

L'Union européenne face au défi de la «démocratie illibérale»

FRANCESCO MAIANI*

Mots-clés: État de droit, Union européenne, Cour de justice de l'Union européenne, conditionnalité, recul démocratique, Pologne, Hongrie

A. Introduction

Selon l'art. 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), «[l']Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes».

Cette disposition n'a pas une portée purement rhétorique. Tout État souhaitant devenir membre de l'Union doit démontrer qu'il respecte ces valeurs (art. 49 TUE) et, pour la gouvernance de l'Union et pour l'intégrité de son ordre juridique, il est essentiel qu'il continue à le faire après avoir été admis. En effet, la légitimité des délibérations du Conseil serait atteinte si un gouvernement non démocratique y participait (voir art. 10 TUE); la violation systématique des droits fondamentaux dans l'un des États membres, grave en soi, est susceptible d'entraver le bon fonctionnement des politiques de l'Union qui reposent sur la confiance mutuelle quant au respect de ces droits¹; le non-respect des principes de l'État de droit rend impossible l'application correcte et uniforme du droit de l'Union, qui dépend notamment de l'existence d'un

* Prof. Dr. iur. FRANCESCO MAIANI, Professeur de droit européen à l'Université de Lausanne. Je tiens à remercier RICCARDO DURIGON, doctorant à l'Université de Lausanne, pour son aide précieuse dans la mise en forme de la contribution.

1 Voir Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), aff. jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, A. K., ECLI:EU:C:2019:982. Pour de plus amples développements, voir FRANCESCO MAIANI/SARA MIGLIORINI, One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice, *Common Market Law Review* 2020, p. 7-44.

pouvoir judiciaire indépendant et prêt, au besoin, à ne pas appliquer le droit national contraire au droit de l'Union².

Le scénario d'une régression de l'État de droit dans un ou plusieurs États membres n'est hélas pas une hypothèse d'école. Comme la section B. de cet article le rappellera brièvement, l'Union est confrontée à un phénomène accentué de «recul démocratique» notamment en Hongrie et en Pologne. Le problème est épineux pour l'Union. Il exige impérativement une réponse efficace de cette dernière mais, d'une part, elle ne dispose d'aucun instrument lui permettant d'invalider directement les réformes illibérales introduites au niveau national³ et, d'autre part, ces réformes ont été introduites à la faveur de larges majorités électorales et l'Union risque, même par des interventions plus détournées, de provoquer un réflexe paradoxal de défense «démocratique» contre l'«ennemi externe» et de renforcer ainsi les partis au pouvoir⁴. La section C. retracera les diverses réponses de l'Union entre tentatives infructueuses de mobiliser les instruments *ad hoc* prévus par les Traités, avancées jurisprudentielles et innovations institutionnelles. Les remarques conclusives de la section D. tenteront de fournir une appréciation d'ensemble – et provisoire – concernant l'efficacité des instruments à disposition de l'Union.

B. Le recul démocratique en Hongrie et Pologne

I. Introduction

Hongrie et Pologne, jadis les «bons élèves» de la transition démocratique, sont devenus, au fil de la dernière décennie, des exemples marquants – quoique hélas non uniques – de recul démocratique au sein de l'Union⁵. Il existe un fort rapport de proximité idéologique entre les deux pays, ainsi qu'une solidarité politique évidente, mais les caractéristiques et l'étendue de leur recul sont différents, comme nous le verrons ci-dessous.

2 CJUE, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, § 43.

3 Qu'il soit permis de renvoyer à ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, *Enhancing centralized enforcement of EU law: Pandora's Toolbox?*, *Common Market Law Review* 2014, p. 1057–1092, p. 1060 ss.

4 DARIUSZ ADAMSKI, *The Social Contract of Democratic Backsliding in the «New EU» Countries*, *Common Market Law Review* 2019, p. 623–666.

5 KRZYSZTOF ZUBA, *From the poster boy of Europeanization to the sick man of Europe: thirty years (1990–2019) of Poland's European policy*, *European Politics and Society* 2021 22(3), p. 394–409. Voir aussi GRÁINNE DE BÚRCA, *Poland and Hungary's EU membership: On not confronting authoritarian governments*, *International Journal of Constitutional Law* 2022 20(1), p. 13–34, p. 29.

II. La Hongrie, laboratoire de la «démocratie illibérale»

La Hongrie a entamé son parcours de régression démocratique avec la victoire du parti *Fidesz* aux élections de 2010. La grande majorité obtenue aux urnes lui a permis de procéder à une refonte complète des lois fondamentales de l'État⁶. Depuis, le parti a été confirmé trois fois au pouvoir par l'électorat et le gouvernement n'a eu cesse d'œuvrer dans le sens de l'établissement d'une «démocratie illibérale», selon les propos de son président M. Viktor Orbán⁷.

L'attaque au système des contre-poids démocratiques et des libertés fondamentales a été menée sur de nombreux fronts. Les réformes introduites ou projetées ont d'ailleurs souvent été retirées ou modifiées en réaction aux critiques reçues par différents acteurs internationaux, mais maintenues dans leur substance, ou réintroduites après-coup sous une forme différente, ce qui rend leur suivi plus difficile⁸. Plutôt que de tenter de fournir un cadre exhaustif et détaillé, nous nous contenterons de mentionner les domaines dans lesquels les réformes les plus controversées ont été introduites.

