « *Au pire* », la politique migratoire de l'UE encadre l'action des États, au mieux elle se contente de la coordonner. Convenons qu'il est peu commun de commencer une contribution par une réponse, voire une conclusion, aussi tranchée.

2 - Mais, la réalité des discours et débats sur « *L'Europe de l'asile* » et/ou « *L'Europe de l'immigration* » mérite que l'on soit clair sur ce point. Qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite, l'étalonnage des actions et mesures prises par les institutions européennes au cours des 20 dernières années s'est effectué à l'aune de la préservation du pouvoir de décision des États membres en matière migratoire, et donc de leur souveraineté.

3 - La sauvegarde de la souveraineté a été organisée à plusieurs niveaux. Dans les traités tout d'abord (1), dans le droit dérivé ensuite (2), et dans la continuité de la crise de 2015, enfin, à la faveur d'un puissant retour des États dans la conduite de la politique migratoire (3).

### 1. La sauvegarde de la souveraineté organisée par les Traités

4 - C'est le premier niveau d'analyse. Celui qui permet d'identifier les marqueurs que les États membres ont choisi d'inscrire dans le marbre de la « *loi fondamentale* » et qui délimite le périmètre d'action. Du traité d'Amsterdam (A) à celui de Lisbonne (B), force est de reconnaître que la souveraineté des États y a été sauvegardée.

#### A. - Amsterdam : une communautarisation en trompe l'œil

5 - Un rappel historique permet d'illustrer la manière dont la question de la souveraineté a façonné le cadre dans lequel la politique migratoire de l'UE s'est construite. Au-delà de la question des travailleurs et citoyens européens qui ont bénéficié d'un statut et de droits privilégiés dans la construction européenne, les règles relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants extra-européens, aussi appelés ressortissants de pays tiers, ont jusqu'au traité d'Amsterdam relevé de la compétence des États.

6 - Si la construction européenne a conduit les États à établir des espaces de coopération dans le domaine des politiques migratoires, ces cadres de coopération avaient la particularité de fonctionner sous le régime de la coopération intergouvernementale, c'est-à-dire en dehors des institutions et/ou de la méthode

communautaire classique. Concrètement, la coopération de Schengen a été mise en œuvre en dehors des traités communautaires. Le 3<sup>e</sup> pilier du traité de Maastricht intitulé « *Justice et Affaires intérieures* » a organisé une coopération entre États sous les auspices de la méthode intergouvernementale, c'est-à-dire en dehors de la méthode communautaire.

7 - Dans ce contexte, où la méthode intergouvernementale s'imposait comme mode de coopération vis-à-vis de matières sensibles car souveraines, l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en mai 1999 devait être considérée comme une révolution copernicienne. En effet, et à partir de cette date, l'UE a été dotée d'une compétence pour adopter des mesures dans les domaines des visas, de l'asile, de l'immigration et des autres politiques liées à la libre circulation des personnes.

8 - Seulement, la révolution copernicienne n'a pas eu lieu, du moins pas en totalité, car à y regarder de plus près, le traité d'Amsterdam a procédé à une réorganisation institutionnelle inédite, de l'initiative à la prise de décision, motivée par la volonté des États de résister à une dépossession de leur souveraineté en matière migratoire. Que l'on en juge.

9 - Pour la première fois de l'histoire communautaire, le traité a dérogé à la règle conférant l'exclusivité de l'initiative législative à la Commission européenne. Durant les premières années de la mise en œuvre du traité, les États membres ont bénéficié de manière inédite d'un pouvoir d'initiative partagé avec la Commission européenne. Signe de leur attachement à pouvoir agir dès le début de l'action législative, si ce n'est de la contrôler.

10 - Au niveau de la décision, trois règles ont contribué pendant plusieurs années à limiter l'action des institutions européennes et ont, par conséquent, sécurisé la souveraineté des États. Tout d'abord, le Parlement a été cantonné à un simple rôle de consultant. Ce n'est que progressivement qu'il a acquis un rôle de co-législateur. Ensuite, les premières années de mise en œuvre de la compétence ont été soumises à la règle de l'unanimité. Ainsi, l'opposition d'un seul État au sein du Conseil des ministres suffisait à bloquer la prise de décision. Enfin, le traité a limité l'action législative de l'UE à l'adoption de « *normes minimales* » dans de nombreux domaines.

11 - Le pouvoir de contrôle de la Cour de justice a lui aussi connu des aménagements sans précédent. Pour la première fois, la saisine de la Cour de justice au titre du renvoi préjudiciel a été circonscrite aux juridictions suprêmes. Les juges de premières instances n'étaient pas habilités à saisir la Cour de Luxembourg pour solliciter une interprétation des textes. En outre, la Cour de

justice ne pouvait exercer son contrôle sur les questions relevant de l'ordre public.

12 - La lecture du traité d'Amsterdam révèle une communautarisation en trompe l'œil où l'aménagement des règles traditionnelles traduit la volonté des États de conserver la mainmise sur la matière. De l'initiative, à la décision en passant par le contrôle, tous les leviers ont été exploités pour permettre aux États de maîtriser le degré d'action commune<sup>1</sup>.

## B. - Lisbonne : préserver l'essentiel

13 - Il a fallu attendre plusieurs années, et l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, pour que la méthode communautaire soit pleinement applicable au domaine de la politique migratoire. Cela étant dit, si les institutions ont recouvré la plénitude de leurs pouvoirs, le traité contient deux dispositions qui témoignent de la sensibilité du domaine et de la volonté des États d'en conserver la maîtrise.

14 - L'article 72 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) en donne une première illustration. Cet article figure dans le titre du traité consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice dont relèvent les questions migratoires. Il prévoit que « *Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

15 - Cette disposition est centrale car elle organise la sauvegarde de l'action souveraine des États membres dès lors que les questions d'ordre public et de sécurité intérieure sont en jeu. Étant donné que la politique migratoire relève intrinsèquement pour les États de la sécurité intérieure, tant dans sa conception que dans sa mise en œuvre, les États peuvent potentiellement reprendre la plénitude de leur souveraineté s'ils l'estiment nécessaire au titre du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure.

16 - La seconde illustration de l'attachement des États à conserver la maîtrise du domaine figure à l'article 70 du TFUE<sup>2</sup>. Moins évidente à saisir, en raison d'une formulation plus technique, cette disposition consacre en pratique le rôle central des États membres dans le domaine de l'évaluation de la mise en œuvre de la politique migratoire.

17 - En effet, l'adoption de règles et mécanismes d'évaluation relève de la compétence du Conseil et échappe par conséquent à la codécision. Ainsi, le Parlement européen est écarté de la définition des mécanismes d'évaluation de la politique. Cette mise à l'écart de l'institution parlementaire est renforcée par la même disposition qui prévoit que « *le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation* ».

