

Promotion UPEC 2022-2023

**Vers une Europe
indépendante : les grands
enjeux de la souveraineté
numérique et de l'autonomie
stratégique**

NOTES DE RECHERCHES DES ETUDIANTS DU MASTER 2 DROIT EUROPEEN DES
AFFAIRES ET DU MASTER 2 SYSTEMES JURIDIQUES EUROPEENS

Comité éditorial

Angéline DIGBY, Aurélie GUYADER, Léa KANN, Berkay KESKIN, Pauline LEDEIN et
Coline LE PICAULT

Sous la direction de

Laure CLEMENT-WILZ, Stéphane DE LA ROSA et Lamprini XENOU



MIL MARCHÉS,
INSTITUTIONS,
LIBERTÉS



Éditorial

À l'heure où nous écrivons ces quelques lignes, l'Union européenne est plus que jamais confrontée à une crise de son autonomie. La présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen avait déjà insisté, dès le début de son mandat, sur le tournant géopolitique dans lequel s'insérerait l'Union, tout en affirmant la nécessité de son autonomie stratégique à l'égard des États tiers.

À titre liminaire, il nous semble nécessaire de souligner que les événements au cœur de l'actualité de l'Union européenne sont, pour la plupart, les mêmes que ceux présentés l'année dernière, leurs effets se déployant encore aujourd'hui. À ce titre, la guerre en Ukraine, qui a débuté le 24 février 2022, et ses conséquences, occupent toujours une place centrale dans l'actualité de l'Union.

Aussi, d'autres préoccupations telles que la lutte contre le changement climatique, la crise de l'État de droit au sein de l'Union et l'essor de l'encadrement juridique de l'espace numérique sont particulièrement actuelles et sont développées au sein des différents articles que vous trouverez ci-dessous. L'exemple le plus parlant est sûrement celui de la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle du 22 avril 2021, approuvé récemment par les députés européens, le 14 juin 2023, et devant encore faire l'objet de négociations avec les États membres.

En somme, l'actualité extrêmement dense de l'Union européenne illustre sa volonté voire la nécessité pour cette organisation d'être encore plus autonome, souveraine et indépendante.

D'une part, d'un point de vue géopolitique et politique, le modèle de l'Union est directement menacé par l'hégémonie de puissances qui ne partagent pas toujours les valeurs de démocratie et d'État de droit. Dans ce contexte, l'Europe doit développer les moyens de son indépendance, et ce notamment par des efforts accrus dans le domaine militaire. En ce sens, des outils ont été créés à l'image de la Facilité européenne pour la paix, instrument juridique extra budgétaire visant directement à renforcer la politique de défense et les moyens militaires. L'enlisement du conflit russo-ukrainien a également mené à ce que l'Union applique son plan "RePowerEU" pour diversifier ses moyens d'approvisionnement en énergie et ainsi diminuer sa dépendance envers le Kremlin. Cette stratégie fait partie intégrante de l'objectif d'autonomie stratégique de l'Europe.

D'autre part, il est essentiel que l'Union continue de garantir la protection des droits fondamentaux dans le monde numérique. L'approche européenne doit veiller à se distinguer des autres systèmes de droit pouvant être moins exigeants en la matière, comme celui des États-Unis ou de la Chine. À cet égard, les nouveaux instruments juridiques sur le numérique démontrent l'exigence d'un certain standard juridique appliqué aux acteurs publics et privés. La voie est à peine ouverte mais les actions innovantes entreprises par l'Union la distinguent de tout autre acteur sur la scène internationale.

Le comité éditorial

Comité éditorial



Angéline DIGBY

Master 2 Droit
européen parcours
Droit des affaires



Léa KANN

Master 2 Droit
européen parcours
Systèmes juridiques
européens



Coline LE PICAULT

Master 2 Droit
européen parcours
Systèmes juridiques
européens



Berkay KESKIN

Master 2 Droit
européen parcours
Droit des affaires



Pauline LEDEIN

Master 2 Droit
européen parcours
Systèmes juridiques
européens



Aurélie GUYADER

Master 2 Droit
européen parcours
Droit des affaires

Rédacteurs

Metoo-Love MIROY et Ouriel GABISON - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Le Digital Services Act : quelles obligations pour les plateformes numériques ?

Léa KANN et Coline LE PICAULT - Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Le Digital Services Act et les droits fondamentaux

Berkay KESKIN - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Le Digital Services Act : vers l'accès aux algorithmes des plateformes numériques, enfin ?

Angéline DIGBY et Kaoutar EL KHANFARI - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Le Data Governance Act : vers un marché unique des données ?

Justine COLOMBIE - Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

L'insuffisante prise en compte des droits fondamentaux dans la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle (AI Act)

Pauline LEDEIN - Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Les mesures restrictives imposées à la Russie depuis le début de la guerre

Amédine SANTEIX - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

La Facilité européenne pour le maintien de la paix : quelle mise en œuvre dans le cadre de la guerre en Ukraine ?

Amira DHIFALLAH - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Le nouveau cadre réglementaire sur le stockage de gaz : le Règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) n° 2017/1938 et (CE) n° 715/2009

Auréli GUYADER - Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Les obstacles à la mise en œuvre du mécanisme de conditionnalité budgétaire : quelle protection pour les valeurs communes européennes en Hongrie ?

Emma PIGNOL - Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

La Pologne et le respect de l'État de droit : quelles décisions des institutions politiques européennes ?

Tehreem IMTIAZ HUSSAIN - Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières : enjeux juridiques

TABLE DES MATIÈRES¹

1. Le Digital Services Act : quelles obligations pour les plateformes numériques ?..... p. 6
2. Le Digital Services Act et les droits fondamentaux.....p. 9
3. Le Digital Services Act : vers l'accès aux algorithmes des plateformes numériques, enfin ?.....p. 13
4. Le Data Governance Act : vers un marché unique des données ?.....p. 17
5. L'insuffisante prise en compte des droits fondamentaux dans la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle (IA-Act).....p. 22
6. Les mesures restrictives imposées à la Russie depuis le début de la guerre.....p. 27
7. La Facilité européenne pour le maintien de la paix : quelle mise en œuvre dans le cadre de la guerre en Ukraine ?.....p. 33
8. Le nouveau cadre réglementaire sur le stockage de gaz : le Règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) no 715/2009p. 38
9. Les obstacles à la mise en œuvre du mécanisme de conditionnalité budgétaire : quelle protection pour les valeurs communes européennes en Hongrie ?.....p. 43
10. La Pologne et le respect de l'État de droit : quelles décisions des institutions politiques européennes ?.....p. 47
11. Le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières : enjeux juridiques.....p. 52

¹Articles 1-5 dirigés par Madame Lamprini XENOU ; Articles 6-11 dirigés par la Professeure Laure CLÉMENT-WILZ.

1/ Le Digital Services Act : quelles obligations pour les plateformes numériques ?

Ouriel GABISON et Metoo-Love MIROY, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Selon Margarethe Vestager, vice-présidente exécutive pour une Europe adaptée à l'ère du numérique, les projets de règlements *Digital Services Act* (DSA) et *Digital Markets Acts* (DMA) ont un but commun celui de « faire en sorte que nous ayons accès, en tant qu'utilisateurs, à un large choix de produits et services en ligne, en toute sécurité, et que les entreprises actives en Europe puissent se livrer à la concurrence en ligne de manière libre et loyale tout comme elles le font hors ligne. Ce sont les deux facettes d'un même monde. Nous devrions pouvoir faire nos achats en toute sécurité et nous fier aux informations que nous lisons. Parce que ce qui est illégal hors ligne est aussi illégal en ligne.¹ »

Le DSA découle d'une proposition législative émanant de la Commission européenne. Il vise à instaurer pour la première fois une réglementation européenne contribuant à la responsabilisation des plateformes numériques des services numériques pour garantir une utilisation plus responsable et plus sûre. Ce règlement sur la législation des services numériques a été adopté le 19 octobre 2022 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. Il est entré en vigueur en novembre 2022, toutefois, certaines dispositions ne sont pas encore applicables et le seront seulement en 2024.

Les obligations prévues par le *Digital Services Act* s'appliquent à l'échelle de l'Union européenne aux services numériques qui mettent en relation les consommateurs avec les fournisseurs de biens, de services ou de contenus (fournisseurs de services internet, services de cloud, messageries, places de marché etc.). Sont également visés les intermédiaires en ligne établis en dehors de

l'Union européenne qui proposent leurs services dans le marché unique. Les obligations incombant à ces intermédiaires en ligne dépendent de leur rôle, de leur taille et de leur poids dans l'écosystème en ligne.

I. Des obligations modérées pour les plateformes numériques

Il convient de noter que certaines obligations prévues par la Directive de 2000 sur le commerce électronique² ont été maintenues dans le *Digital Services Act*. Conformément à l'article 7 du DSA qui correspond à l'article 15 de la Directive de 2000, les plateformes numériques ne sont pas tenues de mettre en place une surveillance généralisée des contenus mis en ligne par les utilisateurs. Les utilisateurs, ainsi que les autorités nationales compétentes, les organisations non gouvernementales (ONG) et les groupes de défense des droits, peuvent signaler les contenus illicites ou préjudiciables aux plateformes numériques. En effet, le DSA encourage la coopération efficace entre les plateformes numériques, les autorités et la société civile pour garantir un environnement en ligne plus sûr et plus transparent. En fin de compte, les utilisateurs jouent un rôle important en amont de l'intervention des plateformes en signalant les contenus illicites ou préjudiciables pour protéger l'intérêt public et promouvoir le respect des droits fondamentaux en ligne.

Bien que les hébergeurs ne soient pas légalement responsables du contenu hébergé

¹ Une Europe adaptée à l'ère du numérique: plateformes numériques, Communiqué de presse, 15 décembre 2020.

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16.

sur leurs plateformes, ils ont une responsabilité importante et doivent protéger leurs utilisateurs contre les contenus dangereux et illégaux. Dans ce contexte, le *Digital Services Act* prévoit des mesures pour renforcer la transparence et la responsabilité des entreprises fournissant des services numériques, notamment en ce qui concerne la modération et la suppression rapide des contenus illicites signalés par les utilisateurs, les autorités nationales, les ONG ou les fournisseurs de services en ligne.

Il est important de souligner que les plateformes numériques ne sont pas juridiquement tenues de procéder à une vérification *a priori* du contenu diffusé par les utilisateurs. Néanmoins, conformément aux obligations découlant du *Digital Services Act*, elles sont tenues de prendre des mesures raisonnables pour empêcher la diffusion de contenus illicites ou dangereux. En d'autres termes, les plateformes ont une responsabilité limitée en la matière, mais elles doivent agir pour minimiser les risques pour les utilisateurs.

Ainsi, bien que les plateformes ne soient pas directement tenues d'effectuer une modération, elles doivent mettre en place des mesures de modération efficaces pour protéger les utilisateurs. La mise en place de ces mesures est une invitation à agir plutôt qu'une obligation directe, mais il convient de souligner que les plateformes peuvent être tenues pour responsables des dommages subis par les utilisateurs si elles ne prennent pas de mesures raisonnables pour éviter la diffusion de contenus illicites ou dangereux. En somme, les plateformes doivent prendre au sérieux leur responsabilité de protéger les utilisateurs et agir en conséquence.

Pour ce faire les plateformes doivent, tel qu'énoncé aux articles 10 à 13 du *Digital Service Act*, désigner un point de contact afin d'assurer la facilité et la fluidité des échanges, c'est un mécanisme nouveau qui n'était pas présent sans la directive 2000/31/CE sur le

commerce électronique³. Ils doivent également désigner un représentant légal vers qui les utilisateurs pourront se prévaloir en cas de violation du règlement.

Selon le règlement DSA, les conditions générales d'utilisation des plateformes en ligne doivent être facilement accessibles et lisibles pour les utilisateurs. Cette obligation vise à garantir la protection des droits et des intérêts des utilisateurs en leur fournissant des informations claires et compréhensibles concernant les modalités d'utilisation de la plateforme.

En ce qui concerne le devoir de transparence, les grandes plateformes en ligne ont une obligation particulière de fournir des informations claires et détaillées concernant leur fonctionnement et leur politique de traitement des données personnelles. Cette obligation vise à garantir la protection des droits fondamentaux des utilisateurs et la préservation de leur vie privée.

A titre d'exemple, une grande plateforme de réseaux sociaux doit informer les utilisateurs de la manière dont elle collecte, utilise et partage leurs données personnelles. Elle doit également leur fournir des informations sur les mesures de sécurité mises en place pour protéger ces données, ainsi que sur les droits dont ils disposent en matière de traitement de leurs données.

Enfin, il convient de souligner que les obligations en matière de transparence varient en fonction de la taille et de la nature des plateformes en ligne. Les grandes plateformes ont des obligations plus strictes en matière de transparence que les petites plateformes, en raison de leur impact potentiel sur les droits et les libertés des utilisateurs. Le DSA prévoit ainsi des dispositions spécifiques pour les grandes plateformes, telles que l'obligation de

³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16.*

désigner un représentant légal au sein de l'Union européenne.

Ce règlement représente une étape importante vers une utilisation plus responsable et plus sûre des services numériques. Toutefois, il est important de souligner que la réglementation ne peut pas résoudre tous les problèmes liés à l'utilisation d'Internet. Les utilisateurs doivent également faire preuve de bon sens et de prudence en ligne, en évitant de partager des informations personnelles sensibles et en signalant tout contenu illégal ou dangereux.

II. Des sanctions en cas de non-respect des obligations par les plateformes numériques

L'article 57 du *Digital Services Act* dispose que des mesures de surveillance sont détenues par la Commission, qui peut prendre les mesures nécessaires afin de contrôler la mise en œuvre et le respect du DSA par les très grandes plateformes en ligne. Elle peut leur ordonner un accès et des explications sur ses bases de données et ses algorithmes.

Le *Digital Services Act* impose également des sanctions pour les entreprises qui ne respectent pas les règles. Ainsi, l'article 59 du DSA dispose que la Commission peut infliger des amendes allant jusqu'à 6 % de leur chiffre d'affaires annuel mondial. Ce plafond est ramené à 1 % s'agissant de certaines infractions (fourniture d'informations tardives, incorrectes, incomplètes ou trompeuses, refus de se soumettre à un contrôle sur place, etc.). Ces sanctions sont destinées à encourager les entreprises à prendre leurs responsabilités pour protéger les utilisateurs contre les contenus illégaux et dangereux.

Ainsi, bien que les plateformes n'aient pas d'obligation directe envers les consommateurs, la Commission, quant à elle, garde un œil attentif aux agissements des plateformes en ligne afin de sanctionner ces dernières si les

dispositions du règlement ne sont pas respectées.

En conclusion, le *Digital Services Act* est une initiative importante pour garantir une utilisation plus responsable et plus sûre des services numériques. Bien que les hébergeurs ne soient pas légalement responsables du contenu hébergé sur leurs plateformes, ils ont une responsabilité importante pour protéger leurs utilisateurs contre les contenus dangereux et illégaux. Le DSA impose des mesures pour renforcer la transparence et la responsabilité des entreprises, ainsi que des sanctions pour encourager la conformité. Cependant, il est également important que les utilisateurs prennent leurs responsabilités pour garantir une utilisation en ligne plus sûre et plus responsable.

2/ Le Digital Services Act et les droits fondamentaux

Léa KANN et Coline LE PICAULT, Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Selon Edouard Dubout, « si l'internet a marqué l'avènement d'un nouvel univers, les conflits de droits fondamentaux qui s'y nouent en forment le principal trou noir de la pensée juridique »¹.

En janvier 2022, la Commission a été à l'origine d'une déclaration sur les droits et principes numériques dans l'Union². Cette dernière a pour objectif de rappeler les droits les plus importants dans le contexte de la transformation numérique qui serait centrée, entre autres, sur les citoyens. En outre, le 28 avril 2022, l'Union européenne (UE), les États-Unis et plusieurs partenaires internationaux ont proposé une déclaration pour l'avenir de l'internet³ qui expose une vision et des principes pour un internet digne de confiance. Dans celle-ci s'inscrit le souhait d'un internet ouvert, libre, mondial, interopérable, fiable et sûr. Les partenaires ont déclaré vouloir assurer la protection et le respect des droits de l'Homme en ligne et dans le monde numérique. Quid du caractère juridiquement contraignant, outre l'engagement politique, de ces deux actes ? Si ces déclarations donnent un espoir quant à la protection des droits fondamentaux dans le domaine du numérique, elles restent trop peu efficaces car dépourvues de valeur normative.

Le sujet de l'encadrement juridique des activités sur internet a été abordé par l'Union européenne dès les années 2000 avec la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de

l'information. Devenue aujourd'hui obsolète, elle a établi des règles harmonisées concernant les exigences en matière de transparence et d'informations imposées aux fournisseurs de services en ligne.

Parallèlement au développement d'internet et des réseaux sociaux, l'Union a souhaité mettre en place de nouvelles normes. Ainsi, le 16 décembre 2020, la Commission européenne a présenté un paquet législatif composé de deux propositions de règlements pour réguler le numérique. Il s'agit du *Digital Services Act* (DSA) et du *Digital Markets Act* (DMA). Ensemble, ils prévoient de nouvelles règles qui sont ou seront applicables très prochainement dans l'Union afin de créer un espace numérique plus sûr et plus ouvert. Différents acteurs ont été consultés dans le cadre de l'élaboration de ces textes. Ainsi, les autorités nationales, les utilisateurs des services numériques, les organisations internationales ou même le grand public ont pu donner leur point de vue sur les services numériques.

Après presque deux ans de travail et de nombreuses discussions au sein du Conseil de l'Union, ce dernier a définitivement approuvé le texte du DSA le 4 octobre 2022 après une première lecture du Parlement européen. Le 19 octobre 2022, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont signé le DSA qui a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 27 octobre 2022. L'adoption du DSA est intervenue au moment de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne qui a eu un rôle important dans sa mise en place. La France a confirmé sa volonté de mieux encadrer les activités des grandes plateformes du numérique sur le territoire européen. Elle avait anticipé cette échéance en prenant l'initiative de la mise en place des

¹ É. Dubout, « Les conflits de droits fondamentaux à l'ère numérique », in B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, 2023, p.1.

² Déclaration sur les droits et principes numériques, Commission européenne, communiqué de presse, 26 janvier 2022.

³ Déclaration sur l'avenir de l'internet, Commission européenne, 28 avril 2022.

états généraux de la régulation du numérique en 2018. L'objectif était ainsi de susciter une régulation pérenne grâce au DSA.

Le DSA poursuit des objectifs de modération et de transparence et a été pensé comme un outil au service de la protection des droits fondamentaux au niveau européen en matière de politique du numérique. Ces droits fondamentaux sont définis au sein de l'Union européenne par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui consacre notamment le droit au respect de la vie privée et familiale (article 7), la protection des données à caractère personnel (article 8) ou encore la liberté d'expression et d'information (article 11). D'ailleurs, certains de ces droits sont également protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme (CESDH).

Comme susmentionné, le DSA s'inscrit dans une époque marquée par l'omniprésence d'internet, des réseaux sociaux et du concept de la souveraineté numérique. Si de nombreux avantages peuvent être imputés à l'utilisation de tels services, des dérives sont susceptibles d'apparaître nécessitant une réglementation de ces derniers.

La souveraineté numérique, au cœur de notre sujet, a été définie par Pauline Türk qui met en exergue trois dimensions de cette notion⁴. Selon une approche libérale et individualiste, elle considère que la souveraineté numérique renvoie à la souveraineté des citoyens en ce sens que ce sont eux qui deviennent acteurs de la souveraineté numérique en utilisant les plateformes sur internet. Les données qu'ils génèrent permettent ainsi aux entreprises de les exploiter et font leur richesse.

Le DSA est-il un instrument juridiquement efficace quant à la protection des droits fondamentaux ?

⁴ P. Türk et C. Vallar, *La souveraineté numérique, le concept, les enjeux*, Collection Droit public, Mare et Martin, 2018.

L'objet du DSA est d'assurer une protection des droits fondamentaux (I). Cependant, d'un point de vue substantiel, cette protection est en pratique insuffisante et critiquable (II).

I. Le DSA comme instrument de protection des droits fondamentaux

La base juridique du DSA est l'article 114 TFUE qui prévoit la mise en place de mesures destinées à assurer le fonctionnement du marché intérieur. Ce domaine relève d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres et le principe de subsidiarité prévu à l'article 5 du TFUE s'applique aux questions relevant de ce type de compétence. En application de ce principe, l'Union semble la mieux à même de répondre aux objectifs de la politique du numérique à l'échelle européenne.

L'idée générale sous-jacente aux règles établies dans le DSA est le principe selon lequel tout ce qui est illégal hors ligne l'est également en ligne. De ce fait, le DSA a été pensé dans l'optique de lutter contre la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables ou de produits illégaux tels que des attaques racistes, des images pédopornographiques, la désinformation ou encore la vente de drogues. Il vise à encadrer les activités du numérique sur le plan sociétal et économique en régulant le pouvoir des grandes plateformes numériques et en les responsabilisant. En ce sens, ledit règlement a pour vocation de protéger les droits fondamentaux des citoyens européens à l'heure où ceux-ci sont largement menacés sur les plateformes en ligne.