Sur le plan procédural, deux problèmes transversaux doivent être mentionnés au préalable. Le premier vise l'ensemble des réformes entreprises, dont notamment la réforme de la Constitution, de la législation électorale ou encore des institutions de défense des droits de l'homme, qui ont été décidées par la majorité au pouvoir de manière expéditive, sans consultation significative des autres acteurs sociétaux, et parfois même en périodes d'état d'urgence⁹. Le deuxième concerne le grand nombre des réformes adoptées, y compris dans leurs aspects les plus techniques, tel le découpage des circonscriptions électorales, par voie d'amendements constitutionnels ou de «lois cardinales» devant être approuvées par une majorité de deux tiers des votants¹⁰. Conçues pour garantir que les réformes importantes soient adoptées avec la participation de l'opposition, ces majorités qualifiées ont, au contraire, été utilisées pour verrouiller les décisions unilatérales de la majorité¹¹.

-
- 6 Voir Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), Avis n. 621/2011 CDL-AD(2011)016 sur la nouvelle constitution de la Hongrie, 20 juin 2011.
 - 7 Sur l'expression et sa genèse, voir GÁBOR HALMAI, *Illiberal Democracy and Beyond in Hungary*, *Verfassungsblog*, 24 août 2014: <<https://verfassungsblog.de/illiberal-democracy-beyond-hungary-2/>>.
 - 8 Voir par ex. Rapport du Sénat Français, *La Hongrie et l'Union européenne, quatre ans après la «révolution par les urnes»*, 26 février 2014: <<https://www.senat.fr/rap/r13-406/r13-4061.pdf>>, p. 9-15. Voir aussi DE BÚRCA (note 5), p. 27.
 - 9 Voir à titre d'exemple Commission de Venise, Avis n. 1035/2021 CDL-AD(2021)029 sur les amendements constitutionnels adoptés par le parlement de la Hongrie en décembre 2020, 2 juillet 2021, § 83.
 - 10 Voir à titre d'exemple Commission de Venise et Bureau de L'OSCE pour les Institutions Démocratiques et les Droits de l'Homme (OSCE/BIDDH), Avis conjoint n. 662/2012 CDL-AD(2012) 012 relatif à la loi sur les élections des membres du parlement de Hongrie, 18 juin 2012, § 11.
 - 11 La critique recourt dans les avis adoptés par la Commission de Venise: voir par ex. CDL-AD (2011)016, (note 6) § 24, CDL-AD(2021)029 (note 9), § 57.

Sur le plan matériel, comme indiqué, tous les piliers de l'État de droit démocratique ont été mis sous pression. La nouvelle Constitution, adoptée en 2011, a ouvert la voie à une réorganisation complète du pouvoir judiciaire, mettant à mal l'indépendance des juges et le droit au juge naturel¹². La Cour Constitutionnelle a pour sa part vu ses compétences réduites, puis a été «conquise» par la majorité au pouvoir à la faveur de nouvelles procédures de nomination des juges¹³. La législation électorale a aussi été revue à plusieurs reprises de manière unilatérale¹⁴, et la pratique développée sous son empire a mené à des élections qui ont pu être qualifiées de «*free but not fair*»¹⁵.

Ce résultat, en partie dû au cadre législatif, est aussi le résultat des efforts menés par la majorité au pouvoir pour réduire le pluralisme au sein du pays et neutraliser les contrepouvoirs représentés par une information libre et par les organisations de la société civile. Le premier acte significatif dans cette direction a été la «réforme des médias» de 2010, qui a été âprement critiquée dans le pays et à l'étranger et qui, même remaniée à plusieurs reprises, porte atteinte à la liberté des médias¹⁶. Au nom de la lutte contre les ingérences de l'étranger, des fortes atteintes ont également été portées à la liberté d'association – notamment par une loi sur la transparence financière des

-
- 12 Commission de Venise, Avis n. 663/2012 CDL-AD(2012)001 sur la loi CLXII de 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges et la loi CLXI de 2011 sur l'organisation et l'administration des Tribunaux de la Hongrie, 19 mars 2012; Avis n. 683/2012 CDL-AD(2012)020 relatif aux Lois Organiques sur le Système Judiciaire modifiées à la suite de l'adoption de l'avis CDL-AD(2012)001, 15 octobre 2012; Avis n. 1050/2021 CDL-AD(2021)036 sur les modifications de la Loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux et la Loi sur le statut juridique et la rémunération des juges adoptées par le Parlement hongrois en décembre 2020, 18 octobre 2021.
- 13 Voir Commission de Venise, Avis n. 665/2012 CDL-AD(2012)009 sur la loi CLI de 2011 relative à la Cour Constitutionnelle de Hongrie, 19 juin 2012; et Avis n. 720/2013 CDL-AD(2013)012, sur le quatrième amendement à la Loi Fondamentale de la Hongrie, 17 juin 2013. Voir aussi GÁBOR HALMAI, Dismantling constitutional review in Hungary, *Rivista di Diritti Comparati* 2019, p. 31–47.
- 14 Voir CDL-AD(2012)012, (note 10); Commission de Venise et Bureau de L'OSCE pour les Institutions Démocratiques et les Droits de l'Homme (OSCE/BIDDH), Avis conjoint n. 1040/2021 CDL-AD(2021)039, Hongrie – Avis Conjoint sur les Amendements de 2020 à la Législation Électorale, 18 octobre 2021.
- 15 Voir ANDRÁS RÁCZ, Free, But Not Fair Elections in Hungary – Further Crackdown on Civil Society is Likely, International Centre for Defense and Security, avril 2018. Voir aussi OCSE, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Hungary Parliamentary Elections and Referendum 3 April 2022 – Election Observation Mission Final Report, 29 juillet 2022: <<https://www.osce.org/files/f/1/documents/2/6/523568.pdf>>.
- 16 Voir Commission de Venise, Avis n. 798/2015 CDL-AD(2015)015 sur la législation relative aux médias de Hongrie, 22 juin 2015; INTERNATIONAL PRESS INSTITUTE, Mission report: media freedom in Hungary ahead of 2022 election, 21 Mars 2022: <<https://ipi.media/mission-report-media-freedom-in-hungary-ahead-of-2022-election/>>.