18 - L'article 70 TFUE révèle la volonté des États de conserver le contrôle tant au regard de la conception de dispositifs d'évaluation, qui doivent être « *taillés sur mesure* », que de la divulgation des résultats qui en découlent, qui ne font l'objet que d'une information. Au fond, les États ont souhaité continuer à agir comme un « *club* » dans lequel manquements ou difficul-

tés d'application seraient principalement réglés en interne, et en tout état de cause sans interférence de l'institution parlementaire.

19 - Ces réminiscences de la méthode intergouvernementale dans le cadre de la mise en œuvre de la politique migratoire ont d'ailleurs donné lieu à un épisode de forte tension entre les États et le Parlement européen au moment de la révision du mécanisme d'évaluation de Schengen en 2012. Le Parlement européen avait politiquement contesté, mais sans succès, l'adoption de ce mécanisme sur la base de l'article 70 TFUE<sup>3</sup>.

20 - D'Amsterdam à Lisbonne, les traités ont organisé la préservation de la souveraineté des États. De manière significative à Amsterdam, à la faveur d'un aménagement institutionnel inédit, de façon plus subtile dans le traité de Lisbonne en sauvegardant l'essentiel à savoir l'ordre public et la sécurité intérieure et l'évaluation de la mise en œuvre de la politique. Si les traités ont posé le cadre pour sauvegarder la souveraineté des États, le droit dérivé n'est pas en reste.

## 2. La sauvegarde organisée dans le droit dérivé

21 - Au cours des 20 dernières années, l'action de l'UE dans le domaine de la politique migratoire peut être qualifiée de significative, et à certains égards, d'impressionnante. De l'intégration des politiques de gestion des frontières, à l'harmonisation des politiques d'asile en passant par la coordination de l'immigration légale, un nombre conséquent de règlements et de directives organise le domaine<sup>4</sup>. Reste que cet arsenal juridique n'a pas eu pour effet de diluer la souveraineté des États.

### A. - L'ordre public et la sécurité nationale préservés

22 - Dans la lignée de l'article 72 TFUE, les actes de droit dérivé adoptés sur le fondement des traités ne portent pas atteinte à la souveraineté des États en matière d'ordre public et de sécurité intérieure.

23 - D'une part, le droit dérivé ne remet pas en cause le principe selon lequel l'évaluation de la menace à l'ordre public et de son degré demeure une compétence de chaque État. Il revient par exemple au Portugal, et au Portugal seulement, de déterminer si « *son* » ordre public ou « *sa* » sécurité intérieure est menacée. Le seul contrôle qui peut être organisé par les institutions européennes est un contrôle de proportionnalité.

24 - D'autre part, les textes de droit dérivé ne donnent pas de définition précise de l'ordre public ou de la sécurité intérieure. Tout au plus, précisent-ils qu'une condamnation pour une infraction grave peut constituer une menace à l'ordre public, que cette menace doit être dans certains cas actuelle et réelle et, pour les réfugiés, qu'un motif « *impérieux* » doit exister.

25 - Au fond, l'ordre public et la sécurité intérieure relèvent toujours d'une appréciation nationale, leur utilisation dans le contexte du droit de l'UE devant s'exercer dans le respect du principe de proportionnalité. Il s'agit dès lors bien davantage d'un encadrement de la souveraineté des États que d'une dépossession de leur prérogative souveraine.

26 - Cette compétence conservée par les États au regard de l'ordre public et de la sécurité intérieure est doublement sauvegardée car en pratique aucun contrôle de proportionnalité n'est

1. Pour une approche approfondie de l'évolution de la politique, voir Yves Pascouau « La politique migratoire de l'Union européenne, de Schengen à Lisbonne », LDGJ, Paris, 2011 ; Corinne Balleix « La politique migratoire de l'Union européenne », La Documentation française, 2013.

2. Article 70 TFUE « Sans préjudice des articles 258, 259 et 260, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures établissant des modalités par lesquelles les États membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au présent titre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation ».

3. À ce sujet, voir notamment Yves Pascouau « The Schengen Evaluation Mechanism and the Legal Basis Problem : Breaking the Deadlock », EPC, Policy brief, 2012.

4. Pour un accès simple et rapide au droit de l'UE en matière d'asile et d'immigration, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, voir le site internet : [www.EuropeanMigrationLaw.eu].

réellement exercé. Dans le système de l'UE, la Commission européenne doit garantir, en sa qualité de « *gardienne des traités* », le contrôle de la mise en œuvre correcte du droit par les États membres. À ce titre, elle doit évaluer si les mesures nationales adoptées sur le fondement de l'ordre public ou de la sécurité intérieure respectent le principe de proportionnalité. Or, compte tenu de la sensibilité de la question migratoire, la Commission européenne n'a jamais démontré un activisme particulier qu'il s'agisse du contrôle de la mise en œuvre du droit de l'UE<sup>5</sup> ou du contrôle de proportionnalité des mesures adoptées sur le fondement de l'ordre public. À cet égard, les États Schengen ont pu rétablir les contrôles aux frontières intérieures en raison des menaces à l'ordre public sans en être inquiétés par la Commission<sup>6</sup>.

### B. - Le pouvoir de décision conservé par les États

27 - Ensuite, et de manière plus spécifique encore, le cadre juridique de l'UE encadre certes le pouvoir de décision des États, mais il n'a pas pour finalité d'établir une compétence liée. Les États disposent toujours *in fine* du pouvoir de décision. Plusieurs exemples permettent de l'illustrer.

28 - En matière de contrôle des frontières extérieures de l'espace Schengen, domaine dans lequel l'action de l'UE a été très importante, ce sont les États qui contrôlent la frontière et qui décident de l'accès au territoire. Tout d'abord, le Code frontières Schengen parle de « *frontières extérieures* ». Étant donné que l'UE n'est pas un État, l'espace Schengen est délimité par les portions de frontières extérieures nationales sur lesquelles s'exerce la souveraineté des États. La subtilité de l'espace Schengen réside dans le fait que « *Le contrôle aux frontières n'existe pas seulement dans l'intérêt de l'État membre aux frontières extérieures duquel il s'exerce, mais dans l'intérêt de l'ensemble des États membres ayant aboli le contrôle aux frontières à leurs frontières intérieures* »<sup>7</sup>. Ensuite, si les autorités nationales sont tenues d'observer des règles communes en matière de contrôle (type de documents requis, modalités du contrôle, etc.), l'entrée sur le territoire est accordée ou refusée par un État membre qui en assume la responsabilité, notamment juridique.

29 - Dans le domaine des visas de court séjour, autrement appelés visas Schengen, ce sont les consulats des États situés dans des pays tiers qui décident d'attribuer le visa ou de le refuser. En matière d'immigration de travail, ce sont les autorités nationales qui accordent les visas et les titres de séjour qui sont valables pour le territoire de l'État qui les a délivrés. De même, l'admission des étudiants, si elle est encadrée par les dispositions d'une directive européenne qui peuvent sous certains aspects limiter la marge de discrétion des États, relève toujours d'une décision des autorités nationales. Enfin, et il est important de le rappeler, ce sont les autorités nationales qui décident d'accorder une protection internationale, ce n'est pas une autorité tierce ou une agence européenne. En outre, lorsque l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) accorde le statut

de réfugié à une personne, ce statut n'est valable que sur le territoire français.