Conformément à l'article 51 de la Charte, cette dernière n'a pas, sauf exceptions consacrées par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne⁵, d'effet direct horizontal mais seulement un effet direct vertical. Cela signifie qu'elle peut être seulement invoquée

⁵ CJUE, 17 avril 2018, aff. C-414/16 et *Bauer*, 6 novembre 2018, aff. C-569/16.

par un individu envers une institution de l'Union ou un État membre lorsque ce dernier met en œuvre le droit de l'Union. Autrement dit, elle n'est pas invocable entre deux personnes privées. Cependant, avec le DSA qui prévoit la protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte, il est possible de s'interroger sur une éventuelle consécration d'un effet direct horizontal de la Charte (entre une personne privée et une plateforme numérique, personne morale de droit privé), dans le domaine très précis du droit du numérique. L'effet direct horizontal de la Charte est un point très discuté, notamment selon Julie Rondu qui expose la difficulté de reconnaître un tel effet à ce texte⁶. En définitive, c'est la Cour qui pourra se prononcer sur ce point, mais pour le moment, elle ne l'a pas fait.

L'objectif de protection des droits fondamentaux par le DSA apparaît dans son premier article. En effet, il est indiqué qu'il prévoit « des règles harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable qui facilite l'innovation et dans lequel les droits fondamentaux consacrés par la Charte [...] sont efficacement protégés ». De plus, certains de ces droits fondamentaux sont cités dans le corps du DSA, notamment à l'article 34 qui mentionne le droit fondamental à la dignité humaine (article 1 Charte), au respect de la vie privée et familiale (article 7 Charte) et à la protection des données à caractère personnel (article 8 Charte). Ainsi, la protection des droits fondamentaux par le DSA est au cœur d'une autre dimension de la souveraineté numérique : la dimension humaniste, protectrice des droits et principes ainsi que la défense de la *e-privacy*.

Enfin, le DSA prévoit l'interdiction de la publicité ciblée pour les mineurs. Cette

⁶ J. Rondu, « L'effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, dir. A. Iliopoulou-Penot et L. Xenou, Bruylant, 2020.

dernière permet aux plateformes numériques de prendre en compte les besoins de l'utilisateur en utilisant ses données personnelles telles que l'orientation sexuelle ou la religion afin de lui proposer des publications spécifiques. L'interdiction imposée par le DSA est remarquable et significative car elle vise à protéger des droits fondamentaux tels que le respect à la vie privée de personnes vulnérables comme les mineurs.

II. Une protection insuffisante du DSA eu égard aux droits fondamentaux

Avant tout, si les droits fondamentaux sont difficilement protégés dans la vraie vie, leur protection sur internet est encore plus compliquée à mettre en place. Effectivement, le numérique est au service de l'instantanéité de l'information et, par ce phénomène, l'information litigieuse est parfois difficile à déceler au vu de la quantité diffusée sur les plateformes numériques. En outre, les conflits de droits fondamentaux en ligne sont davantage difficiles à résoudre dû au fait qu'ils sont à la fois « dé-spatialisés » et « dé-temporalisés ». Ils se présentent ainsi comme étant quasiment insolubles selon Edouard Dubout⁷.

Ainsi, l'ambition du DSA de protéger les droits fondamentaux n'est pas observable en pratique. En effet, il s'agit finalement d'un instrument lacunaire quant à la protection effective de ces derniers. Cela s'illustre notamment par le fait que les droits fondamentaux sont essentiellement mentionnés dans les considérations préliminaires du DSA et insuffisamment dans le corps même de ce dernier.

Ensuite, un problème d'indépendance et d'impartialité dans la protection allouée aux droits fondamentaux par le DSA peut être

⁷ É. Dubout, « Les conflits de droits fondamentaux à l'ère numérique », in B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, 2023, p.2.

identifié. En ce sens, le DSA impose aux plateformes numériques de juger la légalité d'un contenu par rapport aux droits fondamentaux. Cependant, ces dernières doivent donc protéger les droits fondamentaux alors que ce sont précisément elles qui sont accusées de commettre des violations.

Parmi leurs obligations, les plateformes numériques doivent faire des rapports et expliquer l'incidence de leur fonctionnement sur la protection des droits fondamentaux. Or, ce processus n'est ni impartial ni indépendant. Des agents indépendants de ces plateformes numériques tels que des experts nationaux seraient plus appropriés à l'objectif de protection des droits fondamentaux. Également, il faut savoir quel droit s'applique : droit de l'Union ou droit national ? Si c'est le droit de l'UE cela signifie que les droits fondamentaux deviennent un élément de légalité dans le cadre du DSA.

De plus, le DSA consacre l'absence d'obligation générale de surveillance (consacrée par la directive e-commerce). Cependant, la distinction entre le statut d'hébergeur et d'éditeur tend à disparaître. En effet, les plateformes sont de plus en plus considérées comme des éditeurs et non plus seulement comme des hébergeurs car elles ont la main sur les publications. Dès lors, ne serait-il pas plus pertinent de mettre en place une surveillance généralisée afin de protéger réellement les droits fondamentaux ?

En outre, il est possible de voir une limitation de la protection des droits fondamentaux en ce que les obligations des plateformes diffèrent selon leur taille et leur nombre d'utilisateurs. Les obligations des plateformes peuvent ainsi viser à limiter excessivement les droits fondamentaux comme la liberté d'expression. Il est possible de se poser les questions suivantes: la sévérité des obligations qui peut être retenue à l'encontre des grandes plateformes numériques n'est-elle pas disproportionnée ? Ne faudrait-il pas les appliquer à toutes les sortes de plateformes ? Car en voulant protéger

ce qu'il se passe sur les plateformes les plus utilisées, celles qui le sont moins peuvent être le théâtre de violations des droits fondamentaux.

Aussi, des carences peuvent être relevées concernant le système de suppression des contenus litigieux. Même si les contenus signalés le sont majoritairement par des humains, des mécanismes automatisés fondés sur des algorithmes sont chargés de cette tâche. Ce traitement par des machines permet de suivre le rythme effréné des publications. Si cela peut être vu comme favorisant une certaine neutralité, les machines peuvent être à l'origine d'approximations et d'erreurs dans l'interprétation des contenus publiés, ce qui peut causer un préjudice à la personne qui s'est exprimée. Comment un algorithme peut, sans intervention humaine, dire qu'il y a violation ou non d'un droit fondamental ? Des considérations juridiques nécessitent une réflexion humaine.

Enfin, si le DSA est censé protéger les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression, il faut faire attention à ne pas basculer dans l'exercice d'une forme de censure privée concernant les contrôles des contenus en ligne.

Le DSA permet une prise en considération des droits fondamentaux des individus par le biais de mécanismes d'alerte, de sanction, de contrôle et de régulation mais certaines lacunes persistent du point de vue de ses destinataires et du contenu litigieux visé.

La création d'une Charte des droits et principes du numérique à l'image de la Charte des droits fondamentaux serait-elle une solution afin de consacrer une véritable protection des droits fondamentaux à l'aune d'une souveraineté numérique grandissante ?

3/ Le Digital Services Act : vers l'accès aux algorithmes des plateformes numériques, enfin ?

Berkay KESKIN, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

À l'heure de l'Europe numérique, il semble plus que nécessaire de revigorer le débat public sur la question de l'accès aux algorithmes des plateformes numériques. Non seulement parce qu'il est important que tous les citoyens européens puissent mieux connaître les rouages des applications qu'ils utilisent au quotidien, mais aussi parce qu'il est essentiel que les législateurs européens puissent assurer la conformité des algorithmes au regard du droit de l'Union européenne. En effet, dans la mesure où une certaine méconnaissance subsiste sur le fonctionnement des algorithmes créés par les acteurs du numérique, il ne peut être clairement établi que ces programmes complexes respectent un cadre législatif et éthique qui soit en adéquation avec les valeurs de l'Union européenne. Ainsi, promouvoir l'accès aux algorithmes des plateformes numériques, c'est promouvoir la transparence du numérique à l'égard des citoyens et des institutions pour plus de démocratie.

À l'échelle de l'Union européenne, cette question est d'autant plus importante puisqu'elle est étroitement liée aux problématiques de « souveraineté numérique » ou de « gouvernance des données »¹.

Ce faisant, il est légitime de se demander si la réglementation européenne permet aujourd'hui l'accès aux algorithmes. Le nouvel outil juridique que l'Union européenne a adopté en matière de services numériques étant le règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive

¹ Ollier, J.-Y., « La gouvernance européenne des données » in Bertrand, B. (dir.), *La politique européenne du numérique*, 1e édition, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 735-768.

2000/31/CE², il serait intéressant de voir si, au regard de cet acte, la Commission offre la possibilité aux citoyens et aux institutions d'accéder aux algorithmes des plateformes numériques.

I. L'accès limité aux algorithmes des plateformes numériques pour les citoyens

Concrètement, le règlement sur les services numériques ne permet pas aux citoyens d'avoir un accès direct aux algorithmes des plateformes numériques. Cependant, dans le considérant 45 du règlement, la Commission fixe les règles principales que les fournisseurs de services intermédiaires doivent respecter. Le législateur européen souhaite que ces derniers indiquent clairement dans leurs conditions générales les motifs pour lesquels ils pourraient être susceptibles de restreindre la fourniture de leur service au public. À ce titre, la Commission impose que les fournisseurs incluent dans leurs conditions générales des renseignements comprenant des informations sur « la prise de décision fondée sur des algorithmes et le réexamen par un être humain »³. Ces informations doivent être énoncées « dans un langage clair, simple, intelligible, aisément abordable et dépourvu d'ambiguïté, et sont mis à la disposition du public dans un format

² Le DSA (Digital Services Act) constitue avec le règlement 2022/1925 du 14 septembre 2022 sur les marchés numériques (DMA) un des grands chantiers numériques de l'Union européenne. Le DSA fixe un ensemble de règles pour lutter contre la diffusion de contenus illicites ou préjudiciables ou de produits illicégaux.

³ Article 14 du règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

facilement accessible et lisible par une machine »⁴. Même si des renseignements supplémentaires dans les conditions générales peuvent être utiles pour tout citoyen, ceux-ci ne donnent pas d'informations concrètes sur les algorithmes utilisés. L'article 15 sur les obligations en matière de rapports de transparence incombant aux fournisseurs de services intermédiaires et l'article 24 sur les obligations en matière de rapports de transparence incombant aux fournisseurs de plateforme en ligne n'apportent pas plus de réponses aux interrogations populaires. Non seulement les deux articles précités ont un champ restreint, de sorte que lesdits rapports de transparence devant être réalisés par les services intermédiaires et les plateformes ne concernent que les activités de modération de contenu auxquelles ces acteurs se seraient livrés sur une période donnée, mais surtout, les deux articles n'évoquent tout simplement pas d'obligation de mettre à disposition du public des informations sur les algorithmes utilisés. Il n'y a d'ailleurs aucune référence directe aux algorithmes dans ces articles, pas plus que dans d'autres articles tout aussi importants : l'article 27 concernant la transparence du système de recommandation, l'article 28 concernant la protection des mineurs en ligne, l'article 30 sur la traçabilité des professionnels ni l'article 32 du règlement qui concerne le droit à l'information. Bien qu'il ne soit pas étonnant de voir que le législateur européen a fait le choix de préserver l'intérêt du secret professionnel et commercial des plateformes numériques en la matière, une réflexion intéressante pourrait être faite par articulation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, disposant de la liberté d'expression. Cet article, qui comprend notamment la liberté de recevoir des informations, pourrait être pertinent au sujet des algorithmes puisque les citoyens ne disposent toujours pas d'informations précises sur ces derniers.

⁴ *Ibid.*

Néanmoins, le règlement sur les services numériques compense ce manque d'accès par la responsabilisation des plateformes, et plus précisément des très grandes plateformes. Cette responsabilisation imposerait implicitement qu'un contrôle éthique soit effectué par le développeur de l'algorithme, en amont et en aval de sa conception⁵. Cependant, le choix explicite du législateur a été de remettre aux grandes plateformes numériques la responsabilité de contrôler les risques systémiques que pourraient présenter les algorithmes à l'encontre de la société ou des droits fondamentaux⁶, ce qui ne manquera pas de susciter quelques critiques. Cela implique que les très grandes plateformes mettent en place des mesures d'atténuation des risques systémiques, par application de l'article 35 du règlement, et qu'*in fine* les algorithmes respectent un standard minimum d'éthique.

II. Le pouvoir d'accès de la Commission et du coordinateur pour les services numériques aux algorithmes des très grandes plateformes numériques

Pour rappel, les très grandes plateformes numériques qui sont visées dans le règlement DSA sont celles qui, au sens de l'article 33, fournissent et « qui ont un nombre mensuel moyen de destinataires actifs du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions ». Cette catégorie fait référence aux GAFAM (Google, Apple, Meta, Amazon, Microsoft).

Rappelons d'autre part que le règlement sur les services numériques institue le rôle de « coordinateur pour les services numériques » dans chaque Etat membre. Le coordinateur est une autorité indépendante désignée au sein de son Etat, et qui a la fonction de contrôler le respect du règlement DSA dans son pays et de

⁵ Article 25 du règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

⁶ Considérant 81 et article 34, 1. b) du règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

recevoir les plaintes à l'encontre des intermédiaires en ligne.

L'article 40 sur l'accès aux données et au contrôle des données du règlement dispose qu'à l'initiative du coordinateur pour les services numériques de l'État membre d'établissement (du fournisseur) ou de la Commission, il pourra être exigé des très grandes plateformes en ligne qu'elles fournissent une explication détaillée sur « la conception, la logique, le fonctionnement et la procédure de test de leurs systèmes algorithmiques, y compris leurs systèmes de recommandation »⁷. Les chercheurs agréés affiliés à un organisme de recherche, au sens de l'article 2 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, bénéficient également de l'application de l'article 40. Ces chercheurs sont issus d'organisations de la société civile qui mènent des recherches scientifiques dans un but d'intérêt public. À noter que « la prise en compte des intérêts commerciaux des fournisseurs ne devrait pas conduire à un refus d'accès aux données nécessaires à l'objectif de recherche spécifique lié à une demande introduite au titre du présent règlement »⁸, même si cette supposition de considérant ne se solde d'aucune traduction juridique concrète dans les articles du règlement. Nonobstant cela, l'article 69 du règlement met en place un pouvoir d'enquête aux mains de la Commission sur les très grandes plateformes numériques. En vertu de ce pouvoir, les fonctionnaires et les personnes mandatées par la Commission peuvent exiger du fournisseur d'une très grande plateforme en ligne qu'il donne directement accès à ses algorithmes dans le cadre d'inspections⁹. Ces inspections relèvent des tâches qui sont assignés à la Commission dans le cadre de la section 4 du règlement « Surveillance, enquêtes, exécution et contrôle concernant les fournisseurs de très grandes plateformes en

ligne ou de très grands moteurs de recherche en ligne ». Le fournisseur doit fournir des explications enregistrées et documentées aux enquêteurs. Aussi, l'accès aux données algorithmiques est également permis dans le cadre des mesures de contrôle de la Commission sur les très grandes plateformes en ligne¹⁰. Enfin, le paragraphe 2 de l'article 37 prévoit que la Commission puisse avoir accès à « toutes les données et à tous les locaux pertinents » des fournisseurs des très grandes plateformes numériques dans le cadre d'audits annuels. Ces audits, réalisés par des experts indépendants, auront pour objectif de vérifier si les fournisseurs respectent les obligations prévues dans le règlement. Les auditeurs devront satisfaire aux exigences d'impartialité, d'éthique et d'objectivité, et seront logiquement choisis en vertu de leur niveau de connaissance élevé « dans le domaine de la gestion des risques et des compétences techniques pour vérifier les algorithmes »¹¹. Les fournisseurs devront notamment donner aux auditeurs « l'accès à l'ensemble des données pertinentes et aux locaux nécessaires pour effectuer correctement l'audit, y compris, le cas échéant, aux données relatives aux systèmes algorithmiques, et en répondant aux questions orales ou écrites »¹². Cette procédure doit notamment respecter des règles en termes de secret professionnel et les auditeurs ne peuvent divulguer aucune information à propos de ces algorithmes au public. Le rapport d'audit doit être transmis au coordinateur pour les services numériques de l'État membre d'établissement du fournisseur, à la Commission et au comité européen des services numériques, nouveau comité mis en place pour les besoins du règlement. Les audits, qui devront être réalisés au moins une fois par an, devront être fait « en temps utile », tout en étant en conformité avec les codes des bonnes pratiques du secteur et les normes d'audit, précise l'article 37 du règlement.

⁷ Article 40, 3. du règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

⁸ Considérant 97 *ibid.*

⁹ Article 69, 2., d) *ibid.*

¹⁰ Article 72 du règlement européen 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022.

¹¹ Considérant 92 *ibid.*

¹² *Ibid.*

En définitive, le règlement sur les services numériques n'opère pas un réel bouleversement en matière d'accès aux algorithmes des plateformes numériques pour le public. Toutefois, il permet à certains acteurs professionnels et institutionnels d'avoir accès aux données algorithmiques dans un cadre juridique bien défini, ce qui constitue une certaine avancée.

4/ Le Data Governance Act : vers un marché unique des données ?

Angéline DIGBY et Kaoutar EL KHANFARI, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Dans sa communication du 19 février 2020 la Commission européenne a exposé sa stratégie pour « créer un véritable marché unique des données »¹. Ses deux piliers sont le règlement sur la gouvernance européenne des données (Data Governance Act) du 30 mai 2022, applicable à compter du 24 septembre 2023 et la proposition de règlement sur les données (Data Act) présentée le 23 février 2022².

Le Data Governance Act (DGA ci-après) est un règlement, adopté sous l'impulsion de la présidence française du Conseil, ayant pour objectif d'assurer une meilleure répartition de la valeur issue de l'utilisation des données personnelles et non personnelles entre les acteurs de l'économie de la donnée.

Il s'inscrit dans le contexte plus large du plan d'action de la Commission européenne visant à assurer la souveraineté numérique de l'Europe à l'horizon 2030 et est complémentaire à la stratégie européenne en matière d'intelligence artificielle.

Selon l'approche juridique soutenue par la Professeure Pauline Türk, la souveraineté numérique serait « la souveraineté des États à l'épreuve d'internet »³. Certains États veulent assurer la continuité de leurs pouvoirs régaliens à travers les différents réseaux tandis que d'autres veulent assurer une protection de leurs concitoyens et de leurs libertés contre ces réseaux.

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une stratégie européenne pour les données », COM/2020/66 final.

² Règlement européen (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées en matière d'accès équitable aux données et d'utilisation COM(2022) final.

³ Pauline Türk, *Revue du droit public*, n°6, page 1489, 2013.

Selon l'approche politico-économique, cette souveraineté serait remise en cause par les GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft) qui, à travers leur monopole, exercent une véritable pression politique sur l'Union européenne du fait de leur poids économique sur le marché intérieur.

Enfin, selon une certaine partie de la doctrine libérale (mouvement libertarien), la souveraineté numérique appartiendrait au peuple. Elle serait alors le pouvoir du peuple de s'autodéterminer dans le cyberspace. Les citoyens pourraient ainsi exprimer leurs préférences à travers les applications et jouir des biens du cyberspace comme des consommateurs. Cette approche fait également écho au droit à la protection des données personnelles, au droit à l'oubli et au droit à « l'auto-détermination informationnelle ».

Alors que l'organisation des écosystèmes de données est laissée au secteur privé aux États-Unis et que le régime chinois exerce une surveillance généralisée de ses citoyens et un contrôle fort de ses grandes entreprises, Bruxelles veut tracer une troisième voie. Son objectif : favoriser l'échange de données « tout en préservant des normes élevées en matière de protection de la vie privée, de sécurité, de sûreté et d'éthique »⁴.

À la vue de cet objectif, il conviendrait de se demander dans quelle mesure le Data Governance Act ouvre la voie à la réalisation d'un marché unique des données ?

⁴ Site de la République française, « La Commission européenne rêve d'un marché unique de la donnée », Publié le 19 09 2022, mis à jour le 25 04 2023 : <https://www.bercynumerique.finances.gouv.fr/la-commission-europeenne-reve-dun-marche-unique-de-la-donnee>.

I. Le Data Governance Act, un outil transformant la souveraineté numérique européenne

Adopté sur le seul fondement de l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), à savoir l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, le règlement sur la gouvernance des données à vocation à s'appliquer à des données non personnelles mais aussi à des données à caractère personnel.

Il est par ailleurs intéressant de souligner que le choix du règlement en tant qu'instrument juridique se justifie par la prédominance d'éléments qui requièrent une application uniforme ne laissant aucune marge de mise en œuvre aux États membres.

La doctrine estime que cette libre circulation des données peut être qualifiée de cinquième liberté s'ajoutant aux quatre libertés constitutives du marché unique européen que sont la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Cette vision de la doctrine peut être justifiée par le fait que les institutions législatives ont fait le choix de l'article 114 TFUE plutôt que l'article 16 TFUE ayant égard à la protection des données à caractère personnel.

La création d'un marché unique des données nécessiterait un certain nombre de mesures pour réglementer la collecte, le stockage, la gestion et la protection des données. Cela inclurait la mise en place de normes communes pour la gestion des données, la sécurité et la confidentialité, ainsi que la clarification des droits de propriété intellectuelle. C'est en ce sens que le DGA peut ouvrir la voie à la réalisation d'un marché unique des données en Europe en créant un environnement réglementaire cohérent et en encourageant la circulation des données au sein de l'Union.