ONG étrangères adoptée au milieu d'une campagne virulente¹⁷ – ainsi qu'à la liberté académique¹⁸.

Un dernier élément digne de mention est la mise en place de politiques visant à discréditer, marginaliser ou discriminer des groupes sociaux *lato sensu* minoritaires. Ainsi, la Loi réglementant le statut des églises, adoptée fin 2011, a entraîné la radiation de nombreuses églises auparavant reconnues, a placé sous le contrôle direct de la majorité au pouvoir le processus de (re-)reconnaissance des organisations religieuses, et a entraîné, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, la violation des art. 9 et 14 CEDH¹⁹. La communauté LGBTQIA+ a également fait l'objet de mesures comportant des risques de discrimination, voire réalisant directement un tel risque et restreignant gravement la liberté d'expression au nom de la lutte contre la «propagande de l'homosexualité»²⁰.

Un dernier exemple important est constitué par l'évolution des politiques migratoires depuis 2015. D'une part, sur fond de propagande anti-immigrés, des politiques draconiennes ont été mises en place aboutissant entre autres au déni du droit de demander l'asile dans le pays, ainsi qu'à des pratiques de détention systématique dans les zones frontalières enfreignant l'interdiction des traitements inhumains et dégradants²¹. D'autre part, et en continuité parfaite avec les politiques de neutralisation de la société civile organisées mentionnées ci-dessus le gouvernement a mené une campagne virulente contre les organisations d'aide aux migrants criminalisant leurs activités par le biais d'une loi dite «Stop Soros» et taxant lourdement le financement de leurs activités²².

17 Commission de Venise, Avis n. 889/2017, CDL-AD(2017)015, Hongrie – Avis concernant le projet de loi sur la transparence des organisations recevant de l'aide de l'étranger, 20 juin 2017.

18 Commission de Venise, Avis n. 891/2017, CDL-AD(2017)022, Hongrie – Avis sur la loi XXV du 4 avril 2017 portant modification de la loi CCIV de 2011 sur l'enseignement supérieur national, 9 octobre 2017.

19 Commission de Venise, Avis n. 664/2012, CDL-AD(2012)004 sur la Loi CCVI de 2011 sur le droit à la liberté de conscience et de religion et le statut juridique des églises, confessions et communautés religieuses de Hongrie, 19 mars 2012; CourEDH, arrêt *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. c. Hongrie* du 28.06.2014.

20 Sur les amendements constitutionnels en matière de mariage et famille, voir CDL-AD(2021)029 (note 9); sur la législation visant à réprimer la «propagande de l'homosexualité», voir Commission de Venise, Avis n. 1059/2021, CDL-AD(2021)050, Hongrie – Avis sur la Compatibilité avec les normes internationales en matière de droits de l'homme de l'acte LXXIX modifiant certains actes pour la protection des enfants, 23 décembre 2021.

21 Voir CourEDH, arrêt *R.R. e.a. c. Hongrie* du 05.07.2021, arrêt *H.M. e.a. c. Hongrie* du 02.06.2022. Pour une analyse d'ensemble, v. TAMÁS HOFFMANN, *Illegal Legality and the Façade of Good Faith – Migration and Law in Populist Hungary*, *Review of Central and East European Law* 2022 47:1, p. 139–165.

22 Voir Commission de Venise et Bureau de L'OSCE pour les Institutions Démocratiques et les Droits de l'Homme (OSCE/BIDDH), Avis conjoint n. 919/2018, CDL-AD(2018)013, Hongrie – Avis conjoint relatif aux dispositions du projet de train de mesures législatives dénommé «Stop Soros» qui ont des répercussions directes sur les ONG (en particulier le projet d'art. 353a du Code Pénal sur la facilitation de l'immigration irrégulière), 25 juin 2018; et Avis conjoint n. 941/2018, CDL-AD(2018)035, Hongrie – Avis conjoint concernant l'article 253 de la Loi

III. La Pologne et le démantèlement de l'indépendance judiciaire

Ouvertement inspiré de son homologue hongrois²³, le gouvernement polonais, constitué suite à la victoire du parti «Droit et justice» aux élections de 2015, a aussi entrepris de transformer l'État en s'éloignant des standards démocratiques européens. Il existe actuellement de fortes préoccupations concernant la liberté des médias²⁴, la discrimination des ONG critiques du parti au pouvoir dans l'accès aux fonds publics²⁵, la discrimination de la communauté LGBTQIA+²⁶, ou encore la violation massive des droits fondamentaux des migrants, notamment à la frontière avec la Biélorussie²⁷. Le débat sur le recul démocratique en Pologne est toutefois très fortement axé sur le démantèlement progressif et systématique de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Les attentions de la majorité au pouvoir se sont d'abord portées sur le Tribunal Constitutionnel, qui avait joué un rôle important de contre-poids pendant le premier gouvernement du parti «Droit et justice»²⁸. Dès la victoire électorale, les autorités politiques ont œuvré pour entraver le fonctionnement du Tribunal, notamment en refusant de publier ses arrêts, empêchant ainsi leur prise d'effet²⁹. Simultanément, à travers la nomination des nouveaux juges, entachée de graves irrégularités³⁰, elles ont établi leur contrôle sur le Tribunal, qui a de ce fait cessé de jouer son rôle d'institution indépendante³¹. Par la suite, au travers d'une réforme globale de l'organisation du pouvoir judiciaire touchant

XLI du 20 juillet 2018 modifiant certaines lois fiscales et autres lois connexes et relative à la taxe spéciale sur l'immigration, 17 décembre 2018.