30 - Ces exemples démontrent que ce sont bien les États et leurs administrations qui disposent du pouvoir de décision finale sur l'entrée et le séjour. Si les critères et conditions d'entrée et de séjour ainsi que les modalités de contrôle ont été harmonisés par le droit de l'UE, les États décident *in fine* d'accorder ou de refuser l'entrée et le séjour. Ce pouvoir est encadré de manière plus ou moins importante, notamment pour les domaines qui relèvent des droits fondamentaux tels que l'asile ou le regroupement familial, mais demeure toujours subordonné au pouvoir d'appréciation des États en particulier au regard de l'ordre public et de la sécurité intérieure. D'ailleurs, ce sont bien les États et leurs administrations qui sont responsables devant les juges, nationaux ou européens, des manquements et violations du droit de l'UE et des droits humains.

### C. - L'espace Schengen : un engagement encadré

31 - Si la souveraineté des États est donc largement protégée au regard de l'entrée et des séjours de longue durée, il convient toutefois de convenir que cette souveraineté a fait l'objet d'un aménagement sans précédent dans le cadre de l'espace Schengen. En effet, les États ont accepté que la décision prise par un État d'accorder l'entrée et le séjour sur son territoire puisse avoir des conséquences sur l'ensemble des États membres de l'espace Schengen.

32 - Concrètement, lorsque la France délivre un titre de séjour à une personne, ce titre l'autorise à séjourner durablement en France mais il lui permet aussi de circuler dans l'espace Schengen pour une période ne pouvant dépasser 3 mois. Par exemple, un réfugié syrien ou un informaticien indien résidant en France est autorisé à rendre visite à un membre de sa famille en Belgique, à découvrir l'Italie, l'Espagne ou l'Estonie durant ses vacances. Dans le cadre de Schengen, les États parties ont accepté le principe selon lequel une personne admise à séjourner sur le territoire d'un État partenaire puisse circuler pour une courte période sur le territoire d'un autre État partenaire.

33 - Il serait tentant d'en déduire que ce faisant les États Schengen ont abdiqué leur souveraineté. Ce n'est pas le cas. D'une part, les États Schengen ont décidé souverainement de s'engager dans cette coopération. Ce fut le cas au moment de la signature de l'accord de Schengen (1985) et de sa convention d'application (1990) mais aussi lors de la conclusion des accords d'adhésion successifs – de sorte qu'en 1999, 13 États membres de l'UE sur 15 faisaient partie de cet espace – ou lors de la signature des modifications des traités européens d'Amsterdam à Lisbonne. Il importe par ailleurs de souligner que certains (ex-) États membre de l'UE ne font pas partie de la coopération de Schengen (Royaume-Uni et Irlande) ou ont négocié une participation aménagée (Danemark) et, qu'à l'inverse des pays tiers ont choisi d'y prendre part (Suisse, Norvège, Islande, Liechtenstein, etc.).

34 - D'autre part, la participation des États à la coopération de Schengen n'a été possible qu'à la condition de leur reconnaître le pouvoir de rétablir les contrôles à leurs frontières intérieures pour des raisons d'ordre public et de sécurité intérieure. Peu utilisée jusqu'en 2015, cette « *clause de souveraineté* », permettant de rétablir les contrôles frontaliers, a connu une utilisation fulgurante ces dernières années à la faveur des événements terroristes, des mouvements migratoires et de la crise sanitaire<sup>8</sup>. Aussi, et

5. Voir notamment Jean-Louis De Brouwer et Jérôme Vignon « Droit d'asile et libre circulation : deux principes européens inséparables » in Jérôme Vignon (coord.) « Migrations, asile, mobilité et intégration en Europe : indissociables valeurs communes », Institut Jacques Delors, Rapport n° 123, décembre 2021 ; Thierry Chopin (prés.) Comité de réflexion et de propositions pour la présidence française du Conseil de l'UE « Une Europe pour aujourd'hui et pour demain. Souveraineté, Solidarités, Identité commune », La documentation française, 2021.

6. Voir en ce sens l'affaire pendante devant le Cour de justice, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark et NW c. Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, Affaires jointes C-368/20 et C-369/20.

7. Point 6 du préambule du règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

8. À ce sujet voir Thierry Chopin (avec la collaboration de Louna Gauvin et Yves Pascouau) « Bilan de santé politique et démocratique de l'Europe à l'épreuve du Covid », Institut Jacques Delors, Rapport n° 122, octobre 2021, p. 81.

malgré un cadre juridique définissant les conditions et procédures à observer pour rétablir ces contrôles, le droit de l'UE n'a pas été un obstacle au rétablissement par les États Schengen des contrôles aux frontières communes.

35 - Cette tendance lourde a été possible grâce à la plasticité du droit et de son interprétation, reconnaissant que les raisons de santé pouvaient désormais justifier le retour des contrôles aux frontières intérieures, et à la mansuétude de la Commission européenne qui n'a pas engagé d'examen de la proportionnalité du rétablissement de ces contrôles, notamment lorsqu'ils ont été fondés sur des raisons liées au phénomène migratoire, à notre avis contestable<sup>9</sup>.

36 - On le voit bien, la participation à la coopération de Schengen n'aboutit pas à une dilution de la souveraineté des États. Ces derniers connaissent et acceptent souverainement les règles qui organisent le fonctionnement de l'espace sans contrôles aux frontières intérieures. Ils le font avec d'autant plus de facilité que leur impact est limité à des périodes de trois mois et que le droit organise des procédures permettant de réguler les effets ou comportements non souhaités, notamment par le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures.

37 - À bien y regarder, la politique migratoire de l'UE dans toutes ses composantes n'a pas épuisé le pouvoir de décision des États membres. Tout au plus l'a-t-elle encadré afin de permettre aux États de décider sur des bases communes et en confiance les uns vis-à-vis des autres.

38 - Malgré tout, l'époque récente témoigne d'un retour en force d'une approche intergouvernementale dans de nombreux domaines de la politique migratoire ayant pour principal objectif de redonner aux États des marges de manœuvre tant dans la décision que dans la conduite de la politique.

### 3. Le retour des États

39 - La « crise migratoire » de 2015 a incontestablement modifié le paysage politique et contribué à un puissant retour des États dans la conduite de la politique migratoire, notamment par le truchement du Conseil européen (A). Cette reprise en main des États a été accentuée ces derniers mois et proposée dans plusieurs textes en discussion (B).

#### A. - Dans le pilotage politique

40 - À partir de 2015, la question migratoire s'est invitée de manière durable à la table du Conseil européen. Si la mise à l'agenda du Conseil européen a témoigné de l'importance que les chefs d'États ou de gouvernement ont accordée à la question, la récurrence des réunions, souvent tendues entre dirigeants, a également ancré au plus haut niveau les désaccords et divisions entre ces derniers et mis à jour la difficulté de trouver des solutions communes. Au fond, de 2015 à 2019, les États ne sont pas parvenus à résoudre la quadrature du cercle entre les États de première entrée et le bloc d'Europe centrale et orientale, pas plus qu'ils ne sont parvenus à trouver un équilibre entre les principes de responsabilité et de solidarité.