C'est dans cette optique que le DGA vise la création d'un environnement sûr dans lequel les données peuvent être partagées entre les secteurs et les États membres dans l'intérêt de la société et de l'économie. L'Union voit aussi en acte législatif des opportunités pour faire de l'Europe un véritable pôle d'innovation. Les différentes mesures issues du règlement visent à promouvoir l'accessibilité des données en vue de leur exploitation, à renforcer les mécanismes de partage de données et à améliorer la confiance dans les intermédiaires de données.

Le choix de l'expression « Governance » n'est pas anodin puisque ce texte a un rôle de structuration des échanges et vient donc compléter la proposition de Data Act de la Commission qui précise quels sont les acteurs qui peuvent créer de la valeur à partir des données et dans quelles conditions.

Par ailleurs, le DGA comprend dans son champ d'application aussi bien les données à caractère personnel qu'à caractère non-personnel, provenant de divers secteurs. Cependant, les seules données concernées par cette réutilisation sont celles des organismes du secteur public intégrant l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou organismes. Ainsi, la réutilisation des données du secteur privé et des entreprises publiques se retrouvent exclue du champ du règlement. Il conviendra de souligner l'effet extraterritorial du règlement. En effet, tout comme le règlement général sur la protection des données, le DGA s'applique aux entreprises situées dans un État tiers qui exercent leur activité sur le territoire de l'Union européenne.

Le partage des données dans le cadre du DGA, se fera au travers d'outils tels que le service intermédiaire et le service altruiste. Les services intermédiaires sont définis par le règlement comme visant à établir des relations commerciales à des fins de partage de données

entre des personnes concernées ou des détenteurs de données avec des « utilisateurs de données ». Ces prestataires pourront utiliser le label « Prestataire de services d'intermédiation de données reconnu dans l'Union ». Quant à l'altruisme des données, il s'agit du partage volontaire de données, sans contrepartie, basé sur le consentement des personnes concernées (données à caractère personnel), ou sur les autorisations accordées par d'autres titulaires de données (données à caractère non-personnel) afin de les exploiter à des fins d'intérêt général. Contrairement au service d'altruisme pour qui cela est facultatif, il pèse sur les services intermédiaires une obligation de certification. Les organismes devront garantir que la vie privée des utilisateurs et que la confidentialité des données soient pleinement préservées.

Le DGA prévoit également la création d'un conseil de l'innovation en matière de données. Il s'agit d'un groupe d'experts qui sera chargé de formaliser les meilleures pratiques en la matière pour les Etats membres.

En outre, le DGA établit des règles claires pour la gouvernance des données, notamment en ce qui concerne la responsabilité de la gestion des données, la transparence des pratiques de traitement des données, la portabilité des données et la protection des droits de propriété intellectuelle. Ces règles peuvent encourager les entreprises à partager plus facilement leurs données avec d'autres entreprises et à exploiter pleinement le potentiel des données pour stimuler l'innovation et la croissance économique.

Ayant égard à la rémunération des services intermédiaires, la réutilisation des données peut être soumise au versement d'une redevance qui ne peut pas dépasser les coûts de mise à disposition. La base de ce calcul sera les « coûts liés au traitement des demandes de

réutilisation »⁵ mais reste à définir ces coûts ainsi que le moyen de les calculer.

II. Le Data Governance Act, un outil européen face à de nombreux obstacles et risques

Si le Data Governance Act promet de favoriser la disponibilité des données et la libération des données industrielles, il convient de ne pas laisser en marge certains points d'alerte.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, une économie européenne de la donnée implique une libre circulation des données au sein de l'Union européenne entre les différents secteurs. Cette libre circulation doit être effectuée dans l'intérêt de tous, en conservant une protection importante des dispositions relatives à la protection de la vie privée, des données et du droit de la concurrence.

Le *Data Governance Act* se veut être un important moteur d'innovation et création d'emplois grâce à l'accroissement de la disponibilité des données. En pratique, cette disponibilité des données implique plusieurs améliorations :

- La possibilité pour le secteur public de transformer ses politiques afin d'aboutir à une gouvernance plus transparente et des services publics plus efficaces ;
- Les entreprises et les particuliers seront en mesure de développer des produits et services innovants grâce aux données de santé, données de mobilité, données environnementales, données agricoles, données de l'administration publique, etc. À titre d'exemple, un partage plus important des données de santé a permis d'accélérer la sortie de la crise sanitaire mondiale de la COVID-19. De même, un partage plus important des données environnementales laisse à penser qu'une plus

⁵ Article 6 paragraphe 5 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), COM/2020/767 final, 2020/0340(COD).

grande harmonisation et une plus grande solidarité pourraient exister dans la lutte contre le changement climatique ;

- Une réduction des coûts d'acquisition, d'intégration et de traitement des données dont les entreprises seront les premières bénéficiaires;
- Ainsi, les impacts du *Data Governance Act* semblent être majeurs et permettraient, grâce à une confiance accrue et un soutien affirmé dans la création et le développement, d'apporter des réponses dans des secteurs d'importance au sein de l'Union européenne.

Si une économie européenne de la donnée peut avoir divers impacts intéressants au sein de l'Union européenne, la CNIL et ses homologues alertent toutefois sur l'articulation entre le *Data Governance Act* et le *Data Act* avec le Règlement générale sur la protection des données (RGPD) et sur l'absence de désignation d'autorités compétentes.

Se pose la question de l'articulation entre *Data Governance Act*, *Data Act* et RGPD.

Au sein de leur avis conjoint 03/2021 sur le *Data Governance Act*⁶, le *European data protection board* (EDPB) et le Comité européen de la protection des données (CEPD) avaient alerté le législateur européen afin qu'ils s'assurent que le *Data Governance Act* et le *Data Act* ne portent pas atteinte à la protection des données personnelles. Le considérant 4 du *Data Governance Act* précise qu' « en cas de conflit entre le présent règlement et le droit de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel ou le droit national adopté conformément audit droit de l'Union, le droit de l'Union ou le droit national applicable relatif à la protection des données à caractère personnel devrait prévaloir ».

⁶Site du European Data Protection Board, « Avis conjoint 03/2021 de l'EDPB et du CEPD sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données) » : https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edp-bedps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-032021-proposal_fr.

Par ailleurs, la CNIL⁷ et ses homologues alertent également le législateur européen concernant l'absence de désignation des autorités chargées de la protection des données pour l'application du *Data Governance Act* et du *Data Act*. Cette absence de désignation risquerait de complexifier l'application des règlements et la cohérence avec le RGPD. Le législateur a néanmoins indiqué que les autorités de protection des données pouvaient être considérées comme les autorités compétentes pour l'application du *Data Governance Act* et elles devraient également être compétentes s'agissant de l'application du *Data Act*. Il est naturel de considérer ces autorités comme compétentes dès lors qu'elles veillent à la protection des données et qu'elles sont certainement les mieux placées pour assurer une économie européenne de la donnée saine en cohérence avec la protection des données.

En tout état de cause, le *Data Governance Act* sera appliqué dès le 24 septembre 2023 et le *Data Act* devrait suivre une fois que son adoption aura eu lieu. Dès lors que ces deux textes sont des règlements européens, ils sont d'application directe et deviennent automatiquement contraignants dans toute l'Union européenne à compter de la date de leur entrée en vigueur. Il appartiendra donc aux entreprises de s'y conformer immédiatement.

Il reviendra cependant aux Etats membres de déterminer le régime des sanctions applicables aux violations desdits règlements et les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre de ces sanctions. Ces sanctions devront en effet être effectives, proportionnées et dissuasives.

S'agissant du *Data Governance Act*, les Etats membres devront notamment prendre en compte, pour mettre en place ce régime de sanctions, les recommandations du comité européen de l'innovation en matière de données ainsi qu'un certain nombre de critères

⁷ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

indicatifs et non-exhaustifs fixés par le règlement lorsque ces sanctions seront applicables aux prestataires de services d'intermédiation et aux organisations altruistes (nature, gravité, ampleur, durée de l'infraction, circonstances aggravantes ou atténuante, avantage financier perçu ou perte évitée, mesures prises pour atténuer ou réduire le préjudice...). Les Etats membres ont jusqu'au 24 septembre 2023 pour informer la Commission européenne du régime de sanctions déterminé et des mesures prises.

5/ L'insuffisante prise en compte des droits fondamentaux dans la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle (IA-Act)

Justine COLOMBIÉ, Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Stephen Hawking, un éminent physicien théoricien et cosmologiste britannique, a avancé que la création d'une intelligence artificielle constituerait l'événement le plus significatif de l'histoire de l'humanité. Toutefois, il a souligné que cette innovation sans précédent pourrait également s'avérer être la dernière. Ce constat met en évidence les attentes significatives et les potentiels dangers de l'intelligence artificielle (IA).

Elle peut être définie comme un « ensemble de théories et de techniques mises en œuvre en vue de réaliser des machines capables de simuler l'intelligence humaine »¹.

Au vu du développement exponentiel ces dernières années de cette intelligence artificielle, des institutions et organisations telles que le Conseil de l'OCDE, le Secrétariat Général des Nations Unies, ou encore le Conseil de l'Europe² ont commencé à réfléchir à la place des droits fondamentaux dans le domaine de l'IA. En conséquence, ils ont adopté des instruments de *soft law* pour commencer à légiférer dans ce domaine, ce qui a incité des États comme l'Espagne ou le Canada à adopter une Charte du numérique conférant des droits nouveaux spécifiques à l'utilisation de l'IA.

Le 21 avril 2021, la Commission européenne marque un tournant dans l'histoire de l'IA. En effet, la Commission a adopté une proposition établissant des règles harmonisées en matière d'IA, une initiative remarquable qui, représentera le premier acte juridique contraignant au monde concernant l'intelligence artificielle³. Cette étape constitue une réponse nécessaire aux nouveaux enjeux juridiques posés à l'ère du numérique, et illustre la volonté d'une

collaboration internationale entre les États pour protéger les droits fondamentaux dans ce domaine⁴.

Conformément à la procédure législative ordinaire⁵, la Commission a soumis une proposition de règlement entrant en première lecture au Conseil de l'UE, qui l'a amendée et soumise au Parlement européen en avril 2022. Après des mois de négociations, la proposition a été adoptée par le Parlement européen, le 14 juin 2023. Selon Kai Zenner⁶, travaillant pour le député Axel Voss du Groupe du Parti Populaire européen (Démocrates-Chrétiens)⁷, l'acte désormais soumis au Conseil en deuxième lecture sera adopté dans sa version finale en décembre 2023 au plus tard, ce qui constituerait un véritable record dans une procédure d'adoption d'un règlement, surtout concernant un sujet si complexe. Cette rapidité a été permise par la présidence française au Conseil ainsi que par les futures élections parlementaires de 2024. Au sein du Parlement européen, les partis ont dû s'allier pour faire avancer les négociations sur l'IA-Act afin d'obtenir une majorité, étant donné que l'intelligence artificielle est un sujet susceptible de forts clivages politiques, comme le démontre l'opposition des partis Sociaux-Démocrates et Les Verts à l'adoption de ce règlement, considérant l'IA comme dangereuse pour l'humanité, alors que d'autres la perçoivent comme une opportunité pour combattre les discriminations, ou le dérèglement climatique par exemple.

¹ Dictionnaire *Larousse*, édition 2022.

² Création d'un Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI).

³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'union, COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

⁴ Orientations politiques de 2019-2024 intitulées « Une Union plus ambitieuse ». Publication le 19 février 2020 un livre blanc intitulé « Intelligence artificielle - Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance » : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_fr.pdf.

⁵ Article 294 TFUE, version consolidée, JO C 202 du 7.6.2016, p. 173–175.

⁶ Conférence donnée le 02/02/2023 à l'Université de Paris-Est-Créteil.

⁷ Depuis le 1er juillet 2019, le parti dispose de 182 sièges, soit 25% au total des députés. Il s'agit du groupe ayant le plus grand nombre de députés.

L'IA-Act a été adoptée sur la base juridique du marché intérieur consacré à l'article 114 TFUE, traduisant ainsi la stratégie de l'Union et la finalité du marché unique numérique⁸. De surcroît, l'acte se base sur l'article 16 TFUE concernant la protection des personnes physiques relatif au traitement des données à caractère personnel. Ces bases légales nous donnent donc un premier indicateur des priorités de l'acte, et la protection des droits fondamentaux n'est pas l'une d'entre elles.

De nombreuses critiques ont été émises concernant l'IA-Act, notamment par Kai Zenner⁹, qui met en lumière l'insuffisance de la protection des droits fondamentaux dans cette proposition, essentiellement basée sur la bipolarisation entre les risques et les opportunités.

L'acte souffre d'une absence de consécration explicite des droits fondamentaux (I), liée au choix de la méthode fondée sur les risques adoptée par la Commission (II). C'est la raison pour laquelle Kai Zenner propose une décomposition des secteurs concernant l'IA et critique l'acte et son manque d'efficacité (III). Le risque d'un règlement trop large est qu'il met à mal l'utilité même de l'instrument de régulation ne protégeant pas ainsi les droits fondamentaux (IV).

I. Une absence de consécration explicite des droits fondamentaux au sein de l'IA-Act

Au sein de l'IA-Act, aucune référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est faite. Cependant, la proposition dispose d'un considérant qui cite la Charte, qui émet une liste, certes non exhaustive, mais qui énumère des droits fondamentaux à protéger, ainsi que la mention de situation concrète où ces droits fondamentaux pourraient être impactés et ingérés. Cette brève mention de la Charte vise à établir « des normes communes pour les systèmes d'IA à haut

⁸ Définition de l'IA donné au considérant (3) de l'IA-Act : « L'intelligence artificielle est une famille de technologies en évolution rapide susceptible de contribuer à un large éventail de bienfaits économiques et sociaux touchant l'ensemble des secteurs économiques et des activités sociales. ».

⁹ *Ibid* n°6.

¹⁰ Considérant (13) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'union? COM/2021/206 final :

risque afin d'assurer un niveau cohérent et élevé de protection des intérêts publics relatifs à la santé, à la sécurité et aux droits fondamentaux »¹⁰.

Cette distinction entre la sécurité, la santé et les droits fondamentaux est intéressante dans la mesure où elle semble suggérer que la sécurité et la santé jouissent d'un statut particulier, distinct du corpus des droits fondamentaux. La sécurité est effectivement au cœur de l'IA-Act, bien distincte de l'objectif de protéger les droits fondamentaux des citoyens européens. En effet, l'esprit du règlement s'inscrit dans une logique de sécurisation préventive contre les risques pour la santé inhérents aux systèmes d'IA.

De plus, une autre distinction est émise par l'acte ; à savoir dès que le considérant mentionne les droits fondamentaux, les valeurs de l'Union sont mentionnées en parallèle. Cette approche tend à amoindrir le caractère impératif et normatif des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, et vise à renforcer la portée des valeurs de l'Union européenne¹¹.

Malheureusement, ce considérant sera dépourvu d'effet juridique lorsque la proposition entrera en vigueur.

II. Les limites de l'approche fondée sur les risques concernant la protection des droits fondamentaux

La Commission a poursuivi une approche basée sur la pyramide des risques allant des risques acceptables, aux modérés, puis les hauts risques et enfin les risques inacceptables. Concernant les systèmes d'IA à haut risques, cette classification ne dépend pas uniquement de la fonction remplie par ce système, mais également de la finalité et des modalités spécifiques pour lesquelles il est utilisé. Surtout comment s'assurer que l'intelligence artificielle ne prenne pas de décisions biaisées ? Dans leurs articles respectifs, « De la promesse de l'aube aux liaisons dangereuses »¹² et « Vers une

« Afin d'assurer un niveau cohérent et élevé de protection des intérêts publics en ce qui concerne la santé, la sécurité et les droits fondamentaux, il convient d'établir des normes communes pour tous les systèmes d'IA à haut risque. Ces normes devraient être conformes à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne non discriminatoires et compatibles avec les engagements commerciaux internationaux de l'Union. ».

¹¹ Article 2 TUE, version consolidée, *JO C 202 du 7.6.2016*, p.17-17.

¹² G. Marti, « Justice et intelligence artificielle : de la promesse de l'aube aux liaisons dangereuses », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, N°1, 2022.

intelligence artificielle maîtrisée par l'humain »¹³, la professeure Gaëlle Marti et la docteure Andrea Kracheler s'interrogent sur la capacité d'une IA à rendre la justice et sur l'ambiguïté qui entoure la possibilité pour l'IA de prévenir ou de perpétuer des discriminations. En effet, si l'IA peut prévenir les discriminations commises par les humains, serait-elle capable également de prendre des décisions positives basées sur une forme de discrimination nécessaire dans le domaine de la santé par exemple ?

L'autre point majeur très problématique qui résulte du choix de l'approche adoptée par la Commission, est le fait que le règlement ne prévoit aucune voie de recours à l'encontre du fournisseur pour les personnes concernées par une décision prise à l'aide d'un système d'intelligence artificielle. Se pose la question de la responsabilité des fournisseurs, opérateurs, commerçants et autres personnes physiques ou morales intervenant dans le processus de la chaîne de production de l'IA qui a provoqué un dommage. Il est donc difficile de caractériser le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur lorsqu'il provient d'une machine ou d'une technologie.

La Commission justifie qu'elle a pris un autre acte législatif distinct à savoir la proposition de directive du 28 septembre 2022 visant une adaptation de la directive relative à la responsabilité du fait de produits défectueux. Il n'en reste pas moins surprenant d'avoir une législation éparse et dispersée sur des questions si fondamentales.

En somme, Kai Zenner¹⁴ définit cet acte comme un ensemble disparate de bonnes intentions et de volonté conduisant à une mauvaise articulation entre tous les instruments juridiques déjà en vigueur et à une protection insuffisante des droits fondamentaux des citoyens. De plus, selon lui, seulement 5 à 15% des systèmes d'IA seraient concernés par l'IA-Act, ce qui amoindrirait fortement l'effet de cet acte dans la pratique.

III. Une approche partielle et partielle de l'IA-Act

Il considère que la Commission n'a pas voulu prendre de risques avec cette proposition et il critique le pouvoir d'initiative législative de la Commission, qui impose sa vision aux colégislateurs, obligés de travailler à partir du document élaboré.

Il dénonce également le fait que l'acte aurait dû être adopté selon une décomposition des secteurs et des domaines. En effet, les domaines du militaire et de la défense sont exclus. Il aurait été intéressant de réglementer ces secteurs en conformité avec la Politique Commune de Sécurité et de Défense (PESC)¹⁶ par exemple. L'Union a des objectifs très variés avec l'établissement de ses politiques, notamment celle de l'environnement avec le Green Deal, et il aurait été intéressant de concevoir l'apport de l'IA au sein de chaque politique pour chaque secteur, comme pour l'énergie, les transports, l'industrie. Cette décomposition aurait permis de définir pour chaque secteur la place de l'IA, ainsi que les mesures de protection des droits fondamentaux.

IV. Le manque de garantie en cas d'ingérence des droits fondamentaux dans l'IA-Act

1. Une référence floue concernant la norme de protection applicable

Si Kai Zenner¹⁷ exprime le fait qu'il est impossible de prévoir des situations où les droits fondamentaux seraient impactés, cependant, le considérant prévoit quatre situations dans lesquelles ils peuvent être restreints par l'utilisation de systèmes d'IA ; à savoir l'identification dans les espaces publics, les actions des autorités répressives, l'accès à certains services et les contrôles aux frontières. Toutefois, les domaines de l'immigration, de l'asile et des contrôles aux frontières sont particulièrement mis en exergue, et les prestataires de ces services sont tenus de signaler toute violation du *droit national ou de l'Union* en matière de droits fondamentaux. Cette référence est particulièrement surprenante dans la mesure où le droit national et le droit de l'Union européenne ne disposent pas du même champ d'application. En effet, si la situation relève du

¹³ A. Kracheler, « Vers une intelligence artificielle maîtrisée par l'humain ? », *Revue des affaires européennes*, N° 3, 2022, p. 497-506.

¹⁴ *Ibid* n°6.

¹⁶ Article 21 du Traité sur l'Union Européenne (TUE), JO C 202 du 7.6.2016, p. 28-29.

¹⁷ *Ibid* 6.

champ d'application du droit de l'Union européenne, il y a une présomption d'applicabilité de la Charte, bien que cette dernière puisse être remise en question à la lumière de l'arrêt de l'association des juges portugais, qui confère un champ d'application plus large au droit de l'Union qu'à la Charte¹⁸.

En revanche, si la situation relève du droit national, la référence applicable sera celle des droits fondamentaux protégés par la Constitution nationale en question. Cette mention assez floue rappelle la formulation de l'article 52 paragraphe 3 de la Charte, selon laquelle la norme applicable sera celle qui confère un niveau de protection plus élevé, laissant ainsi aux États membres l'opportunité d'appliquer leur Constitution nationale. Cependant, il convient de souligner que la Cour de justice de l'Union européenne a déjà statué dans son arrêt Melloni¹⁹ que l'application de la norme nationale ne doit pas mettre en cause le droit de l'Union européenne, et un même raisonnement peut être ici transposé.