- 23 J. Kacinski: «[u]n jour on aura Budapest à Varsovie», cité par JACQUES RUPNIK, *Panorama politique d'Europe centrale*, in: Jean-Pierre Pagé/Julien Vercueil (dir.), *Tableau de bord des pays d'Europe centrale et orientale et d'Eurasie*, 2018, p. 8 ss, p. 10.
- 24 Parlement Européen, *Résolution du Parlement européen sur la liberté des médias et la nouvelle détérioration de l'état de droit en Pologne*, 16 septembre 2021, 2021/2880(RSP); INTERNATIONAL PRESS INSTITUTE, *Democracy Declining: Erosion of Media Freedom in Poland, Media Freedom Rapid Response (MFR) Press Freedom Mission to Poland (November-December 2020) Mission Report*, Vienna 2021.
- 25 Conférence des OING du Conseil de l'Europe, *Visit by the Conference of INGOs of the Council of Europe to Warsaw – June 2016 – Participation of NGOs in the decision-making process in the Republic of Poland – Report*, Juin 2016: <<https://rm.coe.int/16806ca7f2>>, p. 7.
- 26 Commission Européenne, *Communiqué de presse, Valeurs fondatrices de l'UE: la Commission ouvre des procédures contre la Hongrie et la Pologne pour violation des droits fondamentaux des personnes LGBTQIQ*, 15 juillet 2017, IP/21/3668.
- 27 Voir Tierce intervention de la Commissaire aux droits de l'homme dans l'affaire CourEDH, *R. A. e.a. c. Pologne*, (42120/21), CommDH(2022)3: <<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-interven-before-the-european-court-of-human-rights-in-a-case-concerning-the-situation-of-asylum-seekers-and-migrants-stranded-at-the-bo>>.
- 28 ADAM PŁOSZKA, *It Never Rains but it Pours. The Polish Constitutional Tribunal Declares the European Convention on Human Rights Unconstitutional*, *Hague Journal on the Rule of Law* 2022.
- 29 Commission de Venise, *Avis n. 833/2015, CDL-AD(2016)001, Avis sur les amendements à la Loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal Constitutionnel de Pologne*, 11 mars 2016.
- 30 Voir CourEDH, arrêt *Xero Flor c. Pologne* du 7 mai 2021, § 211 ss.
- 31 Voir en particulier: WOJCIECH SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford 2019.

notamment au système des procédures disciplinaires, ainsi que d'une réforme baissant l'âge de la retraite des juges de la Cour Suprême, le gouvernement a porté fortement atteinte à l'indépendance des juges ordinaires.

C. L'instrumentaire «État de droit» de l'Union européenne et son usage

I. Introduction

Des États présentant des problèmes aussi sévères que la Hongrie ou la Pologne, sous l'angle de l'État de droit, auraient difficilement pu être admis dans l'Union européenne. A présent, celle-ci ne dispose plus du bras de levier représenté par les conditionnalités de pré-adhésion, ni du droit d'expulser un État membre, comme peut le faire le Conseil de l'Europe³².

L'art. 7 TUE prévoit toutefois des procédures pouvant mener à la suspension, pour l'État concerné, des droits découlant de l'appartenance à l'Union (section II.). Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice a précisé les conditions auxquelles la procédure en manquement, prévue par les art. 258 ss du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), peut être mobilisée pour sanctionner indirectement les manquements aux valeurs de l'art. 2 TUE (section III.). Et enfin, dans un effort d'ingénierie institutionnelle et dans le but d'élargir ses instruments de protection de l'État de droit, le législateur de l'Union a abouti à la création de nouveaux instruments de conditionnalité financière (section IV.).

II. Les procédures de censure de l'art. 7 TUE

Aux termes de l'art. 7 par. 1 TUE, le Conseil des ministres peut constater, à une majorité de quatre cinquièmes, l'existence d'un «risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2». Ce constat ne comporte pas de sanction³³. L'art. 7 par. 2 TUE, qui peut être appliqué indépendamment de l'application préalable de l'art. 7 par. 1 TUE, donne en revanche au Conseil européen le pouvoir de constater à l'unanimité l'existence d'une «violation grave et persistante» de ces mêmes valeurs. Sur la base de ce constat, le Conseil des ministres peut décider, à la majorité qualifiée, de suspendre «certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y com-

32 Statut du Conseil de l'Europe, RO 1963 769, art. 8.

33 Ou à tout le moins, pas de sanction directe: voir CJUE, aff. C-650/18, Hongrie/Parlement, ECLI:EU:C:2021:426, § 39.

pris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil».