41 - Sur fond de transformation du contexte géopolitique au voisinage immédiat de l'UE, de populisme rampant dans les États membres et de tensions croissantes, les blocages ont été multiples et ont réduit de manière significative les voies d'action

au niveau de l'UE. Ainsi, au mois de juin 2019, le Conseil européen a adopté un nouveau programme stratégique 2019-2024 qui posait les orientations politiques mais révélait surtout l'indigence du projet<sup>10</sup>.

42 - Destiné « à orienter les travaux des institutions au cours des cinq prochaines années », le programme stratégique a consacré son premier axe à la protection, ou plus précisément à la sécurité, des citoyens. La question migratoire figure aux avants postes de ces orientations et y est abordée dans une dimension prioritairement structurée autour du contrôle et de l'éloignement. Ainsi, « le contrôle effectif des frontières extérieures constitue une condition sine qua non pour garantir la sécurité et assurer le maintien de l'ordre public et le bon fonctionnement des politiques de l'UE ». En outre, la coopération avec les pays tiers doit avoir pour objectif de « lutter contre les migrations illégales et la traite des êtres humains, et d'assurer des retours effectifs ». Pour le reste, le programme stratégique propose l'objectif évasif de « parvenir à un accord sur une politique efficace en matière de migrations et d'asile » et « trouver un consensus » sur le règlement Dublin.

43 - Ce programme stratégique est révélateur d'un contexte politique où les États européens ne conçoivent d'avancées communes que sur les questions de contrôles des frontières et de retour des personnes en situation irrégulière. Les désaccords sur les autres thèmes sont si profonds que les développements en matière d'asile et d'immigration semblent dans l'impasse. Or, s'il agit comme un révélateur des tensions et difficultés, le programme stratégique établit aussi et surtout un cadre politique que les institutions européennes, et en particulier la Commission européenne, doivent respecter.

44 - C'est donc sans surprises que le Pacte sur la migration et l'asile<sup>11</sup>, présenté par la Commission européenne en septembre 2020, s'inscrit dans ce schéma. Ainsi, renforcement des contrôles frontaliers, accélération des procédures, dispositifs de filtrage, modifications des procédures d'asile pour limiter les mouvements secondaires, maintien des critères du système Dublin ou encore manifestation de la solidarité par la mise en œuvre de procédures d'éloignement des personnes figurent, entre autres, au titre des mesures et innovations diverses proposées par la Commission européenne.

45 - Sur fond de désaccords politiques sérieux, la dynamique qui structure la politique migratoire de l'UE depuis 2015 est marquée par la volonté des États d'aborder prioritairement la dimension sécuritaire de la politique. Au fond, la personne du demandeur d'asile, du réfugié ou plus généralement du migrant s'efface derrière la logique du contrôle prônée par les États. Dans ce contexte, où la maîtrise des flux et des personnes suppose un rôle accru des États et de leurs administrations, la réflexion autour de la souveraineté ne se pose pas nécessairement en termes de pertes.

#### B. - Dans la mise en œuvre

46 - Au contraire, la tendance actuelle témoigne d'une reconquête du domaine par les États à la faveur d'une reconnaissance

9. Yves Pascouau « L'Allemagne se prépare à mettre en danger Schengen », Le Monde, 9 novembre 2017, disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/11/09/l-allemande-se-prepare-a-mettre-en-danger-schengen\_5212567\_3232.html]. Voir également pour le Parlement européen Projet de rapport sur le rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen, Rapporteuse Tanja Fajon, 2019/2196(INI).

10. « Un nouveau programme stratégique. 2019-2024 », disponible en ligne : [https://www.consilium.europa.eu/media/39916/a-new-strategic-agenda-2019-2024-fr.pdf].

11. Communication de la Commission européenne sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM(2020) 609 du 23.09.2020, disponible en ligne : [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:85ff8b4f-ff13-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC\_3&format=PDF]. Voir également la page web reprenant l'ensemble des documents formant le Pacte de la Commission, disponible en ligne : [https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020\_fr].

accrue de leurs marges de manœuvre pour faire face aux défis migratoires contemporains. Ce mouvement peut être illustré par trois exemples récents qui, sans prétendre à l'exhaustivité, attestent de ce retour des États. La première a concerné la proposition de la Commission visant à modifier les règles de Schengen prévoyant notamment la création d'un motif supplémentaire de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures en cas de menace touchant la majorité des États membres<sup>12</sup>.

47 - La deuxième illustration est intervenue dans le contexte des tensions, autrement appelées « *attaques hybrides* », survenues à la frontière extérieure de l'UE avec la Biélorussie<sup>13</sup>. La Commission a présenté une proposition visant à permettre à trois États membres de déroger, de manière exceptionnelle et temporaire, à certaines règles européennes applicables à l'enregistrement des demandeurs d'asile, à la délivrance des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile ou encore à la procédure d'éloignement.

48 - Si ces propositions sont intervenues à la suite de la crise sanitaire et dans le contexte troublé à la frontière orientale de l'UE, elles ont eu pour objet de permettre aux États d'élargir leurs marges d'action en créant de nouveaux critères à cette fin ou en leur permettant de déroger au droit applicable.

49 - Le domaine de l'action extérieure n'est pas épargné par ce mouvement. En janvier 2022, le Conseil de l'UE a adopté une décision d'exécution portant création du mécanisme de coordination opérationnelle pour la dimension extérieure des migrations, le MOCADÉM<sup>14</sup>. Derrière cette dénomination se déploie un mécanisme de réappropriation par les États membres de la dimension externe de la politique migratoire.

50 - D'une part, l'action du MOCADÉM est très large et n'est pas seulement limitée à la coordination opérationnelle. En pratique, ce mécanisme doit assurer une coordination et une réaction en ce qui concerne les questions liées à la dimension

extérieure des migrations. À cette fin, il prépare et propose des actions opérationnelles pour mettre en œuvre les objectifs de l'Union pour chaque pays tiers concerné. Or, l'action opérationnelle est vaste et recouvre toute action « *susceptible de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union dans ses relations avec un pays tiers dans le domaine des migrations* ». Cela comprend, comme l'indique le texte, l'approche politique ou diplomatique, le soutien au pays dans le domaine du renforcement des capacités ou de la coopération au développement, la mobilisation de tout levier financier ou politique disponible et l'élaboration de stratégies de communication.

51 - D'autre part, en termes fonctionnels, ce mécanisme est logé au cœur du système institutionnel et stratégique du Conseil de l'UE. Il est mobilisé par la présidence du Conseil et exerce son action pour le compte du Comité des Représentants Permanents (COREPER) qui assure également la direction stratégique du MOCADÉM. La Commission et le Service Européen pour l'Action Extérieure (SEAE), qui ont également des compétences dans le domaine de l'action extérieure, sont invités à participer aux travaux du MOCADÉM et à présenter des contributions succinctes.