2. Une ingérence des droits fondamentaux non prévue par l'acte

Il apparaît que la manière la plus efficace de protéger les droits fondamentaux, serait de prévoir expressément les situations où ils peuvent être ingérés. Si des droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restriction²⁰, cette ingérence doit être proportionnée au but poursuivi, et être prévue légalement. Concernant cette ingérence, elle ne concerne que les droits fondamentaux qui ne sont pas absolus et la portée de l'ingérence doit être explicitement prévue par l'acte. L'IA-Act ne contient pas de telles règles précises et claires. Nous pouvons nous attendre à ce qu'elle fasse l'objet de contestation devant la Cour de justice de l'Union européenne, comme c'est le cas dès lors qu'il s'agit d'une législation floue et non précise. En effet, une analogie peut être effectuée avec l'arrêt Digital Right de 2014²¹,

¹⁸ CJUE, Gde Ch, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pts 40-41.

¹⁹ CJUE (grande chambre), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C 399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁰ 52§1 de la Charte des Droits Fondamentaux, (2012/C 326/02).

²¹ CJUE (grande chambre), 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the*

où la Cour a invalidé une directive de l'Union car elle n'était pas précise sur la conservation des données, et que « la directive ne prévoit pas de règles claires et précises régissant la portée de l'ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte ». Un tel raisonnement pourra être émis par la Cour contre l'IA-Act.

En somme, même si l'IA-Act représente une avancée significative qui ouvre la voie à une réglementation de l'IA au sein de l'Union européenne, cette initiative est trop lacunaire et reflète surtout l'urgence de réguler le marché du numérique. Cet acte est trop large et vague, ce qui laisse aux gouvernements des États membres le soin de l'appliquer à leur guise. Cela peut compromettre l'efficacité du choix du type d'instrument, en l'espèce, un règlement, qui vise l'harmonisation des législations. Il appartiendra ensuite au juge de l'Union européenne, en collaboration avec les juges nationaux, de donner leur interprétation, comme c'est toujours le cas en matière de législation sujette à interprétation.

Il apparaît alors que l'objectif de cette réglementation est de rivaliser avec les entreprises américaines et chinoises qui ont déjà pris une longueur d'avance dans la course au marché de l'IA : la E-race. Cependant, la *Silicon Valley* européenne, ou IA light house, est peu susceptible de voir le jour. En effet, la nature intergouvernementale du Conseil de l'UE entrave l'harmonisation des législations, car les États membres cherchent toujours à protéger leurs intérêts nationaux avant l'intérêt supérieur de l'Union.

L'intervention passionnée et passionnante de Kai Zenner nous a permis de comprendre les préoccupations des différentes institutions quant à l'avenir de cet acte législatif. Le Parlement européen a sa propre vision de la manière dont l'Union peut devenir un véritable « acteur mondial », en favorisant l'innovation au sein des entreprises européennes à des fins commerciales. En définitive, si Rabelais a écrit que « la science sans conscience n'est que ruine de l'âme », alors nous pouvons affirmer que l'intelligence artificielle sans protection des droits fondamentaux est une ruine pour l'humanité.

Home Department contre Tom Watson e.a., aff. C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

6/ Les mesures restrictives imposées à la Russie depuis le début de la guerre

Pauline LEDEIN, Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Le 24 février 2022, la Fédération de Russie a étendu son offensive à l'ensemble de l'Ukraine. A la suite de cet événement, l'Union européenne (UE) a adopté davantage de mesures afin de limiter les actions perpétrées par la Russie en Ukraine. Ces mesures complètent celles adoptées en 2014 en réaction à l'annexion illégale par la Russie de la Crimée et de la ville de Sébastopol. A la date de rédaction de cet article, soit un an après le début des événements de février 2022, l'UE a adopté dix « paquets »¹ de mesures restrictives à l'encontre de la Russie et de la Biélorussie. De plus, un onzième paquet est prévu pour fin juin.

Avant de développer les diverses mesures qui ont été prises à l'encontre de ces pays, il convient de spécifier les termes de « mesures restrictives » et de « sanctions économiques »², définis par Caroline Kleiner, comme « une réaction à un certain comportement qui est jugé illicite, et [visant] à contraindre son auteur à le modifier »³. Auparavant, les sanctions étaient orientées vers les Etats responsables d'une violation du droit international, désormais elles sont davantage ciblées sur des secteurs particuliers et des individus, l'UE visant à élaborer des *smart sanctions* ou sanctions ciblées⁴ plutôt que

des *global sanctions*⁵ afin d'assurer l'efficacité de ces sanctions. En effet, « les sanctions de l'UE sont soigneusement conçues pour être proportionnées aux objectifs qu'elles cherchent à atteindre, tout en réduisant autant que possible les conséquences indésirables pour les personnes qui ne sont pas responsables des politiques ou actions qui ont conduit à l'adoption des sanctions »⁶.

Les sanctions, adoptées depuis février 2022, notamment élaborées en matière commerciale, en matière financière, en matière de lutte contre la campagne de désinformation menée par la Russie, mais aussi à l'échelle individuelle, sont d'une ampleur inédite, et montrent, par ailleurs, le développement de plus en plus accru du domaine des sanctions économiques⁷ dans le droit de l'Union européenne. Cela s'explique par le fait que l'adoption de sanctions par l'Union

¹ Site France Diplomatie, Sanctions contre la Russie et la Biélorussie : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/ukraine/guerre-en-ukraine-l-action-diplomatique-de-la-france/sanctions-contre-la-russie-et-la-bielorussie/>.

² Site de la Commission européenne, article d'actualité du 25 juillet 2022, « La Commission européenne décide seule des sanctions ! Vraiment ? » : Les mesures restrictives ou sanctions constituent un instrument essentiel de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE : https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-europeenne-decide-seule-des-sanctions-vraiment-2022-07-25_fr.

³ C. Kleiner, *L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé*, J.D.I. - © LexisNexis SA - Juillet-Août-Septembre 2022 - p.3.

⁴ D'après E.-A. Martin, *La politique de sanctions de l'Union européenne: Ambition multilatérale contre logique de puissance*, études de l'IFRI, Octobre 2019 : « Depuis les années 1990, il est possible d'identifier plusieurs "générations" de sanctions, qui reflètent aussi un certain état de l'ordre international : "les sanctions globales", marquées par des embargos globaux et illimités, [...]. Les sanctions ciblées, ou "SMART sanctions", qui caractérisent les sanctions adoptées à la fin des années 1990. Avec S pour spécifiques, M pour mesurables, A pour atteignables, R pour réalistes, T pour temporellement limitées ».

⁵ C. Kleiner, *L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé*, J.D.I LexisNexis SA, Juillet-Août-Septembre 2022 - p.5.

⁶ Site de la Commission européenne, article d'actualité du 25 juillet 2022, « La Commission européenne décide seule des sanctions ! Vraiment ? » : Les mesures restrictives ou sanctions constituent un instrument essentiel de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE : https://france.representation.ec.europa.eu/informations/la-commission-europeenne-decide-seule-des-sanctions-vraiment-2022-07-25_fr.

⁷ K. Haeri, D. Siddique, *Synthèse des sanctions économiques de l'UE en réaction à l'invasion de l'Ukraine*, Dossier Impacts de la crise en Ukraine sur les entreprises, Sanctions économiques de l'UE, - Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, JUILLET-AOÛT 2022, p.26.

européenne constitue le principal outil à la disposition des Etats membres⁸ pour réagir politiquement, économiquement et aussi juridiquement à cette agression opérée par la Russie.

Néanmoins, les sanctions économiques comportent de nombreux défis à savoir le réel impact de ces mesures, les incertitudes liées à la mise en œuvre des règlements dans le droit national des Etats membres et le respect des droits fondamentaux. De plus, si l'objectif de ces sanctions est de faire cesser l'attaque militaire de la Russie, elles ne doivent pas contribuer à entrer dans un conflit armé direct avec la Russie.

I. Les objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) à la base des sanctions prises contre la Russie

A. La procédure difficile de l'adoption des mesures restrictives

Les sanctions de l'UE envers des Etats tiers sont adoptées par des règlements, qui ont un caractère obligatoire dès leur publication au journal officiel de l'UE. C'est le Conseil de l'Union européenne qui, en premier lieu, prend la décision politique à l'unanimité de sanctionner ou non un gouvernement de pays tiers, des entités non étatiques, des personnes morales et physiques sur la proposition du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et de la Commission, conformément aux articles 29 TUE⁹ et 215 TFUE¹⁰. Ensuite, sur la base de la décision dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune du Conseil, le Haut représentant et la Commission

⁸ C. Kleiner, *L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé*, J.D.I., LexisNexis SA, Juillet-Août-Septembre 2022.

⁹ Article 29 du TUE, *JO C 202 du 7.6.2016*.

¹⁰ Article 215 TFUE, *JO C 202 du 7.6.2016*.

présentent une proposition conjointe de règlement du Conseil. En effet, l'article 215 du TFUE permet qu'une décision adoptée « prévoyant l'interruption ou la réduction, en tout ou en partie, des relations économiques et financières avec un ou plusieurs pays tiers » soit votée à la majorité qualifiée du Conseil pour adopter les mesures nécessaires. Le Parlement européen est seulement informé de la procédure.

La contrainte d'obtenir l'unanimité pour décider d'établir des sanctions constitue un message politique conséquent. En effet, cela montre une volonté de la part des Etats membres de contrer les mesures prises par un Etat tiers qui ne respecterait pas les valeurs promues par l'Union européenne à l'échelle internationale. Il s'agit donc d'un message politique fort d'autant plus que cette unanimité est difficile à obtenir. Quant à la réalisation d'un règlement de sanctions, la majorité qualifiée permet une négociation entre les Etats membres sur les sanctions à adopter. La Commission est alors chargée de veiller à la mise en œuvre des sanctions et joue donc un rôle crucial dans cette procédure. Cette procédure témoigne d'une coopération interinstitutionnelle capitale. Néanmoins, le Parlement européen est exclu de la procédure, et est simplement informé des décisions. Ceci marque une volonté de réagir rapidement et d'éviter des débats qui peuvent être chronophages.

B. Les valeurs fondamentales de l'Union européenne comme point de départ des mesures restrictives

Les sanctions adoptées par l'Union à l'égard de la Russie sont réalisées dans le cadre de la PESC. Cette politique a pour objectifs de porter les valeurs fondamentales de l'Union européenne sur la scène internationale, 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, conformément à l'article 21 du TUE, elles visent donc à renforcer la sécurité internationale, à promouvoir la coopération internationale, la démocratie aux Etats tiers à l'UE conformément à l'article 2 du TUE, ainsi que son autonomie stratégique. Par ailleurs, la liste de sanctions n'est pas exhaustive : de nouvelles mesures peuvent toujours être prises si l'UE estime que cela est nécessaire en fonction de l'évolution de la situation en Ukraine et des relations entre l'UE et la Russie. Les sanctions européennes sont donc adaptatives et permettent de faire pression sur la Russie.

Les mesures restrictives prises contre les actions menées par la Russie reposent sur deux décisions de 2014¹¹ adoptées à la suite de l'annexion de la Crimée par cette dernière. Il s'agit de la décision 2014/512/PESC sur les échanges avec la Russie et la décision 2014/145/PESC sur les mesures de gel de fonds des personnes liées au gouvernement russe ou soutenant ce dernier. Ces deux décisions ont été modifiées à plusieurs reprises depuis la reconnaissance par la Russie de l'indépendance des territoires ukrainiens du Donetsk et de Louhansk et l'invasion belliqueuse de l'Ukraine par la Russie. Deux règlements ont été adoptés sur la base de ces deux décisions : le règlement n°833/2014 du 21 juillet 2014 pris sur la base de l'article 215 TFUE relatif aux mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine et le règlement n°269/2014 concernant des mesures

¹¹ C. Manga, A. Flaire, R.Fane, « Analyse juridique des sanctions russes prises par l'UE et leur origine réglementaire, une Démonstration de force de l'autonomie stratégique de l'Union », Promotion UPEC 2021-2022, Enjeux juridiques de l'autonomie stratégique de l'Union européenne, Notes de recherche des étudiants du master 2 du Droit européen et du Master 2 Droit public des affaires disponible sur le site du laboratoire MIL : <https://mil.u-pec.fr/la-veille-legislative-et-jurisprudentielle-projet-etudiant>.

restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine. Ces règlements ont été modifiés à plusieurs reprises, dont dernièrement en février 2023.

En effet, le règlement 2023/427 du 25 février 2023¹² impose de nouvelles restrictions concernant la diffusion de médias russes¹³, les importations et les exportations, ainsi que des restrictions dans le secteur énergétique et aérien. Il prévoit également une interdiction aux ressortissants russes d'occuper des postes au sein des organes directeurs, et des entités critiques de l'UE. De même, le règlement (UE) 2023/426 du 25 février 2023¹⁴ instaure de nouvelles obligations de déclaration pour garantir l'efficacité des mesures de gel des avoirs. Enfin, le règlement d'exécution 2023/429 du 25 février 2023¹⁵ contient 121 nouvelles mesures de gel¹⁶.

II. Le développement progressif des mesures restrictives

Le régime juridique des mesures restrictives se divise en deux axes principaux : les mesures restrictives par secteur interdisant les opérations économiques dans certains domaines et dont les acteurs visés sont désignés de manière générale ou précise, et les mesures restrictives individuelles qui gèlent

¹² Règlement (UE) n° 2023/427 du Conseil du 25 février 2023 modifiant le règlement (UE) no 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *JO L 591 du 25.2.2023*, p. 6–274.

¹³ Suspension des licences de diffusion et interdiction de diffusion du contenu de deux médias russes : RT Arabic et Sputnik Arabe.

¹⁴ Règlement (UE) n° 2023/426 du Conseil du 25 février 2023 modifiant le règlement (UE) no 269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine ? *JO L 591 du 25.2.2023*, p. 1–5.

¹⁵ Règlement d'exécution (UE) 2023/429 du Conseil du 25 février 2023 mettant en œuvre le règlement (UE) n°269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, *JO L 591 du 25.2.2023*, p. 278–422.

¹⁶ Direction générale du Trésor, « Focus sur le 10^{ème} paquet de sanctions contre la Russie », adopté le 25 février 2023.

les fonds et les ressources économiques d'une personne désignée dans les annexes du règlement 269/2014 et qui lui interdisent de bénéficier de ces fonds.

A. Les sanctions en matière commerciale et financière

Plusieurs secteurs principaux sont visés par le règlement 833/2014 dans le domaine commercial dont le secteur de vente de biens à double usage et d'équipements militaires ainsi que de tous les biens ou technologies¹⁶ ; l'article 3 du même règlement pose une interdiction de vente des biens et technologies énumérés à l'annexe II¹⁷. Le secteur de l'énergie, de l'aviation, de l'industrie spatiale et de la navigation maritime est aussi touché mais ne concerne pas les ventes à des fins non militaires, à des fins humanitaires, à des urgences sanitaires, etc., le secteur de la sidérurgie, le secteur des produits de luxe d'une valeur supérieur à 300€¹⁸ et les produits générant d'importantes recettes pour la Russie¹⁹.

Les sanctions attribuées à la Russie et à la Biélorussie par l'Union européenne concernent donc des domaines précis et visent à éviter de

contribuer au financement indirect du projet militaire en Ukraine. Néanmoins, l'invasion de l'Ukraine dans sa totalité a commencé depuis déjà presque un an et le début de l'annexion de la Crimée remonte à près de dix ans. Il semble alors pertinent de se demander si ces mesures, bien que nécessaires d'un point de vue politique, sont réellement efficaces ou si elles ne concernent pas des domaines très spécifiques pour avoir un impact sur les projets de la Russie en Ukraine.

De plus, l'économie russe ne s'est pas effondrée comme prévu. En effet, si cette dernière a chuté suite aux premières sanctions, elle s'est maintenue notamment en raison de la hausse du prix des hydrocarbures en 2022 qui a compensé la baisse du volume des exportations. Cela s'explique en partie par le fait que la Russie a étendu son marché à d'autres pays dont la Turquie, l'Inde et la Chine ce qui a limité l'impact des mesures jusqu'à présent. Par ailleurs, le Fonds Monétaire International (FMI) a prévu que l'économie russe aurait une croissance de 0,3%, remettant en question l'efficacité sur le long terme des sanctions prises par l'UE.

En matière financière, des interdictions de financement et d'aide financière pour les secteurs dont le commerce est restreint et pour les secteurs qui génèrent un revenu important pour la Russie et, par conséquent, qui lui permettrait de continuer ses actions en Ukraine²⁰ ont été mises en place, ainsi que des interdictions des dépôts de somme d'argent et restrictions des paiements internationaux. Des banques russes telles que VTB Bank ou Sberbank ont été exclues du réseau de messagerie financier SWIFT. Les restrictions concernent aussi le secteur des investissements financiers comprenant en plus des canaux traditionnels de financements, les crypto- actifs. De plus, la Russie a accès à CIPS²¹, un autre réseau de messagerie financier, développé par la Chine.

¹⁶ D'après l'article 2 bis du règlement n° 833/2014 sont « susceptibles de contribuer au renforcement militaire et technologique de la Russie ou au développement du secteur de la défense et de la sécurité, tels qu'ils sont énumérés à l'annexe VII, originaires ou non de l'Union, à toute personne physique ou morale, toute entité ou tout organisme en Russie ou aux fins d'une utilisation dans ce pays. ».

¹⁷ Cette interdiction est entrée en vigueur le 16 mars 2022. Toutefois, il existe une dérogation dans ce secteur, l'exécution des contrats conclus antérieurement au 17 septembre 2022 est possible à condition que « l'autorité compétente en ait été informée au moins cinq jours ouvrables à l'avance ».

¹⁸ Règlement 2022/428 du Conseil du 15 mars 2022 modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, *JO L 871 du 15.3.2022*.

¹⁹ A savoir les crustacés, le caviar, certains produits chimiques, des meubles, etc., d'après le règlement 2022/576 du Conseil du 8 avril 2022 modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.

²⁰ Il existe néanmoins des exceptions pour les aides humanitaires.

²¹ China International Payments System.

Par conséquent, les sanctions de l'Union européenne ont poussé la Russie et la Chine à coopérer davantage afin de contourner les conséquences des sanctions européennes.

B. Les sanctions individuelles

En ce qui concerne les sanctions sur des individus localisés, le règlement n°269/2014 cible des individus qui sont, d'après son article 2, listés dans des annexes. Toutes ces personnes physiques, morales, entités ou organismes voient leurs fonds et ressources économiques gelés. D'après l'article 3 de ce règlement, les mesures de gels sont prononcées *rationae personae* c'est-à-dire indépendamment du lieu où se trouvent les fonds en question. La décision est prise sur la base d'un faisceau d'indices et sans procédure contradictoire. Le Conseil doit seulement communiquer les raisons pour lesquelles une personne est inscrite à l'annexe du règlement et lui donne la possibilité d'établir des observations. Ceci n'est pas une obligation d'information, il n'y ni enquête ni jugement. Néanmoins, la personne doit pouvoir bénéficier de la protection des droits fondamentaux prévue par le droit de l'Union européenne et son inscription doit, selon la CJUE, être suffisamment motivée. Les individus concernés par ces sanctions ont la possibilité de contester leur ajout à l'annexe, cela est déjà arrivé en 2022, cinq²² affaires ont eu lieu sur ce sujet. Depuis 2023, quatorze²³

²² C-526/22 P(R) Ordonnance ECLI:EU:C:2022:701 16/09/2022 OT /Conseil, T-238/22 Ordonnance 17/06/2022 Narzieva /Conseil, T-237/22 Ordonnance 27/06/2022 Usmanov / Conseil, T-234/22 Ordonnance 21/06/2022 Ismailova / Conseil, T-714/20 Arrêt ECLI:EU:T:2022:674 26/10/2022 Ovsyannikov / Conseil.

²³ T-763/22 Requête (JO) 13/01/2023 Kesaev /Conseil, T-748/22 Requête (JO) 06/01/2023 Kantor / Conseil, T-744/22 Requête (JO) 06/01/2023 Tokareva /Conseil, T- Requête (JO) 13/01/2023 Mazepin / Conseil, T-742/22 Requête (JO) 06/01/2023 Mazepin /Conseil, T- 741/22 Requête (JO) 06/01/2023 Ezubov / Conseil, T- 740/22 Requête (JO) 06/01/2023 Pumpyanskiy/Conseil, T-739/22 Requête (JO) 06/01/2023 Rashevsky / Conseil, T-738/22 Requête (JO) 06/01/2023 Rotenberg/Conseil, T-737/22 Requête (JO) 06/01/2023 Pumpyanskaya/ Conseil, T-734/22 Requête (JO)

requêtes ont été publiées dont treize le 6 janvier 2023. Enfin, des mesures spécifiques sont déployées afin de lutter contre le contournement des sanctions. Les entités et individus dans des pays tiers qui faciliteraient la violation des sanctions européennes pourront ainsi également être visés par ces dernières.

Cependant, la nature des sanctions est posée par le droit de l'Union mais le régime des sanctions est décidé par les Etats membres qui doivent cependant notifier leur régime respectif auprès de la Commission européenne. Cela est source de difficultés.

III. La mise en œuvre complexe des sanctions

Les sanctions européennes sont susceptibles d'avoir un impact sur les contrats en cours des entreprises européennes et entreprises basées dans l'UE. Cependant, si le règlement (UE) n° 833/2014 les oblige à ne pas exécuter leurs obligations contractuelles sous peine d'engager leur responsabilité pénale, il n'envisage pas la question de la loi applicable en cas de conflit.