Le rappel des majorités nécessaires aux termes de l'art. 7 TUE peut paraître une pédanterie, mais il est indispensable ici. En effet, la Pologne et la Hongrie se sont promis soutien mutuel en l'affaire, ce qui est suffisant pour bloquer le prononcé de sanctions contre l'un ou l'autre État. En effet: si l'un de ces deux pays est «mis en cause» devant le Conseil européen – et donc exclu du vote aux termes de l'art. 354 TFUE – il suffit que l'autre oppose son veto pour empêcher que l'unanimité requise à l'art. 7 par. 2 TUE ne soit atteinte³⁴. Le constat est donc clair: difficile à mettre en œuvre à l'encontre d'un État membre qui viole de manière grave et persistante les valeurs fondatrices de l'Union, le mécanisme de sanction prévu par l'art. 7 TUE est inopérant si *plusieurs* États membres le font et jouent en équipe.

Ce détail procédural explique la décision, *a priori* incompréhensible, prise par la Commission, dans le cas de la Pologne³⁵, et par le Parlement européen, dans le cas de la Hongrie³⁶, de proposer au Conseil de constater une «risque» de violation des valeurs aux termes de l'art. 7 par. 1 TUE, alors que ce risque est déjà pleinement réalisé³⁷.

Mais, à bien voir, l'inefficacité de l'art. 7 TUE n'est pas exclusivement due à ses règles procédurales. Depuis qu'il a été saisi des propositions de la Commission et du Parlement, le Conseil s'est contenté de tenir des auditions périodiques sans émettre de recommandations ou commentaires publiques³⁸, et sans procéder au vote alors même qu'une majorité de quatre cinquièmes ne paraîtrait pas être inatteignable *a priori*. En bref, malgré la gravité extrême de la situation, le Conseil semble avoir renoncé à utiliser les moyens, même limités, à sa disposition sous l'art. 7 par. 1 TUE pour exercer une pression politique.

34 A moins de considérer avec SCHEPPELE que les deux États sont «mis en cause» et donc simultanément exclus du vote: KIM LANE SCHEPPELE, Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, *Verfassungsblog*, 24 octobre 2016, <<https://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too/>>.

35 Voir Commission Européenne, 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, 20 décembre 2017, COM(2017)835.

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

37 Le Parlement a lui-même qualifié la Hongrie de «régime hybride d'autocratie électorale» dans une Résolution de 2022: Résolution du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'art. 7 par. 1 TUE, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, 15 septembre 2022, 2018/0902R(NLE).

38 Voir à titre d'exemple le document du Conseil de l'UE, Values of the Union – Hungary – Article 7(1) TEU Reasoned Proposal – Report on the hearing held by the Council on 23 May 2022, 15 juin 2022, 9574/22 COR1.

Les raisons pour lesquelles les États membres hésitent à agir contre leurs pairs sont nombreuses: réflexe diplomatique, crainte d'être eux-mêmes un jour mis en cause, préoccupations face aux répercussions économiques d'un conflit ouvert, calcul politique, etc³⁹. Le constat fondamental est que la nature politique et intergouvernementale du mécanisme, jointe aux ambitieuses majorités requises, condamnent l'art. 7 TUE à l'inefficacité⁴⁰.

Cela rend d'autant plus fondamental l'apport des mécanismes de contrôle et de sanction qui sont à la disposition de l'Union et qui reposent sur des institutions indépendantes et «communautaires», tels que la Commission et la Cour.

III. Le rôle croissant de la Cour de justice

La Cour de justice de l'Union européenne est compétente, sur la base des art. 258 ss TFUE, pour connaître des violations du droit de l'Union européenne commises par les États membres, mais ne l'est en revanche pas pour des violations des valeurs consacrées à l'art. 2 TUE. Or, les violations de ces valeurs ne constituent pas nécessairement des violations du droit de l'Union. En effet, ce dernier ne régit pas la structure et l'organisation des États membres⁴¹, ni leurs élections nationales, ni leur organisation judiciaire. Et même en ce qui concerne les matières que le droit de l'Union couvre, ce dernier est rarement exhaustif. Il régleme, par exemple, des aspects-clés de l'organisation du marché des médias, mais, pour l'heure, pas les aspects ayant directement trait à l'interdiction de censure ou au pluralisme⁴². La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), quant à elle, n'est applicable à une situation concrète que si celle-ci relève, à un titre ou un autre, du droit de l'Union⁴³.

Ceci explique pourquoi la Cour a été pendant longtemps un acteur marginal dans la confrontation sur de l'État de droit dans l'Union. Dans un premier temps, la Cour n'a été saisie par la Commission que de recours touchant à des aspects qui, pour relever indiscutablement du droit de l'Union européenne,

39 Voir DE BÚRCA (note 5), p. 22 ss; DIMITRY KOCHENOV, Article 7: A Commentary on a Much Talked-About 'Dead' Provision, in: Armin von Bogdandy *et al.* (éd.), *Defending Checks and Balances in EU Member States: Taking Stock of Europe's Actions*, Heidelberg 2021, p. 127–154, p. 130 s.

40 Voir aussi DE BÚRCA (note 5), p. 29. Pour le même constat dans d'autres domaines, voir BERBER/MAIANI (note 3), p. 1066 ss et références citées.

41 Voir art. 4 par. 2 TUE et CJUE, aff. C-51/15, *Remondis*, ECLI:EU:C:2016:985.

42 Voir toutefois la proposition de la Commission Européenne, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, 16 septembre 2022, COM(2022)457.

43 Voir l'art. 51 CDFUE. Voir aussi CJUE, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.

étaient secondaires dans le contexte de recul démocratique décrit ci-dessus. Par exemple, la «véritable purge des services judiciaires»⁴⁴, tentée par le gouvernement hongrois avec la baisse abrupte de l'âge de la retraite des juges, a bel et bien été portée devant la Cour en 2012, mais seulement sous l'angle du principe de non-discrimination en raison de l'âge⁴⁵. Le seul autre arrêt en manquement rendu avant 2019 portait sur la question, importante mais ponctuelle, de l'indépendance de l'autorité de contrôle de la protection des données hongroise⁴⁶.