52 - La création de ce mécanisme, son positionnement institutionnel en lien étroit avec le COREPER et l'étendue de ses pouvoirs ne doivent pas tromper. Cela témoigne de la volonté des États européens de se réapproprier la conduite politique de la dimension extérieure de la migration au détriment de la Commission européenne et du SEAE.

53 - Qu'il s'agisse de la structuration institutionnelle, des garde-fous prévus par les traités, tout autant que de la sauvegarde du pouvoir de décision, ou encore de l'empreinte des États dans la conduite et la mise en œuvre de la politique, tout concourt à démontrer que les États n'ont pas abandonné leur souveraineté à l'UE en matière migratoire.

54 - La sensibilité de la question migratoire impose de construire la politique commune d'asile et d'immigration à l'aune, si ce n'est à l'ombre, de la souveraineté des États. Il leur revient de définir, en fonction des objectifs poursuivis et du contexte politique, le degré d'engagement commun et de limitation de leurs marges de manœuvre. Contrairement à la politique monétaire, ayant conduit les États à abandonner le pouvoir souverain de battre la monnaie, la politique migratoire n'a pas encore amputé leur souveraineté. ■

12. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders, COM(2021) 891 final, 14.12.2021.

13. Proposal for a Council Decision on provisional emergency measures for the benefit of Latvia, Lithuania and Poland, COM(2021) 792 final, 01.12.2021.

14. Décision d'exécution (UE) 2022/60 du Conseil du 12 janvier 2022 concernant le mécanisme de coordination opérationnelle pour la dimension extérieure des migrations.

## 19 Que manque-t-il à la souveraineté externe de l'Union européenne ?



Maxime LEFEBVRE\*,  
diplomate, ancien ambassadeur, professeur affilié à l'ESCP,  
auteur de *La politique étrangère européenne* (« *Que sais-je ?* », 2021)  
et *La politique étrangère de la France* (« *Que sais-je ?* », 2019)

1 - Dans son discours de la Sorbonne en 2017, Emmanuel Macron a fait de la défense et de la politique étrangère deux des clés essentielles de la « *souveraineté européenne* » qu'il proposait à ses partenaires de parachever.

2 - Or, la défense et la politique étrangère sont au cœur de la souveraineté des États. Quand les États européens se sont pensés et construits en « *souverains* » (on pense notamment au modèle français), il s'agissait de développer entre eux des relations d'égal à égal. Le roi de France se disait « *empereur en son royaume* », ce qui veut dire qu'il déniait à l'empereur germanique ses prétentions à exercer une autorité supranationale, héritée de l'Empire romain et de Charlemagne, sur la Chrétienté. Les traités de Westphalie ont fait prévaloir la conception française d'États égaux et souverains, maîtres des pouvoirs « *régaliens* » et notamment de leur diplomatie et de leur défense, sur la conception germanique d'une autorité impériale au-dessus des principautés. Dès lors, tout l'ordre international, tout le droit international, s'est défini comme un ordre interétatique fondé sur le principe d'égalité souveraine entre les États<sup>1</sup>.

3 - L'Union européenne (UE) est dès lors confrontée à un dilemme. Soit elle devient un État fédéral, comme les États-Unis, l'Allemagne, la Suisse, la Russie, et autrefois l'Autriche-Hongrie et l'Union soviétique, revendiquant à son niveau le principe d'égalité souveraine ; soit elle demeure une organisation internationale, ce qu'elle est d'après ses traités fondateurs, et ne peut exister que dans l'interstice des relations intergouvernementales. La possibilité d'un retrait de l'Union, ouverte par le traité de Lisbonne<sup>2</sup>, et son exercice pour la première fois par le Royaume-Uni en 2020, donnent raison à la seconde interprétation : si l'on peut se retirer de l'Union, c'est bien que prévaut la souveraineté des États, et que l'UE n'est pas comparable aux États-Unis qui avaient empêché, à l'issue de la « *guerre de Sécession* » (1861-1865), une partie des États fédérés de quitter l'Union.

4 - Ces prémisses étant posées, cela ne veut pas dire que l'Union européenne est dépourvue de toute existence, de tout rôle et de toute action dans le domaine de la politique étrangère et de la défense. Il faut examiner les choses au triple point de vue de la dimension juridique (normative), de la légitimité politique (l'autorité), et de l'action possible (l'efficacité).

### 1. La dimension juridique : l'action normative

5 - Si l'ordre international a été construit sur une base interétatique, il a cependant évolué pour laisser place à des acteurs

non étatiques, et en particulier à des organisations internationales créées par les États. Ces organisations sont régies par le principe de spécialité ou d'attribution. Elles n'exercent que des compétences déléguées par les États. Seuls les États souverains ont la « *compétence des compétences* », la souveraineté part de l'État comme l'exprime l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* ».

6 - L'Union européenne se distingue cependant doublement des organisations internationales classiques.

7 - D'abord, c'est une organisation régionale qui exprime une identité géographique et politique. Contrairement aux organisations internationales habituelles qui développent des normes à destination de leurs propres membres (comme par exemple l'ONU, le Conseil de l'Europe, l'OCDE, l'OSCE), elle a aussi vocation à développer des relations avec le reste du monde. Ce fut le cas dès la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) qui a conclu en 1954 un accord d'association avec le Royaume-Uni.

8 - Ensuite, même si les compétences de l'UE sont régies par le principe d'attribution, une partie de ces compétences sont « *exclusives* » (politique commerciale, monnaie unique, politique de la concurrence au niveau du marché intérieur, conservation des ressources biologiques de la mer). Ce qui veut dire que les États membres sont en quelque sorte subrogés par l'UE dans l'exercice de ces compétences externes qui font partie de la souveraineté normale d'un État (le Royaume-Uni a retrouvé la maîtrise de son taux de change, de sa politique commerciale, de sa politique de concurrence, de sa politique de la pêche).

9 - La conclusion d'accords extérieurs dans des domaines où l'UE dispose d'une compétence interne fait d'ailleurs partie des compétences « *exclusives* ». C'est là l'héritage d'une très vieille construction par la jurisprudence européenne du principe de parallélisme des compétences internes et externes<sup>3</sup>.

10 - Pour le reste, les compétences de l'UE sont « *partagées* » avec les États membres, ou ces derniers viennent en « *appui* ». L'UE n'a qu'une compétence de « *coordination* » des politiques économiques et sociales des États membres. Elle a une compétence pour définir une politique étrangère et de sécurité « *commune* » (et non « *unique* »), y compris en matière de défense. Mais ces deux compétences sont fondées sur un principe d'unanimité et de coopération intergouvernementale qui diffère de l'approche classique de la méthode « *communautaire* » (reposant notamment sur le vote à la majorité qualifiée).

11 - Ces compétences ont permis à l'UE de développer un réseau dense de relations juridiques dans le cadre du système

\* Les propos de cet article sont tenus à titre personnel.

1. « *L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres* », art. 2 §1 de la Charte des Nations Unies.