En effet, les articles 8 et 15 des règlements n° 833/2014 et n°269/2014 comportent une incertitude sur la question du droit applicable en cas de non-respect de ceux-ci. En effet, le règlement ne prévoit aucune règle de répartition des compétences législatives des Etats membres sur l'application du régime de sanction. Il existe donc un risque de frictions. Caroline Kleiner²⁴ donne un exemple clair à ce sujet : le cas d'une importation de produits sidérurgiques réalisée par une société de droit allemand prévoyant une livraison en France, conclue postérieurement au 16 mars 2022²⁵.

06/01/2023 Pumpyanskiy /Conseil, T-733/22 Requête (JO) 06/01/2023 Khudaynatov / Conseil, T-732/22 Requête (JO) 06/01/2023 Deripaska /Conseil, T-731/22 Requête (JO) 06/01/2023 Kozitsyn / Conseil.

²⁴ C. Kleiner, *L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé*, J.D.I. - © LexisNexis SA - Juillet-Août-Septembre 2022.

D'après l'auteur, « le contrat de vente est illicite au regard du droit de l'UE, [...]. Mais quelle autorité nationale peut prétendre sanctionner la violation des sanctions européennes, [...]. On se trouve ici face à un conflit d'autorités créé par le droit de l'UE et non résolu par lui ».

De plus, d'après l'article 13 du règlement 833/2014, le règlement constitue une loi de police européenne qui s'applique de façon impérative quelle que soit la loi applicable au contrat ou à l'opération. Cependant, le problème de l'applicabilité de ces sanctions à des Etats tiers persiste. Si l'Etat tiers en question a adopté des sanctions à l'égard de la Russie, on peut admettre que l'impérativité de cette règle ne posera pas de problèmes. En revanche, si l'Etat tiers s'est abstenu de toutes sanctions, l'impérativité de ce règlement pourrait être remise en cause notamment pour les contrats établis avant la mise en place des dites sanctions. Une fois la loi applicable déterminée²⁵, il faut déterminer le régime de responsabilité contractuelle. En droit français, les moyens qui existent pour adapter les contrats à la situation actuelle sont la clause contractuelle, la force majeure²⁷ ou encore l'imprévision²⁸. De plus, le Code des douanes

et le Code pénal²⁹ prévoient des sanctions contre la tentative de violation des mesures restrictives européennes.

En conclusion, les sanctions prises par l'UE évoluent et s'accroissent en fonction de la situation en Ukraine afin de pousser la Russie à cesser ses actions. En ce sens, le onzième paquet de sanctions a été présenté aux Etats membres le 5 mai et, est actuellement en discussion à Bruxelles. Il vise à lutter contre le contournement des sanctions européennes par la Russie par le biais d'Etats tiers. Toutefois, la demande de certains Etats membres de mettre en place des sanctions sur le nucléaire russe, qui jusque-là a échappé aux sanctions, n'a pas été pris en compte. Il semblerait qu'il soit difficile de mettre en place des sanctions dans ce domaine puisqu'elle mettrait des Etats comme la France dans une situation délicate étant donné qu'EDF a passé plusieurs contrats avec Rosatom, l'entreprise publique russe du nucléaire³⁰. Ce qui pourrait entraîner un conflit entre les Etats membres.

²⁵ D'après l'article 3 octies du règlement n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine: « les biens énumérés à la partie A de l'annexe XVII, qu'ils figurent ou non sur la liste de la partie B de ladite annexe, les interdictions visées au paragraphe 1 ne s'appliquent pas à l'exécution, jusqu'au 17 juin 2022, de contrats conclus avant le 16 mars 2022 ou de contrats accessoires nécessaires à l'exécution de tels contrats.

²⁶ D'après l'article 12 du règlement Rome I, la loi applicable au contrat régit notamment « dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit le gouvernement ».

²⁷ Article 1218 du Code civil, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, version en vigueur depuis le 01 octobre 2016.

²⁸ Article 1195 du Code civil, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, version en vigueur depuis le 01 octobre 2016.

²⁹ Article 459-1 bis du Code des douanes, Modifié par Ordonnance n°2020-1342 du 4 novembre 2020 - art. 12, version en vigueur depuis le 06 novembre 2020.

Article 131-39 du Code pénal, modifié par LOI n°2014-790 du 10 juillet 2014 - art. 12, Version en vigueur depuis le 12 juillet 2014.

³⁰ Courrier international, « Sanctions contre la Russie, Vu de l'étranger. "La pression monte sur la France" pour prendre des sanctions contre le nucléaire russe », publié le 18 avril 2023 : <https://www.courrierinternational.com/article/vu-de-l-etranger-la-pression-monte-sur-la-france-pour-prendre-des-sanctions-contre-le-nucleaire-russe>.

7/ La Facilité européenne pour le maintien de la paix : quelle mise en œuvre dans le cadre de la guerre en Ukraine ?

Amédine SANTEIX, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

La Facilité européenne pour la paix (FEP) est un *instrument de financement extrabudgétaire* de l'Union européenne (UE) qui a été établi pour la première fois en mars 2021 par la décision PESC 2021/509 du 22 mars 2021¹.

Elle a pour objectifs, conformément à l'article 21 du TUE, *d'améliorer la capacité de l'Union à prévenir les conflits, à consolider la paix et à renforcer la sécurité internationale*, en permettant le financement d'actions opérationnelles relevant de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense.

Celle-ci remplace le mécanisme Athena et la Facilité de paix pour l'Afrique, qui étaient jusque-là appliqués. Elle reprend les aspects militaires et liés à la défense précédemment couverts par ces instruments. Le premier servait à financer le coût des missions et opérations militaires menées par des soldats issus des Vingt-Sept dans le cadre la Politique de sécurité et de défense commune (PSDC), tandis que la seconde finançait celles menées par l'Union africaine ou des organisations régionales africaines, partenaires de l'UE en Afrique.

La Facilité européenne pour la paix permet ainsi à l'Union européenne de déployer des opérations militaires dans des États tiers conformément à l'article 42 paragraphe 4 et à l'article 43 paragraphe 2 du TUE, ou de leur apporter une aide qui peut inclure la fourniture d'équipements militaires et de défense, d'infrastructures ou d'assistance technique conformément aux articles 28 et 30 du TUE.

C'est donc dans le respect du TUE que la FEP fonctionne sous l'autorité et la direction d'un comité de la Facilité, composé de représentants de chaque État membre de l'UE et présidé par un représentant de la présidence du Conseil. Les décisions concernant le financement de toute action au titre de la Facilité sont prises par le Conseil à l'unanimité².

¹ Décision (PESC) 2021/509 du Conseil du 22 mars 2021 établissant une facilité européenne pour la paix, et abrogeant la décision (PESC) 2015/528 du 24.03.2021 (JOUE n°L 102, p.14).

² Site de la Commission européenne et du Conseil de l'Europe, « Facilité européenne pour la paix » : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/european-peace-facility/>.

En réaction à l'invasion de l'Ukraine par l'armée russe en février 2022, l'UE a pris conscience de sa vulnérabilité à se défendre militairement. Il était donc *nécessaire de renforcer significativement ses capacités militaires* et, comme le suggère Joseph Borel, le Haut représentant de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, « de changer radicalement notre approche de la sécurité et de la défense de l'UE », dans la *Boussole Stratégique*³. Cette dernière « fixe un cap clair et ambitieux pour les dix prochaines années, pour renforcer la liberté d'action des Européens »⁴.

Le rôle de ce haut représentant étant de conduire la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) de l'Union, il contribue par ses propositions à l'élaboration de cette politique et s'exécute en tant que mandataire du Conseil, en vertu des articles 18 et 27 du TUE.

C'est donc *seulement quatre jours après la guerre en Ukraine*, le 28 février 2022, que les États membres de l'Union se sont accordés au sein du Conseil pour adopter deux nouvelles mesures d'assistance aux forces armées ukrainiennes au titre de la FEP⁵. L'une était une mesure dotée d'un montant de 50 millions d'euros et destinée à financer, notamment, la fourniture aux forces ukrainiennes d'équipements de protection individuelle, trousse de premiers secours et carburant⁶. L'autre concernait, pour la première fois, le financement par la FEP de la fourniture « d'équipements et de plateformes militaires conçus pour libérer une force létale »⁷.

Par la suite, lors de la Déclaration de Versailles du 11 mars 2022⁸, les chefs d'État ou de gouvernement des États membres ont alors annoncé avoir « décidé de prendre de nouvelles mesures décisives en vue de construire notre souveraineté européenne, de réduire notre dépendance ».

³ Concl. du Conseil européen des 24-25 mars 2022, EUCO 1/22.

⁴ Site du Ministère des armées, Europe de la défense : la Boussole stratégique adoptée : <https://www.defense.gouv.fr/actualites/europe-defense-bouss-ole-strategique-adoptee>.

⁵ A. HAMONIC, « Chronique Action extérieur de l'UE- Débuts retentissants pour la Facilité européenne pour la paix », *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2022, p.524.

⁶ Décision (PESC) 2022/339, du 28.02.2022 (JOUE, n° L 061, p.1).

⁷ Décision (PESC) 2022/338, du 28.02.2022 (JOUE, n° L 060, p.1).

Ainsi se pose la question : la mise en place de la FEP permet-elle à l'EU d'atteindre une autonomie stratégique en matière de défense ?

Dans ce contexte, la FEP viserait à développer une stratégie de défense européenne autonome (I). Cependant, on relèvera dans une deuxième partie les possibles obstacles à l'obtention d'une telle autonomie stratégique européenne (II).

I. La FEP un instrument budgétaire en vue de développer une stratégie de défense européenne autonome

A. Un instrument budgétaire fondé sur une coopération interétatique

La Facilité européenne pour la paix a pour objet de créer un *fond hors budget de l'Union* alimenté par des contributions étatiques au prorata de leur produit national brut. Il s'agit donc d'un financement autonome propre à la PESC, et ce conformément à l'article 41.2 du TUE, qui interdit de mobiliser le budget de l'Union pour les dépenses afférentes à des opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense.

Il ne s'agit pas d'achats groupés d'armes par l'Union. Le financement est effectué sous forme de remboursement aux États membres qui fournissent leurs armes à l'Ukraine. En effet, l'exécution des tâches de la politique de sécurité et de défense commune repose sur les capacités, c'est-à-dire sur le potentiel militaire des États membres (article 42.1 du TUE).

Le plafond financier de la FED était initialement fixé à 5,692 milliards d'euros en prix courant pour la période 2021-2027, avec un plafond annuel allant de 420 millions d'euros en 2021 à 1,132 milliard d'euros en 2027. Par la suite, le Conseil a décidé de relever le plafond financier global de 2 milliards d'euros en 2023⁹, en prévoyant la possibilité d'une augmentation supplémentaire à un stade ultérieur. L'augmentation totale du plafond financier global de la FEP jusqu'en 2027 pourrait atteindre 5,5 milliards d'euros¹⁰.

⁸ Réunion informelle des chefs d'État ou de gouvernement, Déclaration de Versailles, 10 et 11 mars 2022, www.consilium.europa.eu/media/54777/20220311-versailles-declaration-fr.pdf.

La principale nouveauté de la FEP par rapport aux dispositifs antérieurs est précisément la possibilité de *financer des armes létales, et de financer une formation individuelle, collective et spécialisée des soldats ukrainiens* pour une durée initiale de deux ans et ce, en vertu de la décision du Conseil du 17 octobre 2022¹¹. Il s'agit de la mission l'EUMAM (Military Assistance Mission of the European Union to support Ukraine).

Actuellement, l'UE souhaite former 30.000 membres des forces armées ukrainiennes en plusieurs endroits sur le territoire des États membres de l'UE, soit le double de ce qui était prévu lors de la décision initiale.

Au total, 3,6 milliards d'euros d'aide militaire ont été versés à l'Ukraine, répartis en sept paquets¹² de 500 millions d'euros, dont plus de 90 % destinés à fournir des équipements létaux.

B. Les encadrements des aides accordées à travers la FEP : contrôle de conformité et contrôle du respect des engagements

Tout d'abord, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 59 paragraphe 4 de la décision du Conseil, « aucune mesure d'assistance ne peut être utilisée pour la fourniture d'articles qui seraient incompatibles avec le droit de l'Union ou avec les obligations internationales de l'Union ou de tous les États membres », par conséquent, la fourniture de mines antipersonnel est interdite.

⁹ Communiqué de presse 12 décembre 2022 : accord au Conseil sur une augmentation de 2 milliards d'euros du plafond en 2023.

¹⁰ 86 % du plafond financier global pour la période 2021-2027 ont déjà été engagés en 2022, ce qui a rendu nécessaire une première augmentation.

¹¹ Décision (PESC) 202/1968 du Conseil du 17 octobre 2022 relative à une mission d'assistance militaire de l'Union européenne en soutien à l'Ukraine (EUMAM Ukraine) (JOUE L 270 du 18.10.2022, p. 85).

¹² Décis. (PESC) 2022/471 et (PESC) 2022/472 du 23 mars 2022 (JOUE 2022, n° L 96, p. 43 et 45) ; décis. (PESC) 2022/636 et (PESC) 2022/637 du 13 avr. 2022 (JOUE 2022, n° L-17, p. 34 et p. 36) ; décis. (PESC) 2022/809 et (PESC) 2022/810 du 23 mai 2022 (JOUE 2022, n° L 145, p. 40 et p. 42) ; décis. (PESC) 2022/1284 et (PESC) 2022/ 1285 du 21 juillet 2022 (JOUE 2022, n° L 195, p. 91 et p. 93 ; décis. (PESC) 2022/ 1971 et (PESC) 2022/1972 du 17 octobre 2022 (JOUE 2022, n° L 270, p. 95 et 97) ; décis. (PESC) 2023/229 et (PESC) 2023/230 du 2 février 2023 (JOUE 2023, n° L 32, p. 60 et p. 62).

Ensuite, si les mesures d'assistance de l'Union européenne prennent la forme de dons, elles ne sont pas pour autant gratuites politiquement¹³. Bien au contraire, elles ont des contreparties. *L'aide européenne sera soumise à des conditions précises que les États récipiendaires devront respecter, ainsi qu'à des contrôles systématiques auxquels ils devront se soumettre.*

Il existe effectivement un *contrôle des risques* et *des impacts* associés à la fourniture d'équipements militaires avant les décisions d'aide et ce, en vertu de l'article 56 paragraphe 4 qui prévoit que « les propositions de mesures d'assistance sont accompagnées d'une évaluation réalisée par le Haut représentant, comprenant une analyse de la sensibilité aux conflits et du contexte et une analyse de risque et d'impact ».

Ainsi, les décisions de fournir une assistance au titre de la FEP seront toujours prises au cas par cas de manière globale et responsable, sur la base d'évaluations du contexte et d'engagements politiques du bénéficiaire notamment grâce au « Cadre méthodologique intègre de la Facilité »¹⁴ prévu à cet effet.

Ensuite, en application des articles 66 et 67 de la décision du Conseil, elles seront soumises à des *conditions politiques* précises que le bénéficiaire devra respecter. L'objectif étant d'éviter que l'aide militaire ne soit utilisée à des fins non voulues par l'UE.

Les bénéficiaires de l'aide devront en particulier s'engager à respecter les engagements suivants :

- utiliser et entretenir efficacement les actifs qui leur seront fournis par la FEP, afin d'assurer leur disponibilité opérationnelle tout au long du cycle de leur vie ;
- ne pas abandonner ou céder à autrui les actifs reçus au titre de la Facilité sans le

¹³ F. SANTOPINTO, « Comment fonctionne la Facilité pour la paix ? », Observatoire Boutros-Ghali du maintien de la paix, Février 2022 ;

https://www.grip.org/wp-content/uploads/2022/03/Note-OBG-KAS_Article-Facilite-3-Comment-fonctionne-la-FEPFS.pdf.

¹⁴ Questions and answers on the European Peace Facility's Integrated Methodological Framework, https://www.eeas.europa.eu/eeas/questions-and-answers-european-peace-facility-s-integrated-methodological-framework-0_en.

consentement préalable du Comité de la Facilité;

- s'engager à ce que les unités qui seront équipées par la FEP respectent les droits humains et le droit humanitaire ;
- utiliser l'équipement fourni dans le respect des objectifs pour lesquels il a été fourni, et qui est spécifié dans chaque « Décision PESC » instituant la mesure, et
- respecter tout autre exigence établie par le Conseil.

En outre, il est prévu qu'au cours de la mise en œuvre de la Facilité, l'État bénéficiaire soit également contrôlé. En effet :

- comme prévu par le droit international et européen, chaque livraison d'équipements de défense doit faire l'objet de certificats de livraison signés par le récipiendaire ainsi que d'un certificat d'utilisateur final ;
- chaque année les bénéficiaires devront rédiger des rapports annuels au sujet des activités qu'ils ont menées avec les matériels reçus, et
- sont prévues des visites sur le terrain pour vérifier l'état et la situation du matériel.

En cas de manquement et de violation des engagements du bénéficiaire, en application de l'article 64 de la décision du 22 mars 2021, une mesure d'assistance peut être suspendue ou abrogée par le Conseil. De plus, en cas d'urgence, il est donné la possibilité au Haut représentant de suspendre provisoirement une mesure d'assistance.

II. Les limites que rencontre la FEP pour développer sa stratégie de défense autonome

A. La prise de décision à l'unanimité

Pour rappel, la FEP est un instrument budgétaire de la politique étrangère et de sécurité qui selon *une logique interétatique* demande à ce que les *décisions soient prises à l'unanimité par le Conseil*.

Il existe toutefois, conformément à l'article 31 paragraphe 1 TUE, le principe de l'abstention constructive prévu à l'article 5 paragraphe 3 de la décision du Conseil qui permet à chaque État membre de s'abstenir lors de décisions ponctuelles et de ne pas participer au financement de la fourniture d'armes létales et ainsi conserver

leur politique de neutralité permanente, principe utilisé par l'Autriche, l'Irlande et Malte¹⁵.

Il n'en demeure pas moins que le Conseil peut se trouver face à un rejet d'un projet par un État, ce qui aura donc pour conséquence d'empêcher l'aboutissement d'une décision prévoyant une stratégie de défense extérieure européenne.

Dès lors, il peut apparaître nécessaire d'abandonner l'exigence d'unanimité pour recourir à la majorité qualifiée. Cette évolution paraît indispensable dans le domaine de la politique étrangère en général pour prendre les décisions plus rapidement. Cette solution a d'ailleurs été soutenue par le Président français Emmanuel Macron lors de son discours prononcé à l'occasion de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, le 9 mai 2022.

Il semblerait qu'une unanimité soit de plus en plus difficile à obtenir dans ce domaine très sensible, qui touche de près à la souveraineté des États membres, comme en particulier face aux dernières décisions de livraison des armes létales qui ont été accordées à l'Ukraine.

En effet, depuis quelques mois, des étapes importantes ont été franchies (artillerie tractée, chars légers) notamment avec l'annonce de la livraison de chars lourds par la Grande Bretagne, les États-Unis et l'Allemagne, soulevant ainsi pour certains pays membres, la crainte d'une escalade pouvant mener à un affrontement direct entre la Russie et les pays alliés de l'Ukraine.

En conclusion, le fait que les décisions se prennent à l'unanimité en politique étrangère et de défense n'est sans doute pas de nature à renforcer une stratégie de défense autonome européenne.

B. Un attachement persistant à l'OTAN remettant en cause une stratégie de défense autonome européenne

On retrouve en novembre 2016 dans les conclusions¹⁶ du Conseil sur la mise en œuvre de la stratégie globale de l'UE dans le domaine de la

¹⁵ E. CASTELLARIN, « La fourniture d'armes à l'Ukraine : quel cadre en droit de l'Union européenne ? », *Billet, Blog du Club des juristes*, 5 mars 2022, <https://blog.leclubdesjuristes.com/>.

¹⁶ Conclusion du Conseil sur la mise en œuvre de la stratégie globale de l'UE dans le domaine de la sécurité et de la défense - Conclusions du Conseil », Conseil de l'Union européenne, p.2.

sécurité et de la défense, *la définition de la stratégie de défense autonome européenne* comme étant la « capacité à agir de manière autonome lorsque cela est nécessaire et avec des partenaires chaque fois que cela est possible ».

La *Boussole stratégique*¹⁷ approuvée par le Conseil européen le 24 et 25 mars 2022¹⁸, qui établit un plan d'action ambitieux pour renforcer la politique de sécurité et de défense de l'UE d'ici 2030, envisage de « travailler en partenariat ».

Il est donc prévu de renforcer les partenariats de l'Union avec les États tiers « partageant les mêmes valeurs¹⁹ et intérêts que l'Union » mais aussi avec les organisations de sécurité, en particulier l'ONU et, bien entendu, l'OTAN, qualifiée de partenaire « clé »²⁰.

Il est à souligner que celle-ci donne pour la première fois un cadre stratégique élaboré à l'action de l'Union comme puissance en complémentarité avec l'OTAN. Il y a là une situation qui est différente du « tout OTAN » de la guerre froide²¹.

Cependant, il est clairement énoncé dans ce rapport, que l'OTAN « reste le fondement de la défense collective pour ses membres » et démontre que les européens ne conçoivent pas encore leur sécurité de façon autonome et c'est ce qui fait que le concept d'autonomie stratégique demeure controversé au sein de l'UE.