La procédure en manquement a obtenu une nouvelle centralité avec l'affaire C-619/18⁴⁷. Confrontée à une nouvelle réforme de l'âge de la retraite des juges, cette fois polonaise, la Commission a décidé de saisir la Cour et de soulever sans détours le problème de l'indépendance des juges. Inspirée d'arrêts rendus par la Cour en 2018⁴⁸, elle a fondé son recours sur une violation de l'art. 19 par. 1 al. 2 TUE, aux termes duquel «les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union», lu conjointement avec l'art. 47 de la Charte. De manière prévisible, la Pologne, soutenue par la Hongrie, a avancé que l'organisation judiciaire était une matière de compétence nationale et que la procédure en manquement ne pouvait être mobilisée «que dans des situations régies par le droit de l'Union». La Cour a toutefois retourné que les États sont tenus de respecter le droit de l'Union applicable même dans les domaines de compétences nationale⁴⁹. Surtout, après un long préambule mettant en relief l'importance de la valeur de l'indépendance des juges dans le système constitutionnel de l'Union, elle a retenu que l'art. 19 TUE était applicable – et avec lui la procédure en manquement – à l'encontre de toute mesure touchant à l'indépendance d'instances «susceptible[s] de statuer [...] sur des questions portant sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union»⁵⁰. Ce constat a ouvert la voie à la condamnation de la Pologne et en même temps à un usage plus large de la procédure en manquement contre des atteintes de nature systémique aux principes de l'État de droit. En effet, alors qu'il est souvent impossible de soutenir que de tels manquements n'affectent *que* les domaines régis par le droit de l'Union, il est normalement aisé de démontrer qu'ils affectent *aussi* l'application de ce droit.

44 Rapport du Sénat français, 2014, (note 8), p. 9 s.

45 CJUE, aff. C-286/12, Commission/Hongrie, ECLI:EU:C:2012:687.

46 CJUE, aff. C-288/12, Commission/Hongrie, ECLI:EU:C:2014:237.

47 CJUE, aff. C-619/18, Commission/Pologne, ECLI:EU:C:2019:531. Voir aussi JULIE TEYSSE-DRE, La judiciarisation du contrôle du respect de l'État de droit: la Cour de justice au chevet des juges nationaux, *Revue trimestrielle de droit européen* 2020, p. 23–42.

48 Voir notamment CJUE, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, et CJUE, aff. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586.

49 CJUE, aff. C-619/18, (note 47), § 52.

50 *Ibidem*, § 42–51.

Depuis, la Cour a été saisie des principales réformes judiciaires introduites en Pologne, et les a systématiquement condamnées au nom des principes de l'État de droit sous-tendus à l'art. 19 TUE⁵¹. Face aux résistances rencontrées au stade de la mise en œuvre de ces arrêts, le Tribunal Constitutionnel polonais s'étant avancé jusqu'à remettre en question le principe de la primauté du droit de l'Union⁵², la Cour a déjà prononcé des sanctions pécuniaires à titre provisionnel⁵³ et pourrait être prochainement saisie d'un autre recours tendant au constat d'un «manquement sur manquement», potentiellement assorti de sanctions pécuniaires⁵⁴.

Par effet d'entraînement, il y a aussi eu une multiplication des procédures d'infraction et des condamnations explicitement fondées sur les «valeurs» et les droits fondamentaux visant des mesures sectorielles prises dans des matières régies plus ou moins exhaustivement par le droit de l'Union. Ainsi, la Hongrie a été condamnée en raison de sa loi sur la transparence financière des ONG étrangères⁵⁵, de sa «*lex CEU*»⁵⁶, de ses pratiques envers les migrants⁵⁷, et en raison de sa loi «Stop Soros»⁵⁸, alors que la Commission a mobilisé le droit du marché intérieur, lu conjointement avec la Charte, pour mettre en demeure les deux pays sur la discrimination de la communauté LGBTQIA+⁵⁹.

Les incohérences ne manquent toutefois pas. Dans le domaine de l'asile et de la surveillance des frontières, qui relève incontestablement du champ d'application du droit de l'Union européenne, la Commission a assisté passivement aux violations extrêmes et systématiques des droits de l'homme commises à la frontière avec la Biélorussie, et même donné l'impression de soutenir la Pologne dans ses actions⁶⁰.

51 CJUE, aff. C-192/18, *Commission/Pologne* (indépendance des juridictions de droit commun), ECLI:EU:C:2019:924, CJUE, aff. C-791/19, *Commission/Pologne* (régime disciplinaire des juges), ECLI:EU:C:2021:596; voir aussi CJUE, aff. jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18 (note 1).

52 Voir Commission Européenne, Communiqué de Presse, État de droit: la Commission ouvre une procédure d'infraction contre la Pologne pour violation du droit de l'Union par son Tribunal constitutionnel, 21 décembre 2021, IP/21/7070.

53 CJUE, aff. C-204/21, *Commission/Pologne*, ordonnance du 27 octobre 2021, ECLI:EU:C:2021:878.

54 Commission Européenne, Communiqué de Presse, Indépendance des juges polonais: la Commission demande à la Cour de justice de l'Union européenne d'infliger des sanctions pécuniaires à la Pologne au sujet de l'activité de la chambre disciplinaire, 7 septembre 2021, IP/21/4587.