2. Art. 50 TUE.

3. CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, n° 22-70.

multilatéral mondial : dans l'OMC, par des accords de libre-échange, par des accords extérieurs plus larges tels que les accords d'association, par des accords techniques pour la libéralisation des visas ou la réadmission des ressortissants ou la libéralisation du trafic aérien, etc.

12 - Certains de ces accords doivent être conclus sur la base de l'unanimité et parfois même avec la ratification de tous les États membres (« accords mixtes »). C'est le cas dès qu'ils touchent à des compétences des États membres, comme la réglementation des investissements étrangers, le commerce des biens et services culturels, la santé, etc. L'accord économique commercial et global (CETA) avec le Canada datant de 2016 était ainsi un accord mixte et n'a pu entrer en vigueur dans sa partie créant un mécanisme de règlement des différends sur les investissements, parce qu'il n'a pas été ratifié par tous les États membres. En revanche, le double accord conclu par l'UE avec le Royaume-Uni dans le contexte du Brexit (l'accord de sortie puis l'accord de commerce et de coopération) n'a pas eu besoin d'être ratifié par les États membres, seulement par l'UE (c'est-à-dire le Conseil et le Parlement européen).

13 - L'UE existe aussi par son action normative unilatérale. Les réglementations qu'elle adopte sur son marché intérieur (par exemple le règlement *Registration, Evaluation, Authorization and restriction of CHemicals* (REACH) sur les produits chimiques en 2006, ou le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) en 2016) ont une portée mondiale, « extraterritoriale ». Elles obligent les acteurs extérieurs à s'y conformer. C'est « l'effet Bruxelles »<sup>4</sup> ou la « puissance normative » de l'UE.

14 - L'UE peut aussi adopter des sanctions, soit dans le cadre de sa politique de concurrence (des géants comme Apple, Microsoft, Gazprom, en ont fait les frais), soit au titre de sa politique étrangère et de sécurité commune (il y a plus de 30 pays ou mouvements qui sont sur la liste des sanctions européennes).

15 - Il y a donc une forme de souveraineté externe de l'UE (même si les Européens sont réticents à employer le terme), à la fois commerciale et monétaire, juridique, économique, voire un début de souveraineté politique. Mais justement, le domaine de la diplomatie et de la défense est celui où la souveraineté européenne apparaît le moins évidente.

## 2. La dimension politique : le leadership

16 - La construction de la souveraineté a correspondu à la construction d'un pouvoir politique, à la fois interne et externe. Or le pouvoir européen qui s'est construit depuis la Seconde guerre mondiale apparaît encore trop fragile pour s'affirmer sur la scène internationale. Dépourvu de la légitimité et de l'autorité nécessaires, il ne peut pas exercer la fonction du leadership qui est indispensable dans la politique étrangère.

17 - L'Europe a fini par acquérir un numéro de téléphone, pour répondre à la boutade de Henry Kissinger dans les années 1970. La Commission européenne a une existence forte dans ses domaines de compétence (comme le commerce ou la concurrence) et elle est respectée comme interlocuteur. Le Président du Conseil européen a un rôle essentiellement protocolaire : malgré son rôle de médiateur au sein du Conseil européen, il n'a pas encore montré sa capacité de leadership dans la politique étrangère. Le « *sofagate* » du 7 avril 2021, au cours duquel le président turc Erdogan avait paru se jouer de la dyarchie européenne en plaçant Charles Michel comme son vis-à-vis et en reléguant

Ursula von der Leyen sur un canapé, a fait éclater la confusion des rôles au plus haut niveau.

18 - Au niveau ministériel, l'Union européenne s'est dotée en 1999 d'un « *Haut Représentant* » dont les attributions ont été considérablement élargies par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009. C'est comme si l'Union avait un ministre des Affaires étrangères, chef d'une diplomatie européenne (le Service Européen pour l'Action Extérieure ou SEAE), parlant au nom de la Commission européenne et présidant le Conseil où siègent les États membres. Pourtant, le Haut Représentant peine à s'imposer comme un leader de la politique étrangère européenne. Il est concurrencé à la fois par d'autres commissaires dans leurs domaines de compétences (y compris le commissaire à l'élargissement et au voisinage, qui mord le plus sur ses platebandes politiques) et par les États membres qui ont leurs propres diplomaties.

19 - Une difficulté clé, dans la politique étrangère européenne, tient au vote à l'unanimité qui est resté, comme dans les questions fiscales et budgétaires, un verrou qu'ont voulu préserver les États membres. Certains pensent que le vote à la majorité qualifiée suffirait à changer la donne. La France et l'Allemagne l'avaient envisagé dans une contribution à la Convention européenne de 2002-2003, mais en excluant les affaires ayant des implications en matière de sécurité<sup>5</sup>. Jean-Claude Juncker a proposé d'appliquer la majorité qualifiée en matière de droits de l'homme, de politique de sécurité et de défense commune (PSDC) civile, de sanctions<sup>6</sup>.

20 - Il n'est pas du tout certain que la majorité qualifiée suffirait à créer du leadership. Il y a dans l'Union des grands États membres qui ont des intérêts essentiels à défendre et qui ne pourraient pas être mis en minorité aussi facilement que sur des questions économiques ou commerciales. Et même si l'on commençait par appliquer modestement le vote à la majorité aux droits de l'homme ou aux sanctions, cela poserait vite des questions politiques pour lesquelles les compromis à l'unanimité peuvent apparaître plus solides, plus inclusifs, sans empêcher de prendre des décisions.

21 - Surtout, la politique étrangère demande du leadership. La fonction crée la légitimité et l'autorité, mais il faut davantage. La légitimité des pouvoirs européens est encore fragile face aux États membres. Un vote à la majorité n'aboutit pas forcément à créer de la volonté, de la détermination, une stratégie. Le général de Gaulle avait mis en garde contre ce système où l'on ferait disparaître les politiques nationales et ses propos doivent encore être médités<sup>7</sup>.

22 - Le leadership sur la diplomatie et, plus encore, la défense, continue de passer par les États membres. C'est la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni qui, en 2003, démarrent de concert une médiation pour arrêter le programme nucléaire proliférant de l'Iran. C'est le président Sarkozy qui, en présidence de l'UE en 2008, mène une audacieuse médiation pour arrêter la guerre russo-géorgienne. C'est la France qui, en 2013, décide une intervention militaire au Mali pour empêcher les djihadistes d'y prendre le pouvoir. C'est la France et l'Allemagne qui, en 2014, lancent le « *format Normandie* » pour négocier avec la Russie

4. Anu Bradford, *The Brussels Effect : How the European Union rules the World*, Oxford University Press, 2020.

5. Voir Contribution franco-allemande à la Convention européenne sur l'architecture institutionnelle de l'Union, 15 janvier 2003, texte disponible en ligne : [https://www.cvce.eu/obj/contribution\_franco\_allemande\_a\_la\_convention\_europeenne\_paris\_et\_berlin\_15\_janvier\_2003-%20fr-1a525f3e-3143-476c-9bea-1722f8250da9.html].