Il semblerait actuellement qu'une autonomie stratégique de défense européenne détachée de l'OTAN, soit encore difficile à envisager. Cela s'explique principalement par le fait que, militairement et financièrement l'OTAN permet à l'UE de bénéficier d'une aide militaire sans précédent. La capacité militaire de l'UE reste à ce jour insuffisante pour assurer sa propre sécurité et celle de ses voisins.

¹⁷ Conseil de l'Union, Une boussole stratégique en matière de sécurité et de défense [...], doc. 7371/22 du 21 mars 2022.

¹⁸ Concl. du Conseil européen des 24-25 mars 2022, EUCO 1/22.

¹⁹ Art 2. « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités (...). ».

²⁰ A. HAMONIC, « Chronique Action extérieur de l'UE - Vers une reconfiguration de la défense (et) de l'Europe ? » *RTDeur. Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2022, p.524.

²¹ M. LEFEBVRE, « L'Europe de la défense entre moment ukrainien et retour de l'OTAN », *Rev. UE sep.* 2022. 485.

Dans ce contexte de dépendance militaire et financière avec l'OTAN et donc avec les États-Unis, l'UE vise à gagner plus d'autonomie dans la gestion des crises et à développer plus de liberté dans les décisions et les actions de sa politique de défense et de sécurité. La FEP est un outil qu'elle a su adapter à cette fin pour gérer la guerre en Ukraine.

8/ Le nouveau cadre réglementaire sur le stockage de gaz : le Règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) n° 715/2009

Amira DHIFALLAH, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

«L'Europe se fera dans les crises et sera la somme des réponses apportées à ces crises», Jean Monnet, *Mémoires*, 1976.

La Fédération de Russie, le principal fournisseur extérieur de gaz de l'Union, a lancé une agression militaire contre l'Ukraine, qui fait partie du marché intégré institué par le traité sur la *Communauté de l'énergie*¹. L'escalade de l'agression militaire russe contre l'Ukraine depuis février 2022 a entraîné une forte diminution de l'approvisionnement en gaz, dans une tentative délibérée d'utiliser l'approvisionnement en gaz comme arme politique. La nature et les conséquences de ces événements, qui sont de grande ampleur et concernent toute l'Union, appellent une réponse globale de cette dernière qui devra mobiliser toutes les institutions. Dans le cadre de cette réponse, il est donc essentiel que l'Union agisse de manière coordonnée afin d'éviter les risques potentiels résultant d'éventuelles ruptures de l'approvisionnement en gaz.

Le stockage du gaz permet de répondre aux attentes des producteurs et des consommateurs. En stockant une partie du gaz extrait, les producteurs garantissent de pouvoir livrer des volumes stables de gaz tout au long de l'année. Pour les consommateurs, le stockage du gaz garantit un approvisionnement continu. Ainsi, le gaz circulant vers les zones de consommation n'est pas forcément utilisé tout de suite. Il peut alors être stocké pour être réutilisé dès que la demande le justifie².

¹ La Communauté de l'énergie crée un marché intérieur de l'énergie rassemblant les États membres de l'Union européenne et les pays et territoires de l'Europe du sud-est. Cette initiative s'inscrit dans le cadre du « processus d'Athènes », lancé en 2002, dont l'objectif est de resserrer les liens entre l'Union européenne et les pays de la région des Balkans, en promouvant un rapprochement des législations dans le secteur de l'électricité et du gaz.

² Considérant 3 du Règlement 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) no 715/2009 en ce qui concerne le stockage de gaz (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 173 du 30.6.2022, p. 17–33.

Le 23 mars 2022, la Commission a présenté une proposition législative concernant les obligations minimales de stockage du gaz³, afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement à des prix raisonnables pour l'hiver prochain et au-delà. Ce nouveau règlement faisait partie des mesures présentées en réponse à l'invasion de l'Ukraine par la Russie, ainsi qu'à la déclaration de Versailles, dans laquelle les dirigeants de l'Union Européenne appelaient à assurer des niveaux suffisants de stockage de gaz et à mettre en place des opérations de réapprovisionnement coordonnées.

Dans un contexte d'urgence, la priorité devrait être donnée aux mesures susceptibles de renforcer la sécurité de l'approvisionnement en gaz à l'échelle de l'Union. Les économies d'énergie et l'efficacité énergétique jouent un rôle capital dans la réalisation de cet objectif. Il est donc essentiel que l'Union agisse de manière coordonnée afin d'éviter les risques potentiels résultant d'éventuelles ruptures de l'approvisionnement en gaz, sans préjudice du droit des États membres de choisir entre différentes sources d'énergie et de la structure générale de leur approvisionnement énergétique, conformément à l'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴.

L'Union doit agir de manière globale face à l'urgence : elle n'était pas préparée à cette crise d'où la nécessité de créer un nouveau règlement afin de combler les lacunes des règlements 2017/1938 et 715/2009. Ce dernier vise à établir

³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2017/1938 du Parlement européen et du Conseil concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel et le Règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, COM/2022/135 final.

⁴ Article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO C 326 du 26.10.2012, p. 134–135, prévoit que l'énergie est une responsabilité partagée entre l'Union européenne (UE) et ses États membres.

des règles non discriminatoires pour déterminer les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, compte tenu des particularités des marchés nationaux et régionaux, en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur du gaz⁵. Le règlement 2017/1938 prévoit la mise en œuvre de mesures exceptionnelles lorsque le marché ne peut plus fournir les volumes de gaz requis.

En quoi le Règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 permet-il à l'Union d'accélérer ces objectifs en matière de stockage de gaz?

Cette crise que traverse l'Europe depuis plus d'un an a brutalement remis la sécurité d'approvisionnement gazière au cœur des préoccupations. Dans ce contexte, le règlement renforce la solidarité entre les États membres (I) et reflète l'ingéniosité institutionnelle de l'Union pour répondre à la crise énergétique (II).

I. La solidarité européenne pour répondre à la crise énergétique

A. Le contenu du règlement

Le règlement vise à garantir que l'Union européenne disposera d'un niveau de réserves en gaz suffisant, pour les prochaines périodes hivernales, afin de faire face à d'éventuelles ruptures d'approvisionnement en gaz russe. En effet, l'invasion de l'Ukraine par la Russie a bouleversé la géopolitique de l'énergie et les tensions internationales actuelles nécessitent, par conséquent, de prendre des mesures pour assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'Union dans les années à venir. Le stockage de gaz par les États membres en prévision des périodes hivernales qui est déjà encouragé par la réglementation européenne peut y contribuer en permettant d'atténuer les chocs d'approvisionnement. Or la forte hausse des prix des énergies, en particulier du gaz, au cours de ces derniers mois, a perturbé la mise en œuvre de ce

⁵ Article 1 du Règlement 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n°1775/2005 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 211 du 14.8.2009, p. 36-54.

dispositif en période creuse. La proposition de règlement tend à modifier deux règlements en vigueur :

- Le règlement (UE) 2017/1938 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz naturel ;
- Le règlement (CE) n° 715/2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel.

Elle traduit l'engagement pris par les chefs d'État ou de gouvernement de l'Union européenne lors du Sommet de Versailles les 10 et 11 mars 2022⁶, d'optimiser la gestion du stockage de gaz et de déployer de nouvelles mesures dans un délai limité. Compte tenu de ces éléments, les modifications proposées par la Commission à la législation existante comportent, pour l'essentiel : l'obligation pour les États membres de veiller à un remplissage des installations de stockage sur leur territoire d'au moins 80 % de leur capacité d'ici le 1er novembre 2022, puis 90 % pour les années suivantes ; celle-ci s'accompagne d'objectifs intermédiaires pour chaque État membre ; la Commission est habilitée à modifier l'objectif et la trajectoire de remplissage, à partir de 2023, par l'adoption d'un acte délégué sur la base d'une analyse de la situation générale en matière de sécurité d'approvisionnement énergétique ; l'instauration d'un mécanisme de partage de la charge pour les États membres sans installations de stockage ; ces derniers auront d'abord l'obligation de s'assurer de la conclusion d'accords entre les acteurs du marché national et les opérateurs de stockage afin de permettre de couvrir au moins 15 % de leur consommation nationale annuelle ; la certification par l'autorité de régulation, dans un délai de dix-huit mois, des gestionnaires de système de stockage afin d'exclure tout risque potentiel lié à la sécurité d'approvisionnement ; l'exemption de tarifs de transport aux points d'entrée et de sortie des installations de stockage afin de rendre cette mesure plus attrayante pour les acteurs du marché. Dans le cadre du paquet gazier, présenté le 15 décembre 2021 par la Commission européenne⁷,

⁶ Site de l'Élysée, « Sommet de Versailles des 10 et 11 mars 2022 », publié le 11 mars 2022 : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/03/11/sommet-de-versailles-union-europeenne>.

⁷ Ce paquet s'inscrit dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe

une mesure incitant les États membres à utiliser leurs capacités de stockage en gaz pour renforcer la sécurité de l'approvisionnement a déjà été proposée, sans toutefois instaurer d'obligation en la matière. La présente proposition qui va plus loin en instaurant cette obligation a vocation à être intégrée à ce paquet.

B. L'influence significative du Conseil européen

Le Conseil européen est composé des chefs d'État ou de gouvernement de tous les pays de l'UE, de son/sa président(e) et du/de la président(e) de la Commission européenne. Le Conseil européen décide des grandes orientations et priorités politiques de l'Union européenne, mais n'adopte pas d'actes législatifs.

La Commission est la seule institution européenne qui présente des textes législatifs pour adoption par le Parlement et le Conseil. Ces textes poursuivent différents objectifs : protéger les intérêts de l'UE et des citoyens européens dans des domaines qui ne peuvent être traités efficacement à l'échelle nationale ; établir des dispositions techniques sur la base de consultations d'experts et de citoyens. Depuis le début de la crise concernant le stockage de gaz, l'Union européenne a pris des mesures sur la consommation de gaz et d'électricité notamment dans le règlement 2022/1032. Une procédure accélérée, sur le fondement de l'article 122 du Traité sur le fonctionnement de l'UE⁸, a permis aux 27 de contourner le Parlement européen.

En effet, les 24 et 25 mars 2022, le Conseil européen a chargé le Conseil d'examiner les propositions de la Commission, reconnaissant que la reconstitution des stocks de gaz dans l'ensemble de l'Union devrait commencer dès que possible, soit deux jours après la proposition législative de

et vise à compléter les dispositions législatives du paquet « Ajustement à l'objectif 55 », présenté le 14 juillet 2021, notamment la proposition de directive RED II sur les énergies renouvelables, ainsi que la proposition de règlement RTE-E, publiée en décembre 2020 s'agissant des infrastructures.

⁸ Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie.

la Commission. Ceci démontre la rapidité et l'accélération des procédures afin de répondre à l'urgence du stockage de gaz au sein des États membres. Or, comme vu précédemment, le Conseil européen n'adopte pas d'actes législatifs, mais dans ce cadre il a un pouvoir quasi normatif. En effet, ce sont les États qui devront mettre en place ces obligations d'où la nécessité pour les chefs d'État de trouver rapidement un consensus.

II.L'ingéniosité institutionnelle de l'Union face à la crise énergétique

A. L'adoption d'une procédure accélérée :reflet des capacités à agir de l'Union ?

1. L'article 122 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Le règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil a mis en œuvre un mécanisme de solidarité en tant qu'instrument visant à atténuer les effets d'une situation d'urgence grave au sein de l'Union où l'approvisionnement en stockage de gaz. Dans ce cadre, il y a un besoin essentiel de renforcer la sécurité énergétique qui devient une priorité impérieuse. En cas d'urgence à l'échelle de l'Union, une réaction immédiate permet de faire en sorte que les États membres soient en mesure d'offrir une protection renforcée. Par ailleurs, les limites du règlement (UE) 2017/1938 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2017 relatif à la sécurité d'approvisionnement en gaz naturel que le législateur européen a constaté que le cadre juridique de l'Union n'était pas adapté à des bouleversements de l'ordre de ceux qui sont en cours depuis l'invasion russe de l'Ukraine, à savoir « des changements soudains et majeurs de la situation géopolitique dans le cadre desquels les pénuries et les flambées des prix sont susceptibles de résulter non seulement d'une défaillance des infrastructures ou de conditions météorologiques extrêmes, mais aussi d'événements intentionnels majeurs et de ruptures d'approvisionnement plus longues ou soudaines ».

L'article 122 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet, dans le contexte de la guerre en Ukraine, de prendre des mesures d'urgence dans le domaine de l'énergie et

notamment dans le cadre du plafonnement de gaz. Le paragraphe 1 de l'article 122 du TFUE dispose que : « Sans préjudice des autres procédures prévues par les traités, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie ». En procédant ainsi, le Conseil se dispense de consulter le Parlement européen.

Dans un avis du 24 juin 2020, le service juridique du Conseil analyse le paragraphe 1 de l'article 122 : sont simplement évoquées « en particulier » de graves difficultés dans l'approvisionnement de certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie, « mais sans spécifier de manière exhaustive le type de situations qui peuvent donner lieu à l'application de cette disposition ou les mesures particulières que le Conseil est habilité à adopter ».

2. L'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Selon la Cour de justice de l'Union européenne⁹, « l'esprit de solidarité entre les États membres » mentionné à l'article 194§1 TFUE), qui définit « la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie », constitue une expression spécifique, dans le domaine de l'énergie, du principe de solidarité, qui constitue lui-même l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union. Non seulement le principe de solidarité énergétique produit des effets juridiques contraignants et constitue l'aune de la légalité des actes adoptés par les institutions de l'Union, mais il doit aussi « guider toute action concernant la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie ».

Le principe de solidarité impose donc, à tout le moins, une mise en balance des intérêts de l'Union et des États membres. Cette évocation d'un esprit de solidarité entre États membres dans le domaine du stockage de gaz n'allait pas nécessairement de

⁹ Cour (grande chambre), 15 juillet 2021, *République fédérale d'Allemagne contre République de Pologne*, aff. C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598.

soi, dans la mesure où il s'agit plutôt, *a priori*, d'un domaine assez rétif à un tel esprit. Les raisons en sont connues : le secteur du gaz reste, aujourd'hui encore, largement marqué par la volonté des États membres de garder la main sur un certain nombre d'aspects jugés stratégiques et il demeure, dès lors, un secteur caractérisé par de fortes disparités nationales. En particulier, les sources d'approvisionnement et le bouquet énergétique des États membres sont très variables et reposent sur des choix nationaux disparates.

L'article 194 TFUE lui-même en porte la marque, en précisant en son §2 que l'exercice des compétences dévolues à l'Union dans le domaine de l'énergie en vue d'atteindre les objectifs précédemment rappelés n'affecte pas le choix des États membres entre les différentes sources d'énergie et la structure générale de leur approvisionnement énergétique. Partant, on comprend mieux qu'il ait pu être écrit, au sujet de l'esprit de solidarité entre États membres évoqué par ce même article 194, que « cette solidarité vise en fin de compte à contrebalancer le caractère très unilatéral, pour ne pas dire égoïste, des politiques énergétiques nationales »¹⁰. L'esprit de solidarité serait donc ici un contre-pied, dans un secteur dans lequel les divergences et les intérêts nationaux ont tendance à s'exprimer très fortement.

La Commission fixe ainsi un cadre qui doit permettre de respecter la trajectoire de remplissage et d'atteindre les objectifs de remplissage fixés aux États membres, avec une mise en œuvre progressive du mécanisme. Les États membres restent libres de choisir les mesures nécessaires à mettre en place ainsi que le ou les acteurs du marché qui devront veiller au respect de ces obligations. Les mesures prises au niveau des États membres ne devront porter atteinte ni à la libre concurrence ni au bon fonctionnement du marché intérieur du gaz¹¹.

¹⁰ C. Blumann, « Rapport introductif général », *Vers une politique énergétique européenne*, Bruylant, 2012, p. 1 et s., sp. p. 15.

¹¹ Article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne JO C 202 du 7.6.2016, p. 94-95 et article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO C 326 du 26.10.2012, p. 134-135 : ces mesures visent à mettre en place un marché de l'électricité européen plus compétitif, axé sur les consommateurs, flexible et non discriminatoire, avec des prix de fourniture fondés sur le marché.

CONCLUSION

In fine, ce mécanisme de solidarité s'est indéniablement exprimé dans le cadre du Règlement (UE) n° 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) n° 2017/1938 et (CE) n° 715/2009 en ce qui concerne le stockage de gaz.

En effet, le règlement (UE) n° 2022/1032 relatif au stockage, récemment adopté, a introduit des obligations de stockage en réaction à l'invasion de l'Ukraine par la Russie, les pénuries d'approvisionnement et les flambées des prix étant susceptibles de résulter non seulement d'une défaillance des infrastructures ou de conditions météorologiques extrêmes, mais aussi de changements géopolitiques, entraînant des ruptures d'approvisionnement plus longues ou soudaines. Les obligations de remplissage des installations de stockage prévues par le règlement n° 2022/1032 contribuent à garantir la sécurité de l'approvisionnement en gaz pour l'hiver 2022-2023.

Les règles existantes en matière de sécurité de l'approvisionnement en gaz ne sont toutefois pas totalement adaptées à la nature et à l'ampleur des défis auxquels nous sommes actuellement confrontés en matière de sécurité d'approvisionnement, pour lesquels il devient essentiel d'être préparés à faire face immédiatement afin d'éviter les graves conséquences économiques et sociales de ruptures d'approvisionnement majeures. Les 31 mai et 23 juin 2022, le Conseil européen a donc demandé, dans ses conclusions, que la préparation à de nouvelles ruptures d'approvisionnement en gaz soit mise en place de toute urgence, notamment pour permettre une coordination plus étroite avec les États membres et entre eux.

Quel est le bilan aujourd'hui ?

Aujourd'hui, alors que cette mission est accomplie, que les stocks souterrains de gaz français avoisinent des taux de remplissage de 79% (contre 81 % en Europe), les experts du secteur annoncent qu'ils vont désormais devoir... abaisser ces niveaux. Et ce, afin de respecter des exigences réglementaires et de préserver l'efficacité de leurs

stockages. L'Union s'est donc montrée très efficace.

9/ Les obstacles à la mise en œuvre du mécanisme de conditionnalité budgétaire : quelle protection pour les valeurs communes européennes en Hongrie ?

Auréli GUYADER, Master 2 Droit européen parcours Droit européen des affaires

Depuis les années 2010, avec la propulsion aux élections législatives de Viktor Orbán au rang de premier ministre, la Hongrie a multiplié l'édiction de normes considérées comme problématiques au regard de l'article 2 TUE¹, à travers des modifications importantes de la Constitution ou des législations limitant l'indépendance de la justice, mettant par-là les institutions de l'Union en difficulté². L'ancien Président de la Hongrie et fondateur de la Cour constitutionnelle, Laszlo Solyom, pouvait ainsi déclarer en 2013 qu'« en Hongrie, l'État de droit a cessé d'exister »³. Le respect de l'État de droit par les États membres, lequel revêt une importance capitale au sein de l'Union et est expressément cité au titre des valeurs communes de l'Union à l'article 2 TUE, outre des difficultés conceptuelles⁴, se heurte en effet au défi de l'élargissement de l'adhésion à l'Union européenne (UE). Puisqu'en théorie il est vrai, l'adhésion à l'Union requiert le respect des acquis communautaires par le nouvel État membre, en pratique, il existe des divergences identitaires entre les pays, notamment entre les États membres historiques et les nouveaux États membres, ce qui a pu conduire à un fractionnement des identités

constitutionnelles à l'échelle de l'Union. De fait, l'exemple de la Hongrie, qui a progressivement fait l'objet d'avis, de procédures d'infraction et de résolutions de la part du Parlement, adoptées au titre de l'article 7 TUE comme en 2018⁵, ainsi que de rapports, sans que pourtant l'État de droit ne soit respecté⁶, aura mis en évidence la nécessité de consacrer des mécanismes de sanctions des atteintes aux valeurs communes de l'UE plus mordants. Aussi, à la difficulté de mise en œuvre d'un mécanisme politique⁷ est alors préféré un palliatif financier avec l'adoption de dispositifs de conditionnalité liée à l'octroi de fonds européens.

I. La nécessité d'une conditionnalité liée au respect de l'État de droit

Si en 2012, le précédent qu'aurait pu constituer le risque d'une suspension des fonds, au titre du Fonds de cohésion, n'a pas été jugé acceptable pour la Hongrie, cette option a finalement été considérée plus sérieusement et intégrée au paquet adopté en juillet 2020 pour le budget septennal 2021-2027 de l'Union. La Commission européenne a retenu l'idée d'une sanction budgétaire liée à l'État de droit⁸ en

¹ Article 2 TUE, version consolidée, JO C 202 du 7.6.2016, p. 17-17: « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

² G. Marti, « L'arme politique », *R.A.E. – L.E.A.*, 2013/3, p. 488 cité par Y. Petit « Commission européenne, Hongrie, Pologne : le combat de l'État de droit », *Civitas Europa*, 2018/1 n°40, p.157.

³ « Ex-président urges successor to veto constitutional changes », *MTI*, Budapest, 11 mars 2013.

⁴ M. Blanquet, « État de droit et Union européenne », *La semaine de la doctrine la vie des idées, Académie de législation, cycle de conférence 2022 « État de droit »*, p.604.

⁵ Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131 (INL)).