55 CJUE, aff. C-78/18, *Commission/Hongrie* (Transparence associative), ECLI:EU:C:2020:476.

56 CJUE, aff. C-66/18, *Commission/Hongrie* (Enseignement supérieur), ECLI:EU:C:2020:792.

57 CJUE, aff. C-808/18, *Commission/Hongrie* (Accueil des demandeurs de protection internationale), ECLI:EU:C:2020:1029; CJUE, aff. C-821/19, *Commission/Hongrie* (Incrimination de l'aide aux demandeurs d'asile), ECLI:EU:C:2021:930. Voir aussi CJUE, aff. jointes C-924/19 PPU and C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367; ainsi que la procédure en cours CJUE, aff. C-823/21.

58 CJUE, aff. C-821/19 (note 57).

59 Commission Européenne, Communiqué de Presse (note 26).

60 Voir MACIEJ GRZEŠKOWIAK, *The «Guardian of the Treaties» is No More? The European Commission and the 2021 Humanitarian Crisis on Poland-Belarus Border*, Refugee Survey Quarterly 2022, <<https://doi.org/10.1093/rsq/hdac025>>.

IV. Les nouveaux instruments de conditionnalité financière

Constatant que des «évènements récents ont mis au jour des faiblesses généralisées dans l'équilibre des pouvoirs de certains États membres», que cela mettrait en danger entre autres les intérêts financiers de l'Union, et que l'instrumentaire de l'Union pour y porter remède devait être complété, la Commission a proposé, en 2018, un nouveau règlement lui permettant – sous réserve du droit du Conseil de s'y opposer à la majorité qualifiée – de suspendre en tout ou en partie les financements de l'Union à un État membre affecté par une «défaillance généralisée de l'état de droit»⁶¹. Longuement tenu en otage par la menace d'un veto hongrois et polonais à l'approbation du budget de l'Union⁶², le Règlement 2020/2092 a finalement été adopté avec des modifications substantielles: dans sa forme définitive, il prévoit que la suspension des financements soit adoptée par le Conseil à la majorité qualifiée, et seulement si des violations des principes de l'État de droit risquent de porter atteinte de manière «suffisamment directe» à la bonne gestion financière du budget⁶³. Le Conseil européen a par ailleurs exigé de la Commission, avant d'actionner le mécanisme, qu'elle attende l'issue d'un recours en annulation porté par la Pologne et la Hongrie devant la Cour et élabore des lignes directrices en consultation avec les États membres⁶⁴.

La validité du Règlement a maintenant été confirmée par la Cour de justice⁶⁵, et les lignes directrices ont été publiées⁶⁶. La Commission a ainsi entamé un dialogue serré avec la Hongrie et a finalement proposé au Conseil la suspension de 65 % des engagements financiers relatifs à trois programmes de cohésion, pour une valeur estimée à 7.5 milliards d'euros⁶⁷. La procédure est actuellement en cours, mais elle a déjà poussé la Hongrie à prendre des

61 Voir Commission Européenne, 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, 2 mai 2018, COM(2018)324, notamment p. 1 de l'exposé des motifs.

62 ANTONIA BARAGGIA/MATTEO BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, *German Law Journal* 2022, p. 131–156.

63 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, JO L 4331 du 22.12.2020, p. 1-10.

64 Conseil européen, Réunion du Conseil européen (10 et 11 décembre 2020) – Conclusions, 11 décembre 2020, EUCO 22/20.

65 CJUE, aff. C-156/21, Hongrie/Parlement et Conseil, ECLI:EU:C:2022:97; CJUE, aff. C-157/21, Pologne/Parlement et Conseil, ECLI:EU:C:2022:98.

66 Commission Européenne, Lignes directrices sur l'application du Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, JO C123/12 du 18 mars 2022, p. 12–37.

67 Commission Européenne, Proposition de Décision d'Exécution du Conseil relative à des mesures de protection du budget de l'Union contre les violations des principes de l'État de droit en Hongrie, 18 septembre 2022, COM(2022)485. LILY BAYER, *Commission proposes €7.5B funding cut for Hungary but opens compromise path*, 18 septembre 2022 <<https://www.poltico.eu/article/commission-suggests-funding-cut-for-hungary-but-opens-compromise-path/>>.

engagements de réforme en matière de marchés publics, de conflits d'intérêt et de corruption, qui ont réduit la sévérité de la proposition de la Commission et pourraient, à terme, amener à la réduction ou la levée de la suspension éventuellement prononcée par le Conseil.

Parallèlement, la Commission a aussi exercé son pouvoir d'approbation des financements de la «Facilité de reprise et résilience»⁶⁸ pour obtenir des engagements en matière d'État de droit. Elle a ainsi approuvé le programme national présenté par la Pologne, d'une valeur de 35 milliards d'euros, à la condition du renforcement de l'indépendance des juges⁶⁹. Elle a, par ailleurs, jusqu'à présent refusé d'accepter le programme soumis par la Hongrie en raison de ses préoccupations en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire, bloquant ainsi provisoirement des financements pour près de 6 milliards d'euros additionnels⁷⁰.

D. Remarques conclusives

Contrairement à ce qu'a soutenu récemment la Présidente de la Commission, Mme Ursula Von der Leyen, l'Union n'a pas encore démontré avoir «les instruments» pour contrer des dérives de recul démocratique dans les États membres, tant s'en faut⁷¹. Les procédures *ad hoc* prévues par l'art. 7 TUE se sont révélées parfaitement inefficaces en raison, surtout, de leur caractère politique et intergouvernemental. Les procédures de nature «communautaire» ont, quant à elles, démontré plus de potentiel.