6. Voir Jean-Claude Juncker, *Discours sur l'état de l'Union*, 12 septembre 2018.

7. « *Dans cette Europe intégrée il n'y aurait peut-être pas de politique du tout (...), on s'abstiendrait d'en faire, (...) alors, peut-être, ce monde se mettrait-il à la suite de quelqu'un du dehors qui, lui, en aurait une. Il y aurait peut-être un fédérateur, mais il ne serait pas Européen.* », Conférence de presse du général de Gaulle du 15 mai 1962 (questions européennes).

et l'Ukraine. C'est Emmanuel Macron qui va parler de sécurité européenne à Vladimir Poutine à Moscou en 2022, là où Josep Borrell s'était fait humilier par Sergueï Lavrov un an plus tôt.

23 - L'Europe est loin, très loin, d'avoir construit une souveraineté politique par-dessus les nations, comme le roi de France l'avait fait par-dessus les barons et les princes dans les limites de son royaume. La solution de la « *team Europe* », comme l'a proposé Josep Borrell dans le contexte de la pandémie mondiale pour proposer une synergie entre l'UE et ses États membres, apparaît plus féconde et réaliste pour affirmer l'Europe sur la scène mondiale.

### 3. La dimension de l'efficacité : une capacité autonome d'action

24 - Si l'Europe ne peut prétendre aujourd'hui, ni sans doute demain, constituer un État souverain et devenir une « *grande puissance* » capable d'assurer seule sa sécurité, il existe peut-être néanmoins un chemin pour que, sur la base de sa souveraineté incomplète, elle développe des instruments communs d'action et de puissance.

25 - Il s'agit de l' « *autonomie stratégique* », qui est un concept hérité de la politique de défense française, mais qui s'est imposé dans le langage européen. On peut l'entendre à deux niveaux.

26 - Le premier est celui de l'Europe de la défense. L'objectif a été affiché par la déclaration franco-britannique de Saint-Malo le 4 décembre 1998 qui a lancé la politique européenne de sécurité et de défense : l'UE doit avoir « *une capacité autonome d'action, appuyée sur des forces militaires crédibles* », pour gérer les crises. C'est sur cette base que l'Union européenne a pu lancer des opérations à l'extérieur à partir de 2003 (il y en a eu une trentaine depuis). Ces opérations sont, très largement, des opérations civiles ou civilo-militaires, mais l'UE a commencé à jouer un rôle de producteur de sécurité, par exemple dans les Balkans ou dans ses opérations de sécurité maritime (opération Atalante au large de la corne de l'Afrique).

27 - Néanmoins, on ne trouve pas de définition agréée de l'autonomie stratégique ou de la capacité autonome d'action, qui demeure un objectif qui paraît très en deçà de celui de la souveraineté.

28 - L'autonomie signifie que l'Europe doit pouvoir décider et penser par elle-même. Elle s'est dotée d'un comité d'ambassadeurs chargé de délibérer à Bruxelles, le comité politique et de sécurité (COPS), et de structures de planification des opérations au sein du service européen pour l'action extérieure. Les stratégies qu'elle a adoptées (stratégie européenne de sécurité de 2003, stratégie globale de 2016, boussole stratégique de 2022) montrent aussi qu'elle a commencé à penser et analyser le monde selon ses propres critères, y compris en termes stratégiques.

29 - Cette autonomie européenne est néanmoins limitée. Il a été établi dès la déclaration de Saint-Malo que la capacité autonome de l'UE à gérer des crises s'inscrit dans le cadre d'une « *alliance atlantique rénovée qui constitue le fondement de la défense collective de ses membres* »<sup>8</sup>. Cette formule a été reprise dans le traité de Lisbonne qui a intégré la clause de défense collective de l'article 5 du traité de Bruxelles de 1948 dans les traités européens<sup>9</sup>. Elle signifie que la défense territoriale n'est pas du ressort de l'UE mais de l'OTAN, même si le nouvel

article 42-7 du TUE a été appliqué pour la première fois en faveur de la France après les attentats terroristes de 2015. Par ailleurs, l'UE dépend très largement du commandement intégré de l'OTAN pour ses opérations militaires : c'est le cas pour l'opération Althea en Bosnie et pour toute opération « *exécutive* » de plus de 2500 hommes. Le principe d'une coopération transatlantique est consubstantiel à la politique étrangère et de défense de l'UE. Le Conseil européen n'a pas dit autre chose en affirmant que les Européens doivent pouvoir « *agir de manière autonome lorsque c'est nécessaire, là où c'est nécessaire et avec leurs partenaires dans tous les cas où c'est possible* »<sup>10</sup>.

30 - En matière de capacités, les Européens se renforcent. L'autonomie d'analyse, à travers le centre de renseignement du SEAE (INTCEN), peut s'appuyer sur le réseau spatial Galileo financé par l'UE, mais dépend d'abord des moyens nationaux des États membres. Il en va de même pour toute opération civile ou militaire. Les Européens font des progrès dans l'affirmation de projets communs en matière de recherche militaire ou de projets capacitaires : le nouveau Fonds européen de défense est ainsi doté de 8 milliards d'euros sur la période 2021-2027. Et les Européens sont en train d'accroître leur effort de défense en s'étant engagés (dans le cadre de l'OTAN, non de l'UE) à le porter à 2 % du PIB.

31 - Cette dimension capacitaire rejoint la deuxième définition de l'autonomie stratégique, qui s'est notamment affirmée à la faveur de la pandémie de COVID-19 en 2020. Il n'y a pas là non plus de définition agréée, les Européens s'étant seulement mis d'accord sur un principe d' « *autonomie stratégique ouverte* ». Cela signifie que l'autonomie stratégique n'est ni l'autarcie ni le protectionnisme. Elle vise, dans le cadre d'une économie qui doit rester ouverte, à diminuer les dépendances stratégiques, à constituer des réserves stratégiques, et à diversifier les approvisionnements. Cette conception doit s'appliquer en particulier aux secteurs de la défense, de l'espace, de l'énergie, de la santé, du numérique, de l'électronique, des matières premières. Elle a pris la forme de projets industriels communs pour développer par exemple la production de batteries ou de semi-conducteurs. Elle s'exprime aussi par le développement des énergies autonomes (renouvelables, nucléaire) et par la diversification des approvisionnements énergétiques.

32 - L'autonomie stratégique n'est donc ni une indépendance stratégique telle que la France l'a voulue et conçue dans sa politique de dissuasion nucléaire, ni une affirmation de souveraineté dans le domaine de la diplomatie et de la défense. Elle signifie que l'UE est un acteur international, un acteur politique qui défend ses intérêts et ses valeurs, qui défend une solidarité politique entre ses membres, sans aller jusqu'à la défense collective. Elle signifie aussi que l'UE s'inscrit dans une interdépendance à la fois mondiale (le multilatéralisme, le libre-échange, la mondialisation) et occidentale (l'OTAN, l'OCDE).