⁶ L. Da Silva et V. Ledroit, « État de droit : chronologie du conflit entre l'Union européenne, la Pologne et la Hongrie », [touteurope.eu](https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/etat-de-droit-chronologie-du-conflit-entre-l-union-europeenne-la-pologne-et-la-hongrie/) <<https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/etat-de-droit-chronologie-du-conflit-entre-l-union-europeenne-la-pologne-et-la-hongrie/>>.

⁷ Article 7§1 TUE, version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012, p. 19-20 : « Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen (...) » ; Article 7§2 TUE « Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen ».

⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 2 mai 2018, COM/2018/324 final - 2018/0136 relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre.

décidant de conditionner l'octroi de fonds européens au respect des valeurs de l'UE. Pourraient en résulter une suspension ou une suppression partielle, en cas d'atteinte aux valeurs communes de l'Union, des fonds et des aides européens. À noter que le poids de ce dispositif de conditionnalité fait particulièrement sens compte tenu du fait que la Hongrie est l'un des principaux bénéficiaires des fonds structurels européens⁹. L'articulation entre le respect de l'État de droit et la réponse budgétaire apportée tient au fait que l'Union, ainsi que l'a rappelé la Commission européenne, est une communauté de droit bâtie sur la confiance mutuelle des États membres et que ses valeurs fondent son existence et par suite son budget. Aussi, « le respect des valeurs fondamentales et de l'État de droit est une condition préalable pour garantir la bonne gestion financière des financements européens garantie aux articles 310 et 317 TFUE »¹⁰. Par conséquent, si le 11 mars 2021, la Hongrie et la Pologne se sont insurgées contre l'adoption de ce nouveau mécanisme et ont saisi conjointement la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui a d'abord retardé l'entrée en vigueur du principe de conditionnalité, la Cour a rejeté les recours des deux pays le 16 février 2022¹¹, en refusant notamment l'argument du contournement de l'article 7 TUE¹², et en avril 2022 une procédure de conditionnalité fut lancée contre la Hongrie du fait d'un « délitement de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux en Hongrie, faisant du pays un régime hybride d'autocratie électorale »¹³.

⁹ C. Grudler, « De la consécration à la violation des valeurs communes de l'Union européenne : une identité européenne entre idéaux et fractures », *Lexisnexis SA – Europe* - n° 8-9, Août/septembre 2021, p. 4.

¹⁰ M. Dziewit Benallaoua, « L'allocation des fonds européens aux pays de l'Est et leur conditionnalité », Université Panthéon-Assas, 2018, p.83 : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/2e50fb7b-4b94-4a3a-b675-ec0fffad5c20?inline>.

¹¹ CJUE, 16 février 2022, *Hongrie c/Parlement et Conseil*, aff. C-156/21, ECLI :EU :C :2021/974.

¹² Sur ce sujet, renvoi à la Lettre d'actualité 2021/2022, « L'établissement d'un régime innovant de conditionnalité pour la protection du budget de l'union par le Règlement (UE, EURATOM) n°2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 » N. Servilienne Murenzi.

¹³ E. Vasques et S. Stuart Leeson, « EU inaction has contributed to Hungary's 'electoral autocracy', MEPs say

Le 30 novembre 2022 la Commission européenne formule alors une première proposition de sanction et propose de geler le versement de 13,3 milliards d'euros de fonds à la Hongrie¹⁴, dont 7,5 milliards sont issus des fonds de cohésion destinés au pays et 5,8 milliards d'euros correspondent aux subventions allouées avec le plan de relance européen *Next Generation EU* et sont donc conditionnés par l'approbation du plan hongrois par la Commission, lequel comprend un ensemble de réformes et d'investissements nécessaires et attendus par les recommandations adressées à la Hongrie ces dernières années dans le cadre du Semestre européen. Ce plan comprend par exemple des mesures qui soutiennent l'objectif climatique et la transition numérique et portent d'importantes réformes institutionnelles visant à renforcer l'État de droit. C'est davantage l'attribution des 7,5 milliards d'euros au titre des fonds de cohésion qui pose question, en ce qu'ils concernent la part dédiée à la Hongrie sur le budget régulier de l'Union européenne. Finalement, le 12 décembre 2022 les États membres trouvent un compromis avec la Hongrie et réduisent le montant initialement proposé par la Commission à 6,3 milliards d'euros, ce qui sera perçu comme une victoire pour la Hongrie¹⁵. Ce compromis peut s'expliquer, d'une part parce que les États membres recherchent à appliquer le principe de proportionnalité mis en avant par la Cour de justice lors de la validation du mécanisme de conditionnalité, et d'autre part, par un souci de cohésion renforcé en Europe depuis le conflit armé qui oppose la Russie et l'Ukraine.

», euractiv.com, 15 sept.2022 : https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eu-inaction-has-contributed-to-hungarys-electoral-autocracy-meps-say/?_ga=2.250651712.796897789.1679171311-185070217.1678825773.

¹⁴ Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission estime que la Hongrie n'a pas suffisamment progressé dans ses réformes et doit mettre en œuvre les jalons essentiels prévus pour percevoir sa part du Fonds pour la reprise et la résilience », 30 nov. 2022 : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7273.

¹⁵ P. Tamma, « EU strikes deal with Hungary, reducing funding freeze to get Ukraine aid approved », politico.eu, 12déc. 2022 : <https://www.politico.eu/article/eu-deal-hungary-drop-vetoe-recovery-plan-approved-funding-freeze-ukraine-aid/>.

Surtout, « cette décision a permis de débloquent deux autres dossiers importants, paralysés (jusque lors) par le veto hongrois, ceux de l'aide financière de 18 milliards d'euros à destination de l'Ukraine ainsi que le projet d'impôt mondial sur les grandes entreprises de 15% proposés par l'OCDE »¹⁶. Une telle situation, qui n'est pas s'en rappeler le cas de la Pologne, soupçonnée d'avoir également usé de son droit de veto sur cette même question jusqu'à l'octroi des fonds prévus par le plan de relance européen¹⁷, ne reviendrait-elle finalement pas à reconnaître les faiblesses institutionnelles de l'Union pour faire face et à empêcher de tels blocages ? Ne s'agit-il pas d'une manifestation du « marchandage politique » pourtant précédemment fermement refusé¹⁸ ? Dès lors, l'adoption du recours à la majorité qualifiée concernant certaines questions fiscales pourrait permettre de priver de ces effets un tel chantage, le débat est relancé.

En tout état de cause, l'introduction d'une telle clause de conditionnalité rattachée à l'État de droit s'annonce complexe et critiquable d'un point de vue politique, économique et social.

II. Les limites à l'introduction d'une conditionnalité liée au respect de l'État de droit

A. Les positions disparates des acteurs politiques

Avec l'instauration du nouveau mécanisme de

¹⁶ L. Da Silva et V. Ledroit, « État de droit : chronologie du conflit entre l'Union européenne, la Pologne et la Hongrie », [touteurope.eu](https://www.touteurope.eu) : <<https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/etat-de-droit-chronologie-du-conflit-entre-l-union-europeenne-la-pologne-et-la-hongrie/>>.

¹⁷ « Impôt mondial sur les sociétés de 15% : Bruno Le Maire ferraille avec la Hongrie après un long combat avec Trump », *challenges*, 9 septembre 2022 : <https://www.challenges.fr/monde/europe/impot-mondial-sur-les-societes-de-15-bruno-le-maire-ferraille-avec-la-hongrie-apres-un-long-combat-avec-trump_827286>.

¹⁸ « Impôt minimum des multinationales : les eurodéputés veulent contourner le veto hongrois », *lefigaro*, 06 juin 2022 : <<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/impot-minimum-des-multinationales-les-eurodeputes-veulent-contourner-le-veto-hongrois-20220706>>.

conditionnalité émergent des discordes, d'abord entre les institutions européennes, puis entre les États membres. Il était admis que la solution ne devait pas venir seulement de la Commission européenne ni du Conseil, mais d'autres institutions, et notamment de la Cour de justice de l'Union européenne. Pourtant, dès l'élaboration du dispositif, les institutions divergent de point de vue quant à la délimitation des défaillances de l'État de droit devant être retenues. Concernant la notion de défaillance généralisée de l'État de droit et sa détermination, si la Commission se repose notamment sur les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹, le Parlement européen a, lui, défini une typologie d'atteintes à laquelle se référer²⁰. En outre, le fait que le Conseil européen, lequel n'exerce pas de fonction législative, puisse intervenir dans le cadre de ce mécanisme est assez inédit. Et si cela n'a pas été évoqué devant la Cour de justice, cela a été critiqué par le Parlement européen. Concernant les discordes entre les États membres, en tout état de cause, le compromis final adopté par la Commission européenne sera soumis au vote du Conseil, et seul le résultat de ce vote permettra d'apprécier si un remède à la dérive antilibérale d'un État membre a pu être trouvé. C'est-à-dire que le vote, soumis aux membres de l'Union européenne au sein du Conseil, est conditionné par les relations entretenues par les États membres. Et si une fracture aurait pu apparaître entre d'un côté les États membres contributeurs au budget, et de l'autre côté, les États membres bénéficiaires des fonds, il est

¹⁹(12) de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre 2018/0136 (COD) : « La détection d'une défaillance généralisée exige de la Commission qu'elle procède à une évaluation qualitative. Cette évaluation pourrait reposer sur les informations provenant de toutes les sources disponibles et d'institutions reconnues, dont les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, les rapports de la Cour des comptes ainsi que les conclusions et recommandations formulées par les organisations et réseaux internationaux concernés, tels que les organes du Conseil de l'Europe et le réseau européen des présidents des cours suprêmes judiciaires et celui des conseils de la justice ».

²⁰ Résolution législative du Parlement européen du 4 avril 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre (COM(2018)0324 – C8-0178/2018 – 2018/0136(COD)).

également probable que les États membres choisissent de rester pragmatiques²¹, en s'abstenant de prendre de position tranchée, motivés par leurs préoccupations nationales respectives.

B . Un impact économique etsocial discuté

Il est également possible de remettre en question le choix fait par les institutions européennes de s'attaquer au porte-monnaie des États membres qui ne respectent pas l'État de droit. En effet, si on comprend que le mécanisme de conditionnalité vise à éviter que l'Union européenne ne soit finalement qu'un dispensateur de fonds européen, un grand marché économique mais davantage un ensemble de valeurs, c'est au risque de l'accusation que les bénéficiaires finaux, c'est-à-dire les peuples eux-mêmes aient à en pâtir. Car certes, si l'arme financière fait partie des outils qui restent à la disposition de l'Union, puisque d'autres ont échoué au même endroit, et qu'on pourrait discuter de l'utilisation de fonds européens quand certains proches de Viktor Orbán sont accusés de détournement et de corruption²², sur un plan économique cela implique de sanctionner des régions ayant un réel besoin de financements dès lors que l'État serait en violation avec l'État de droit. Ne serait-ce pas alors contraire à l'esprit des traités fondateurs ? De plus, on peut se demander dans quelle mesure le mécanisme envisagé peut-être préjudiciable pour l'ensemble de l'économie européenne du fait de l'interdépendance des économies nationales dans le marché intérieur²³.

²¹ B. Sieniawski, B. Neagu, F. Pascale, K. Nikolov et S. Stuart Leeson, « État de droit : la suspension des fonds de cohésion de la Hongrie se pose en dilemme pour les pays de l'UE », euractiv.com, dans sa version du 10 nov. 2022 : <https://www.euractiv.fr/section/politique/news/etat-de-droit-la-suspension-des-fonds-de-cohesion-de-la-hongrie-se-pose-en-dilemme-pour-les-pays-de-lue/>.

²² B. Gauquelin, « A l'Est, les dirigeants eurosceptiques accusés de s'enrichir grâce aux fonds européens », lemonde.fr, 18 mai 2019 : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/05/18/a-l-est-les-scandales-de-corruption-lies-aux-fonds-europeens-se-multiplient_54637213210.html.

²³ M. Dziejewicz Benallaoua, « L'allocation des fonds européens aux pays de l'Est et leur conditionnalité

CONCLUSION

En définitive, tandis que la mise en œuvre de nouveaux instruments procéduraux cristallise les espoirs d'une meilleure protection des valeurs communes européennes, notamment en Hongrie, elle se heurte à des obstacles d'ordre politique, économique et même juridique. En tout état de cause, l'enclenchement du mécanisme de conditionnalité reste tributaire, pour que la Cour de justice agisse, d'un lien avec le droit de l'Union européenne, du fait que les violations de l'état de droit doivent affecter le budget européen²⁴, mais également du principe de subsidiarité. Aussi le fait que le recours en manquement constitue encore une alternative prometteuse pour garantir la protection de l'État de droit pourrait remettre en question le recours au mécanisme de conditionnalité. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit donc pas d'un mécanisme destiné à sanctionner en soi les violations au principe de l'État de droit²⁵. L'Union semble alors disposer soit « d'outils très puissants mais peu efficaces, soit d'outils efficaces mais plus limités dans leur périmètre »²⁶.

Il conviendra de veiller aux réformes entreprises par la Hongrie, lesquelles, nous l'espérons, sauront rassurer les inquiétudes quant au risque d'une désintégration de l'Union.

», Université Panthéon-Assas, 2018, p. 97 <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/2e50fb7b-4b94-4a3a-b675-ec0ffad5c20?inline>>.

²⁴ Article 6 du Règlement (UE, Euratom) 2020/2092, du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union. discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes, Article 6, JO L 4331 du 22.12.2020, p. 1–10. ²⁵ *Ibid.*, Article 1.

²⁶ L. Da Silva, « L'état de droit est une valeur des États européens et de l'Union européenne », 15 avr. 2022, touteleurope.eu : <<https://www.touteleurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/l-etat-de-droit-est-une-valeur-des-etats-europeens-et-de-l-union-europeenne/>>.

10/ La Pologne et le respect de l'État de droit : quelles décisions des institutions politiques européennes ?

Emma PIGNOL, Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

L'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE)¹ assoit le respect d'un socle de valeurs par l'Union européenne (UE), pensée comme unie autour de la démocratie. Il s'agit d'un modèle dans lequel l'État de droit est un principe déterminant, synonyme de soumission de la puissance publique au droit à travers le respect des normes juridiques où chacun est soumis au même droit. Au sein de l'UE, l'État de droit est garanti par les Traités fondateurs² bien qu'il soit parfois mis à mal par certains États-membres, à l'image de la Pologne.

Membre de l'Union depuis le 1^{er} mai 2004, la Pologne est gouvernée par le parti national conservateur *PiS*, dont la politique ne cesse de s'opposer à l'État de droit, corollaire de la démocratie. De telles manœuvres ayant des répercussions au sein de l'Union, les institutions politiques de l'Union européenne tentent de les faire cesser. Si certaines décisions européennes ont donné lieu à ce que la Pologne cesse ses dérives, la tendance « illibérale » de son gouvernement semble se maintenir sous couvert de l'article 4, paragraphe 2 du TUE en vertu duquel l'Union doit respecter l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles de ses membres. Cette disposition est, en l'occurrence, utilisée à mauvais escient par la Pologne afin de justifier sa conduite. Plus encore, le conflit armé opposant la Russie à l'Ukraine se déroule aux frontières de l'Union européenne : la Pologne se trouve dans une position délicate depuis plus d'un an. Si elle a rapidement agi en apportant son soutien à l'Ukraine, notamment par l'accueil de réfugiés sur son sol, il est capital de préserver la Pologne contre de potentielles attaques russes.

Il est également nécessaire de rappeler que la Pologne et la Hongrie sont membres du groupe de Visegrad³ et que cette dernière s'est positionnée en faveur de la Russie. Longtemps alliées, la Hongrie et la Pologne ont vu leurs liens distendus à la lumière du conflit en Ukraine, laissant augurer un risque supplémentaire de voir apparaître un hypothétique conflit ouvert au sein-même de l'Union.

Au vu de la crise latente de l'État de droit qui est redessinée par le conflit armé en Ukraine, il semble pertinent d'analyser les décisions des institutions politiques de l'Union européenne (UE) à l'encontre de la Pologne dans le cadre du programme *Next Generation EU*.

Qu'est-ce que le programme *Next Generation EU* ?

Pour la Commission européenne, le plan constitue une « occasion unique de sortir plus forts de la pandémie, de transformer nos économies ». La Facilité pour la reprise et la résilience (FRR)⁴ s'inscrit dans le cadre du programme *Next Generation UE*, instrument temporaire de relance pensé par l'Union en réponse aux multiples défis soulevés par la pandémie de Covid-19 pour renforcer l'économie européenne. La FRR est fondée sur des subventions et des prêts en soutien des réformes et investissements menés dans les États membres de l'UE, dont la valeur totale s'élève à 723,8 milliards d'euros. L'octroi du soutien financier aux États membres est lié à la présentation de plans par chacun d'eux, exposant ainsi la façon dont ils vont investir les fonds, sous l'égide de la Commission

¹ Article 2 du Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012, p. 13–390.

² Préambule du Traité sur l'Union européenne (TUE), version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012.

³ Formé à la suite de la Guerre froide (1991), il réunit la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Slovaquie pour leur intégration au sein de l'Union européenne et de l'Otan.

⁴ Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, JO L 57 du 18.2.2021, p. 17–75.

européenne. Il s'agit de ne pas octroyer de fonds aux États membres sans garantie d'un usage sérieux de leur part.

Le plan repose notamment sur un mécanisme de conditionnalité budgétaire⁵ suspendant le versement de fonds européens à un État membre qui violerait les principes de l'État de droit lorsque ladite violation porte atteinte ou risque de porter une atteinte suffisamment sérieuse et directe à la bonne gestion du budget de l'Union ou à la protection de ses intérêts financiers. Précisément, le règlement n° 2020/2092 dépose des règles concourant « à la protection du budget de l'Union en cas de violation des principes de l'État de droit dans un État-membre »⁶. Si l'article 7 du TUE contient un régime de sanctions des violations des valeurs européennes et de l'État de droit⁷, il présente peu de garanties d'efficacité car son déploiement suppose l'unanimité des 27 membres moins une voix tandis que la Pologne et la Hongrie bloquent cette procédure. Afin de contourner le *statu quo*, le Parlement européen et la Commission européenne, soutenus par plusieurs États membres dont la France, sont favorables au mécanisme de conditionnalité budgétaire pour réprimer les violations envers l'État de droit. Le dispositif charrie une finalité double : sanctionner financièrement les États dérogeant à l'État de droit et empêcher le mésusage du budget européen par ces mêmes États contrevenants.

Les mécanismes déployés par les institutions de l'UE en vue de contrer les dérives polonaises

Parlement européen

Le Parlement européen incarne un lanceur d'alerte en ce qu'il dénonce tant le comportement illibéral de la Pologne que

⁵ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, JOL 4331 du 22.12.2020, p. 1–10.

⁶ Préc., article 1^{er}

⁷ Article 7, paragraphe 1, Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012, p. 13–390.

l'inaction des institutions de l'Union. En effet, par une Résolution d'octobre 2021⁸, les eurodéputés invitent la Commission et le Conseil à agir compte tenu de l'urgence de la situation, en préconisant d'initier le « déclenchement, par la Commission, de la procédure prévue à l'article 6 paragraphe 1 du règlement sur la conditionnalité liée à l'état de droit pour la Pologne » et de subordonner l'approbation du projet de plan de relance polonais à l'application des arrêts de la CJUE par la Pologne.

Le Parlement européen a également constaté que la Commission n'a pas assez agi alors que la situation le nécessitait, notamment en application du mécanisme de conditionnalité budgétaire⁹. Le Parlement se montre ferme vis-à-vis de la Commission lorsqu'il relève un besoin de réaction immédiate face aux « graves violations persistantes des principes de l'état de droit dans certains États membres » qui révèlent un réel « danger pour les intérêts financiers de l'Union ». Il ressort également que le Parlement européen exclut de se soumettre aux pressions d'États membres en cause pour des violations de l'État de droit, valeur matricielle en droit de l'Union : il réprovoque « l'inaction et le laxisme » à l'œuvre et refuse que les fonds levés bénéficient à ceux qui bafouent le socle de l'Union en tant que « Communauté de droit »¹⁰. Dans le même temps, ressort une certaine déception au regard du manque d'efficacité de la Commission européenne relativement aux arrêts du 16 février 2022¹¹ de la CJUE.

Le Parlement européen réprovoque l'attitude du Conseil de l'Union¹² qui ne cesse de se

⁸ Résolution du Parlement européen du 21 octobre 2021 sur la crise de l'état de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union (2021/2935(RSP)).

⁹ Résolution du Parlement européen du 10 mars 2022 sur l'état de droit et les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (2022/2535(RSP)).

¹⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, point 23.

¹¹ CJUE, 16 février 2022, *Pologne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union*, aff. C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97.

¹² Résolution du Parlement européen du 19 mai 2022 sur le rapport 2021 de la Commission sur l'état de droit, (2021/2180(INI)).

dédouaner au titre de la règle de l'unanimité. Les députés européens ne soutiennent pas cette position puisque rien ne justifie l'inaction du Conseil, hormis un manque de consensus pour adopter des sanctions contre les États fautifs. Le Parlement européen indiquait également qu'il « condamne fermement les autorités d'États membres de l'Union qui refusent de s'engager dans le dialogue annuel de la Commission sur l'État de droit », bien que cela laisse peu de doutes sur l'absence de suites pourtant souhaitables. Il exhorte le Conseil de l'Union d'approuver le plan polonais lorsque la Pologne suivra la lettre du règlement et se fonde sur l'article 2 du TUE pour rappeler que l'accès aux fonds requiert au préalable le respect de l'État de droit. Le Parlement attend de la Pologne qu'elle rectifie durablement ses agissements, sous peine de se voir retirer les paiements perçus au titre de la FRR. Dans cette hypothèse, il reviendrait à la Commission de suspendre le versement des fonds et de recouvrer ceux qui ont été versés. En tant que « gardienne des traités »¹³, la Commission serait d'ailleurs tout à fait apte à veiller au respect des valeurs consacrées à l'article 2 du TUE et à la primauté du droit de l'Union, aux côtés de la Cour de justice. En définitive, les eurodéputés soulignent le caractère déplorable de la situation ayant cours, pour laquelle le gouvernement polonais orchestre son propre sabotage alors que « l'objectif de la FRR est de promouvoir la reprise et la résilience de l'Union et de ses États membres, y compris la Pologne ».