Le contraste entre l'inaction pluriannuelle du Conseil et l'activisme du tandem Commission-Cour de justice est en effet saisissant: en l'espace de quelques années, la Cour a émis des verdicts sur les principales questions liées à l'indépendance du pouvoir judiciaire en Pologne et sur bien d'autres aspects. Le caractère objectif de la procédure en manquement, ainsi que l'autorité et

68 Infographie de la Commission Européenne: <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_fr>.

69 Voir Commission Européenne, Proposition de Décision d'Exécution du Conseil relative à l'approbation de l'évaluation du plan pour la reprise et la résilience pour la Pologne, 1 juin 2022, COM(2022)268. Pour une critique, voir: JONAS BORNEMANN, Green light or white flag? The European Commission's endorsement of the Polish recovery plan and its implications for the rule of law crisis, European Law blog, 8 juin 2022: <<https://europeanlawblog.eu/2022/06/08/green-light-or-white-flag-the-european-commissions-endorsement-of-the-polish-recovery-plan-and-its-implications-for-the-rule-of-law-crisis/>>.

70 Voir en particulier document du Parlement Européen, Recovery and Resilience – Dialogue with the European Commission, 12 septembre 2022, PE 699.550; PAOLA TAMMA/LILY BAYER, EU vows to link Hungary's pandemic funds to judicial standards, 22 septembre 2022 <<https://www.politico.eu/article/eu-vows-to-link-hungarys-pandemic-funds-to-judicial-standards/>>.

71 WILHELMINE PREUSSEN, Von der Leyen's warning message to Italy irks election candidates, 23 septembre 2022 <<https://www.politico.eu/article/italy-election-candidate-warning-ursula-von-der-leyen/>>.

l'indépendance de la Cour, lui ont permis de trancher sans être embarrassée par les accusations de partialité et de discrimination, qui pourraient naturellement être soulevées à l'égard d'une procédure de nature politique. Les désavantages liés à la lenteur de la procédure ont par ailleurs été compensés par un usage très efficace des mesures en référé⁷². Il serait toutefois prématuré de dire que l'Union a trouvé son instrument idéal dans la lutte pour l'État de droit. D'une part, le recours en manquement des art. 258 ss TFUE n'est à disposition que lorsqu'une violation du droit de l'Union est en jeu. Or, toutes les réformes «illibérales» répertoriées ci-dessus ne touchent pas à l'*acquis* de l'Union, même si Commission, Parlement et Conseil pourraient augmenter la surface de contact en légiférant, dans les limites de leurs compétences, sur les aspects fondamentaux d'un État de droit démocratique⁷³. D'autre part, les arrêts de la Cour ont certes poussé la Pologne et la Hongrie à revenir sur certaines de leurs réformes, mais la mise en conformité reste partielle et pour partie exécutée en trompe-l'œil⁷⁴.

Les instruments de conditionnalité financière, nouvellement mis en place, pourraient encore augmenter la pression pour éliminer certaines des réformes les plus problématiques. Les majorités au pouvoir en Pologne et Hongrie ont partiellement bâti leur succès électoral sur l'obtention et la redistribution de financements européens, de telle sorte que la menace de leur suspension pourrait avoir un réel effet dissuasif⁷⁵. Les «engagements» de réforme pris par la Hongrie et par la Pologne pour réduire la suspension des fonds UE, respectivement pour obtenir leur déblocage, le suggèrent bien. Il s'agit toutefois d'un jeu qui comporte pour les institutions européennes le risque d'être présentées aux électeurs concernés comme des technocraties hégémoniques disposées à bloquer le financement de services et infrastructures vitaux pour «plier» des gouvernements démocratiquement élus⁷⁶.

En jouant cette partie délicate, la Commission européenne, institution-charnière dans toutes les procédures examinées ici, devra faire preuve d'inventivité, rigueur, mesure, doigté et impartialité. Surtout, pour que la lutte au *democratic backsliding* soit crédible, elle devra renoncer aux ambiguïtés qui ont caractérisé son approche à certaines pratiques de plus en plus répandues dans les États membres, mais inacceptables dans une Union de droit⁷⁷.

72 ADAMSKI (note 4), p. 650 ss.

73 Voir *supra* note 42.

74 Voir à titre d'exemple ADAMSKI (note 4), p. 653; DE BÚRCA (note 5), p. 27; AMNESTY INTERNATIONAL, Communiqué de Presse, Hungary: LexNGO finally repealed but a new threat is on the horizon, 18 mai 2021: <<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2021/05/hungary-lex-ngo-finally-repealed-but-a-new-threat-is-on-the-horizon/>>.

75 Voir ADAMSKI (note 4), p. 660.

76 *Ibidem*.

77 Voir *supra* note 60.

Zusammenfassung

Der in einigen EU-Mitgliedstaaten zu beobachtende «demokratische Rückschritt» stellt eine existenzielle Bedrohung der Europäischen Union dar und ist gleichzeitig eine äußerst komplexe Herausforderung, die es zu bewältigen gilt. Der Artikel untersucht die Entwicklung des der Union zur Verfügung stehenden Rechtsstaatlichkeitsinstruments und dessen Einsatz in den letzten Jahren.

Résumé

Le «recul démocratique» observé dans certains États membres de l'Union européenne constitue une menace existentielle pour cette dernière, et en même temps un défi extrêmement complexe à relever. L'article examine l'évolution de l'instrumentaire «État de droit» à disposition de l'Union, ainsi que l'usage qu'elle en a fait au fil des dernières années.