33 - Ce point d'aboutissement peut paraître insatisfaisant. L'Europe a une base juridique et économique solide, mais une souveraineté incomplète, une subordination aux États membres, et une autonomie d'action limitée. Il n'empêche que ces éléments combinés font de l'Europe un acteur international et dessinent le chemin d'une autonomie et d'une intégration plus fortes. Quand on voit d'où l'on est parti, il y a des raisons de rester optimistes et déterminés à avancer, en particulier sur la voie de l'autonomie stratégique. ■

8. Déclaration de Saint-Malo, 4 décembre 1998.

9. Article 42§7, TUE.

10. Conseil Européen, « *Conclusions du Conseil européen* », 15 décembre 2016, p.3, texte disponible en ligne : [https://www.consilium.europa.eu/media/21915/15-euco-conclusions-final-fr.pdf].

## À propos de...

### ***La Revue des Juristes de Sciences Po***

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'École de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui vingt-deux numéros. Un vingt-troisième est en préparation.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



*Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.*



**LexisNexis®**



**AJSP** | Les Juristes  
de Sciences Po

## À propos de...

### ***L'Association des Juristes de Sciences Po***

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP œuvre à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle Evènements de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit.

L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats, entreprises et institutions.

Le Pôle Evènements est également chargé d'organiser des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice, des concours d'éloquence et l'édition d'un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation. Le Pôle Sciences Pi entend réunir les étudiants de la spécialité Droit de l'innovation de l'Ecole de Droit. Le Pôle CJJ réunit les étudiants du master Carrières judiciaires et juridiques, et le Pôle CEA ceux du master Contentieux Économique et Arbitrage.

Anas Adri, Président



## L'équipe **contentieux** et **arbitrage**

Le contentieux est un des domaines d'activité fondateurs de l'identité de Reed Smith depuis sa création en 1877. Reed Smith - aujourd'hui l'un des premiers cabinets d'avocats d'affaires dans le monde - place au cœur de son développement l'ensemble de ses savoir-faire liés au règlement des litiges.

### **Qui sommes-nous ?**

Les associés qui animent notre équipe Contentieux et Arbitrage à Paris ont tous, avant de rejoindre Reed Smith, exercé au sein d'équipes réputées pour leur expertise. Notre équipe Contentieux et Arbitrage, composée à Paris d'une quinzaine d'avocats, conseille de grands groupes et des PME internationales et françaises. Elle se distingue par sa maîtrise des fondamentaux et des évolutions de leurs secteurs, essentiellement l'industrie, les transports, la banque/finance, la santé et les sciences de la vie, l'immobilier, la construction, l'énergie, les technologies de l'information et les médias.

### **Nos missions**

Notre équipe intervient sur des dossiers de toute nature - précontentieux, contentieux, arbitrage, médiation et conciliation - et affiche une pluralité de compétences :

- Risques industriels, sanitaires et de santé publique ;
- Droit des assurances ;
- Contentieux bancaires et financiers ;
- Construction ;
- Droit international ;
- Règlementation : conformité (compliance) ;
- Arbitrage international ;
- Responsabilité professionnelle ;
- Droit social ;
- Contentieux commerciaux / Responsabilité du fait des produits ;
- Contentieux de haut de bilan / Fusions & acquisitions / Contentieux boursiers ;
- Procédures collectives ;
- Droit pénal des affaires ;
- Propriété intellectuelle
- Droit de la concurrence, droit de la distribution et droit de la consommation ;

## Nos atouts

En France, nos associés, qui bénéficient d'une notoriété incontestée, sont très intégrés dans la communauté judiciaire et dans le monde de l'arbitrage. De plus, nos avocats collaborent étroitement avec une équipe composée de plus de 800 avocats des différents bureaux de Reed Smith et intervenant dans des contentieux à travers les Etats-Unis, l'Europe, l'Asie et le Moyen-Orient. Leurs compétences sont largement reconnues comme l'illustre le classement de Reed Smith - chaque année - parmi les meilleurs cabinets de contentieux et de risques industriels en Europe, aux Etats-Unis et en Asie.

L'implantation historique de nos avocats sur le marché français et notre vision globale et internationale du contentieux nous confèrent une position privilégiée pour vous conseiller et vous représenter:

- dans le choix de la juridiction à saisir,
- dans la détermination de votre stratégie judiciaire,
- pour l'exécution des décisions françaises hors de nos frontières ou de décisions étrangères en France.

## Au niveau mondial

Une tradition du contentieux en France

Une plateforme internationale pour répondre à des problématiques globales

Un savoir-faire distingué à de nombreuses reprises, notamment en matière de responsabilité du fait des produits

## Vos contacts



### Ana Atallah

Associée

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

aatallah@reedsmith.com



### Benoît Charot

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

bcharot@reedsmith.com



### Daniel Kadar

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

dkadar@reedsmith.com



### Peter Rosher

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

prosher@reedsmith.com



### Andrew Tetley

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

atetley@reedsmith.com



### Emmanuelle Faivre

Counsel

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

efaivre@reedsmith.com



### Clément Fouchard

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

cfouchard@reedsmith.com

ABU DHABI  
ATHENS  
AUSTIN  
BEIJING  
BRUSSELS  
CENTURY CITY  
CHICAGO  
DALLAS  
DUBAI  
FRANKFURT  
HONG KONG  
HOUSTON  
KAZAKHSTAN  
LONDON  
LOS ANGELES  
MIAMI  
MUNICH  
NEW YORK  
**PARIS**  
PHILADELPHIA  
PITTSBURGH  
PRINCETON  
RICHMOND  
SAN FRANCISCO  
SHANGHAI  
SILICON VALLEY  
SINGAPORE  
TYSONS  
WASHINGTON, D.C.  
WILMINGTON



**Reed Smith**, cabinet d'avocats international fort de 30 bureaux dans le monde, l'un des acteurs les plus dynamiques à Paris, est le partenaire de la Revue des Juristes de Sciences-Po

Avec **3000 personnes**, dont **1700 avocats**, Reed Smith est présent aux Etats-Unis, en Europe, au Moyen-Orient et en Asie. Implanté à Paris depuis 2005, Reed Smith compte en France 80 avocats, dont 24 associés, aux expertises complémentaires en contentieux et en conseil. Leurs savoir-faire diversifiés sont reconnus par le marché et ancrés dans cinq secteurs stratégiques : Energie et Ressources Naturelles, Finance, Industries pharmaceutiques et de santé, Media & Entertainment, Transports.

**Contact : Daniel Kadar**, Avocat Associé,  
EF 1995 dkadar@reedsmith.com

[reedsmith.com](http://reedsmith.com)

ABU DHABI ATHENS AUSTIN BEIJING BRUSSELS CENTURY CITY CHICAGO DALLAS DUBAI FRANKFURT  
HONG KONG HOUSTON KAZAKHSTAN LONDON LOS ANGELES MIAMI MUNICH NEW YORK **PARIS**  
PHILADELPHIA PITTSBURGH PRINCETON RICHMOND SAN FRANCISCO SHANGHAI SILICON VALLEY  
SINGAPORE TYSONS WASHINGTON, D.C. WILMINGTON

**ReedSmith**  
Driving progress  
through partnership