Commission européenne

Comme évoqué précédemment, il convient de rappeler que la procédure de sanction déclenchée en 2017 par la Commission à l'encontre de la Pologne¹⁴ est restée lettre morte depuis 6 ans désormais,

dénotant un manque d'efficacité du mécanisme. En septembre 2021, la Commission européenne a invité la CJUE à condamner la Pologne à des sanctions financières assorties d'astreintes quotidiennes jusqu'à ce que la Pologne suspende les activités de la chambre disciplinaire de sa Cour suprême, faute d'indépendance de celle-ci. Le 19 octobre 2021, la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen a réprouvé le jugement du Tribunal constitutionnel polonais¹⁵, accusé de mettre à mal les « fondations de l'Union européenne ».

Ensuite, la Commission européenne a déclenché une procédure d'infraction à l'encontre de la Pologne, n'ayant pas répondu aux attentes de la Commission précédemment évoquées. Pour cette raison, l'exécutif européen a réclamé au gouvernement polonais le paiement de 69 millions d'euros de pénalités en application de l'arrêt de la Cour. Au 20 janvier 2022, la Pologne disposait de 45 jours pour régler ses pénalités, sous peine de recevoir une nouvelle demande de paiement avec des intérêts. La Pologne n'ayant pas réagi, la Commission européenne s'est montrée ferme en ayant procédé au prélèvement d'une part du budget européen qui devait en principe lui être versée : cela témoigne d'une volonté de l'institution de ne pas rester dans le registre de la simple déclaration et de condamner financièrement les agissements polonais.

Le 1^{er} juin 2022, Ursula von der Leyen, présidente de la Commission européenne, annonce l'approbation du plan de relance polonais. Celui-ci demeurait bloqué depuis plus d'un an à cause de manquements en matière d'indépendance de la justice. Peu après, le Parlement européen a émis une résolution¹⁶ relative à l'approbation éventuelle du plan de relance polonais au regard du bon respect de l'État de droit. Il y fait d'abord part

¹³ Article 17, paragraphe 1, Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012, p. 13-390.

¹⁴ Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, COM/2017/0835 final - 2017/0360 (NLE).

¹⁵ Tribunal constitutionnel polonais, 7 octobre 2021, affaire K 3/21.

¹⁶ Résolution du Parlement européen du 9 juin 2022 sur l'état de droit et l'approbation éventuelle du plan de relance national (FRR) polonais (2022/2703(RSP)).

de doutes quant à la décision de la Commission d'approuver le plan pour la reprise et la résilience polonais, au regard de positions opposées au principe de primauté du droit de l'Union européenne¹⁷, lesquelles ont notamment justifié l'engagement de la procédure de l'article 7 du TUE.

Cour de justice de l'Union européenne

La CJUE a condamné la Pologne à 1 million d'euros d'astreinte quotidienne tant qu'elle ne se pliera pas à la suspension du fonctionnement de la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise demandée par la Commission européenne¹⁸. La Cour de justice a également eu à connaître du recours en annulation introduit par la Pologne le 11 mars 2021 pour contester le nouveau mécanisme de conditionnalité budgétaire du règlement 2020/2092. L'arrêt de rejet de la Cour sanctionne les violations de l'État de droit relativement au manque d'indépendance de la justice polonaise¹⁹ - à l'appui de l'article 19 du TUE²⁰ - et file ainsi la logique adoptée dans sa jurisprudence de 2018²¹. Les juges de Luxembourg adoptent donc une position orthodoxe : « il convient de constater que, contrairement à ce que fait valoir la Hongrie, soutenue par la République de Pologne, la finalité du règlement attaqué consiste à protéger le budget de l'Union contre des atteintes à ce dernier découlant de manière suffisamment directe de violations des principes de l'État de droit dans un État membre, et non pas à sanctionner, en soi, de telles violations »²².

¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁸ CJUE, ord., 27 octobre 2021, *Commission c/ Pologne*, C-204/21, ECLI:EU:C:2021:878.

¹⁹ CJUE, 16 février 2022, *Pologne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, pt 12.

²⁰ Article 19, Traité sur l'Union européenne, version consolidée, JO C 326 du 26.10.2012, p. 13–390.

²¹ CJUE, Gde Ch, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contre Tribunal de Contas*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pts 40-41.

²² CJUE, 16 février 2022, *Pologne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union*, C-156/21, EU:C:2022:97, point 119.

Conseil de l'Union européenne

Fin 2020, la Pologne s'est opposée au Projet de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union²³ par le programme *Next Generation EU*. Le règlement a tout de même été adopté deux jours plus tard par le Parlement européen et le Conseil de l'UE afin de supporter les conséquences de la crise économique dues à la pandémie de Covid-19. En contestant ce mécanisme, la Pologne cherche à protéger sa souveraineté, laquelle serait prétendument menacée par le plan financier de l'Union. Nonobstant, il est avéré que la suspension de ces versements serait dommageable pour la Pologne, touchée de plein fouet par les conséquences économiques de la pandémie. Cependant, le manque de latitude du Conseil de l'UE reste flagrant car il peine à « faire appliquer les valeurs de l'Union dans le cadre des procédures en cours engagées au titre de l'article 7 en réponse aux menaces qui pèsent sur les valeurs européennes communes en Pologne »²⁴.

Plus encore, pour ne pas avoir eu recours à l'article 7 du TUE, le Conseil paraît passif sinon laxiste et « porte atteinte à l'intégrité des valeurs européennes communes, à la confiance mutuelle et à la crédibilité de l'Union dans son ensemble ». Cela a régulièrement été soulevé par le Parlement européen dans l'espoir que le Conseil cesse de se retrancher derrière la règle de l'unanimité, motif qu'il estime erroné. C'est en ce sens que le Parlement avait exhorté la présidence française au Conseil de l'Union à s'investir pour le « renforcement de l'État de droit et à la protection des droits fondamentaux », comme promis dans son programme. En mai 2022, le Parlement européen a insisté sur un manque de

²³ Conseil de l'Union européenne, dossier interinstitutionnel, 2018/0136(COD), 14 décembre 2020 (disponible sur EUR-Lex : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>).

²⁴ Résolution du Parlement européen du 10 mars 2022 sur l'état de droit et les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (2022/2535(RSP)).

dynamisme du Conseil et a fortement invité celui-ci à approuver le plan polonais²⁵.

Actuellement, le *statu quo* persiste : les institutions demeurent silencieuses et la Pologne n'envoie pas de signaux clairs quant à l'adaptation de son comportement en vue de coïncider aux attendus de la Commission européenne et du Parlement européen.

En somme, la situation polonaise préoccupe véritablement l'UE et ses institutions, d'autant plus que la guerre en Ukraine est un catalyseur : à cet égard, il est nécessaire d'agir. Le programme *Next Generation EU* et le mécanisme de conditionnalité budgétaire permettent aux institutions de l'Union de pressuriser la Pologne en matière financière pour sanctionner ses atteintes répétées à l'État de droit.

Le Parlement est très actif par le biais de ses résolutions et n'hésite pas à rappeler à l'ordre les autres institutions et à dénoncer les dérives du gouvernement polonais. De son côté, la Commission présente un bilan contrasté en manquant hélas de fermeté dans ses prises de décision tandis que le Conseil de l'UE se défile au motif de la règle de l'unanimité.

Or, les eurodéputés ont souvent relevé qu'il n'était pas nécessaire de faire usage de cette modalité de vote au vu de l'urgence criante de la situation. Enfin, il reste complexe de convaincre un État de respecter les Traités et de parvenir à un accord durable. Comme le soulignait Ursula von der Leyen, « nous ne sommes pas au bout du chemin en ce qui concerne l'État de droit en Pologne », signe d'un long combat pour le respect de l'État de droit par la Pologne, étant perçue comme un « rempart » pour l'Union dans le contexte actuel de la guerre en Ukraine. Cela explique la volonté des institutions de faire cesser les dérives polonaises contre l'État de droit.

²⁵ *Ibid.*

11/ Le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières : enjeux juridiques

Tehreem IMTIAZ HUSSAIN, Master 2 Droit européen parcours Systèmes juridiques européens

Le 13 décembre 2022, le Parlement européen et le Conseil ont trouvé un accord politique sur l'adoption et la mise en œuvre du mécanisme d'ajustement carbone aux frontières de l'Union européenne (MACF). Cet accord, désormais adopté par le Parlement européen, est entrée en vigueur le 16 mai 2023. La Commission européenne avait détaillé les modalités de fonctionnement de ce mécanisme en juillet 2021, après l'avoir annoncé dans sa présentation du Pacte vert pour l'Europe en décembre 2019.

Selon la Commission européenne, ce mécanisme, doit pouvoir rendre plus équitables les conditions de concurrence entre les producteurs de l'Union et ceux des pays tiers². En effet, ce mécanisme attribue un prix du carbone à certains produits importés, tout en supprimant progressivement la délivrance de quotas d'émission à titre gratuit aux entreprises industrielles de l'Union. La commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire (ENVI) du Parlement européen a, néanmoins adopté un rapport apportant d'importantes modifications ce mécanisme.

Le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne, également connu sous le nom de système communautaire d'échange de quotas d'émission, est un mécanisme de droits d'émissions de CO₂ qui est introduit au sein de l'Union européenne dans le cadre de la ratification par l'UE du protocole de Kyoto. Ce système plafonne les émissions de gaz à effet de serre et les divise en quotas d'émission. Chaque quota permet l'émission d'une tonne de dioxyde de carbone (CO₂) ou d'équivalent CO₂.

Ces quotas peuvent être mis aux enchères. Toutefois, les secteurs exposés à un risque de fuite de carbone (par exemple, délocalisation de la production en raison de différences dans le prix du carbone) reçoivent des quotas gratuits du SEQE.

La Commission a ensuite présenté le paquet « Ajustement à l'objectif 55 »³ en juillet 2021. Ce

paquet doit permettre à l'Union d'honorer son objectif de réduction de ses émissions nettes de gaz à effet de serre de 55% à l'horizon 2030. Conformément aux articles 191 et 192, paragraphe 1 du TFUE, l'Union contribue notamment à la lutte contre le changement climatique.

I. Le MACF : un accord proposé par la Commission et approuvé par le Parlement européen

Présenté le 14 juillet 2021 par la Commission européenne, le règlement⁴ relatif au MACF, a pour objectif principal d'égaliser les prix du carbone appliqués aux produits européens et aux produits importés, afin de limiter la fuite de carbone et de favoriser la réduction des émissions au niveau mondial. Ainsi sur la période 2026-2035 la Commission propose l'introduction progressive d'un prix du carbone applicable à certains produits, en même temps que la suppression progressive de l'allocation de quotas du SEQE à titre gratuit aux producteurs européens. Cela a pour objectif notamment de garantir l'équité des conditions de concurrence entre producteurs de l'Union et producteurs des pays tiers. Durant la phase de transition, à partir de 2023, les importateurs de ces secteurs devraient déclarer leurs émissions intrinsèques de gaz à effet de serre, le cas échéant, de protoxyde d'azote et d'hydrocarbures perfluorés. Ces derniers ne seraient donc pas tenus de payer les ajustements financiers. Une fois ce mécanisme pleinement opérationnel, à partir de 2026, les importateurs européens de ces produits devront obtenir un agrément délivré par une autorité chargée du MACF et acquérir des certificats carbone correspondant au prix du carbone qu'ils auraient payé pour produire les biens au sein de l'Union, les quotas gratuits étant en parallèle progressivement réduits. Cette phase de transition va permettre une transition

² Commission européenne, « Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières » : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EPRS_ATA\(2022\)729462_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EPRS_ATA(2022)729462_FR.pdf).

³ Commission européenne et Conseil de l'UE, « Ajustement à

l'objectif 55 » - Le plan de l'UE pour une transition écologique <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>.

⁴ Commission européenne, « Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières ».

prudente, prévisible et proportionnée pour les entreprises de l'UE et des pays tiers, ainsi que pour les autorités.

Le Parlement européen, dans sa résolution d'initiative⁵ de mars 2021 sur un mécanisme européen d'ajustement carbone aux frontières compatible avec l'OMC, a déclaré que le mécanisme devrait couvrir toutes les importations de produits couverts par le SEQE de l'UE, et que les pays les moins avancés devraient bénéficier d'un traitement spécial.

La commission ENVI prévoit dans son rapport que ce mécanisme couvre davantage de produits et de secteurs et inclut les émissions indirectes. Les recettes du MACF iront au budget de l'UE et un montant correspondant sera alloué aux efforts de décarbonation dans les pays les moins développés.

II. Le MACF : une éventuelle ressource propre de l'UE à l'avenir fondée sur le pilier I de l'accord multilatéral de l'OCDE/G20 sur la fiscalité internationale

Cette ressource, qui n'a pris effet qu'à l'entrée en vigueur de l'accord multilatéral, représente une part de 15% des bénéfices résiduels de certaines sociétés multinationales alloués aux États membres de l'Union⁶. Les recettes de cette nouvelle taxe sur le budget de l'Union sont estimées entre 2,5 et 4 milliards d'euros par an.

III. Le long processus de négociations des États membres et eurodéputés aboutissant au MACF

Les députés ont voté pour une résolution non contraignante sur le mécanisme d'ajustement de la frontière carbone en date du 10 mars 2021. Avec ce texte, les eurodéputés ont voulu influencer politiquement les orientations de ce mécanisme. Le 14 juillet, la Commission européenne a présenté une proposition législative « Fit for 55 » incluse dans le « Paquet Climat ». Celle-ci comprend de nombreuses mesures environnementales. Désormais le Parlement

européen a adopté ce texte en première lecture, le 18 avril 2023 et celui-ci est entré en vigueur le 16 mai 2023, date de la publication de l'acte final au Journal officiel.

Dans sa position sur le sujet, le Conseil a, quant à lui, essentiellement proposé deux modifications par rapport au projet de l'exécutif européen. Les États membres de l'Union européenne ont donc souhaité centraliser un nouveau registre des importateurs déclarés au niveau communautaire et exempter de ces procédures les exportations vers l'UE d'un montant inférieur à 150 euros. Lors de la réunion du Conseil Environnement du 28 juin, les ministres ont convenu de supprimer progressivement les quotas gratuits pour les secteurs touchés par le MACF sur une décennie, de 2026 à 2035. Entre-temps, le Parlement européen a finalement approuvé la position de négociation le 22 juin 2022. En effet, lors de la session plénière du 8 juin, les eurodéputés ont voté contre les réformes du marché du carbone et étaient divisés sur la question des quotas gratuits pour les entreprises européennes. Par conséquent, deux textes (marché de carbone et MACF) ont été renvoyés à la Commission pour une discussion plus approfondie.

Après un premier compromis le 13 décembre 2022, les eurodéputés et les États membres se sont mis d'accord sur ce paquet de réformes le 18 décembre. Cela comprend également la révision du marché du CO2 et du Fonds social pour le climat.

IV. Quelles conséquences ce mécanisme aura-t-il sur la politique industrielle et commerciale de l'UE⁷ ?

Malgré des décennies de recherche, ce mécanisme demeure très novateur pour l'union. Selon l'eurodéputé François-Xavier Bellamy (PPE), il s'agit même d'une « révolution idéologique ».

Le député estime que ce mécanisme permet à l'UE de développer un « nouveau rapport à la mondialisation ». Dans la mesure du possible pour l'utilisateur final [...]. Aujourd'hui, nous assistons à l'effondrement de

⁵ Commission européenne, « Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières » : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EP_RS_ATA\(2022\)729462_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EP_RS_ATA(2022)729462_FR.pdf).

⁶ Site du Sénat, Projet de loi de finances 2023 : Affaires européennes.

⁷ Touteurope, « Climat, qu'est-ce que le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, ou « taxe carbone européenne ? », mis à jour le 25.04.2023 : <https://www.touteurope.eu/environnement/changement-climatique-qu-est-ce-que-le-mecanisme-d-ajustement-carbone-aux-frontieres-ou-taxe-carbone-europeenne/>.

cette idéologie. Ce mécanisme met en place des stratégies environnementales et industrielles qui permettent la transition vers une concurrence loyale entre les entreprises européennes et mondiales.

Au-delà de ce changement de paradigme, le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières marque un tournant dans la politique industrielle et commerciale européenne. L'UE, qui prône, selon les mots d'Ursula von der Leyen, « la fin de l'Europe naïve », veut créer les conditions d'une concurrence équitable pour les entreprises des pays tiers. Ainsi, en mettant en place ce mécanisme, les entreprises du monde entier bénéficieront des mêmes conditions d'accès au marché européen.

V. Comment les importateurs de l'UE peuvent-ils faire en sorte d'obtenir les informations nécessaires de leurs exportateurs hors UE afin de pouvoir utiliser correctement le nouveau système?

Les informations sur les émissions agrégées pour les produits couverts par le MACF devraient être fournies par les fabricants de pays tiers aux importateurs enregistrés de l'UE⁸. Si ces informations ne sont pas disponibles lors de l'importation de marchandises, les importateurs de l'UE peuvent utiliser la valeur par défaut des émissions de CO₂ pour chaque produit pour déterminer le nombre de quotas qui doivent être achetés. Néanmoins, l'importateur peut vérifier les émissions réelles par le biais d'une procédure de vérification croisée et délivrer un nombre correspondant de certificats MACF en conséquence.

VI. Le MACF est avant tout un mécanisme à portée environnementale. Est-il efficace de ce point de vue ?

Ce mécanisme devrait permettre de réduire de moitié les fuites de carbone de l'Union vers le reste du monde à l'horizon 2040, alors que ces fuites seront de plus en

plus importantes, au fur et à mesure que les prix du quota d'émission vont augmenter. Politiquement, c'est un moyen de rendre les futures initiatives sur le changement climatique plus acceptables pour les industriels européens.

Ces industriels paieront les quotas carbone de plus en plus cher, mais ne seront pas les seuls à porter l'effort, ce dernier étant imposé aux produits importés. Cependant, ce mécanisme ne suffira pas à lui seul à faire reculer les émissions globales⁹. En effet, les émissions européennes représentant moins de 10 % des émissions mondiales, le MACF réduira de moins de 1 % les rejets mondiaux à l'horizon 2040. Mais ce mécanisme pourrait être un moyen d'amener les partenaires commerciaux de l'UE, notamment la Chine et les États-Unis, à la table des négociations pour les inciter à mettre en place des politiques climatiques plus ambitieuses. En effet, sans une approche internationale, la politique européenne, même très ambitieuse, ne sera pas suffisante pour limiter les émissions de GES mondiales.

Il reste par ailleurs de nombreuses interrogations sans réponse. La question de la destination des ressources générées par la vente des certificats MACF peut être soulevée. Elles pourraient venir abonder le Fonds social pour le climat pour la transition énergétique dont la création a été annoncée lors du trilogue du 18 décembre 2022. Une telle solution aurait pour objectif principal la protection du climat. Se pose également une autre question. Celle de savoir notamment comment protéger la compétitivité des produits européens lorsqu'ils sont exportés dans un pays où la réglementation climatique est en-deçà des standards européens. Il semble que la possibilité d'allouer gratuitement des quotas d'émission de GES à ces produits destinés à l'exportation soit envisagée.

Nous comprenons la logique commerciale (bien qu'il puisse s'agir de « subventions à l'exportation » strictement interdites par le droit de l'OMC). En revanche, d'un point de vue climatique, de telles mesures équivalent à des certificats gratuits pour les entreprises européennes exposées aux fuites de carbone. Cela montre les limites de la mesure

⁸ Commission européenne, « Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières » : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EPRS_ATA\(2022\)729462_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729462/EPRS_ATA(2022)729462_FR.pdf).

⁹ Latribune, « Comment éviter que les politiques climatiques européennes ne favorisent les délocalisations ? ».

européenne, en tant qu'elle est une réponse unilatérale à une problématique mondiale.

VII. Quelles sont les implications diplomatiques et l'impact sur le multilatéralisme climat ?

Sur le plan international beaucoup de critiques de la part des partenaires commerciaux de l'Union européenne ont été révélés lors des discussions entourant l'adoption du mécanisme¹⁰. Les pays comme l'Australie et la Chine en font partie. En effet, le président Xi Jinping s'est dit opposé à un tel mécanisme lors d'un sommet virtuel avec la France et l'Allemagne le 16 avril.

¹⁰ Réseau action climat - France, le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières de l'union européenne, en faire un véritable

outil pour l'action climatique, Position RAC – CBAM.

Vers une Europe indépendante : les grands enjeux de la souveraineté numérique et de l'autonomie stratégique



MIL

MARCHÉS,
INSTITUTIONS,
LIBERTÉS



2023