

RTDDeur.

Revue trimestrielle
de droit
européen

Avril / Juin
2012
n° 2

ARTICLES

Sans solidarité point d'Union
européenne p. 295

Un principe politique saisi
par le droit p. 329

L'embryon de l'Union p. 355

COMMENTAIRE

◆ CEDH *Stojkovic c/ France
et Belgique*

Droit à un procès équitable
et responsabilité des Etats
en cas de commission rogatoire
internationale p. 369

CHRONIQUES

◆ Union européenne
et droits fondamentaux p. 375

◆ Finances publiques
de l'Union européenne p. 411

◆ Droit européen
de la concurrence p. 437

◆ Droit européen
de l'environnement p. 463

◆ Politique sociale
de l'Union européenne p. 477

◆ Jurisprudence judiciaire française
intéressant le droit
de l'Union p. 499

◆ Droit européen
des transports p. 531

SOMMAIRE DU N° 2-2012

Éditorial, **Les Cours européennes sur la voie de la réforme ?**, par Jean-Paul Jacqué _____ 289

ARTICLES

Sans solidarité point d'Union européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile, par Roland BIEBER et Francesco MAIANI _____ 295

Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, par Brunessen BERTRAND _____ 329

L'embryon de l'Union, par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ _____ 355

COMMENTAIRE

Droit à un procès équitable et responsabilité des Etats en cas de commission rogatoire internationale (CEDH, 5^e sect. 27 octobre 2011, *Stojkovic c/ France et Belgique*, req. 25303/08), par Emmanuelle PALVADEAU _____ 369

CHRONIQUES

Union européenne et droits fondamentaux, par Florence BENOIT-ROHMER _____ 375

Finances publiques de l'Union européenne (2011), par Aymeric POTTEAU _____ 411

Droit européen de la concurrence. Pratiques anticoncurrentielles (1^{er} octobre 2011 – 31 mars 2012), par Jean-Bernard BLAISE et Laurence IDOT _____ 437

Droit européen de l'environnement. 2011 : l'année des études d'impact, par Patrick THIEFFRY _____ 463

Politique sociale de l'Union européenne (2012), par Sophie ROBIN-OLIVIER _____ 477

Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union (2011), Sous la responsabilité de l'Equipe de droit international européen et comparé (EDIEC) _____ 499

Droit européen des transports (1^{er} janvier-31 décembre 2011), par Loïc GRARD _____ 531

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages reçus _____ 545

Ouvrages commentés _____ 548



La bibliographie est accessible gratuitement (sans abonnement) sur le site Dalloz revues, dans la version feuilletable de la RTD eur.

Les opinions émises dans la Revue n'engagent que leurs auteurs



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. 01 44 07 47 70).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux – 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sans solidarité point d'Union européenne

Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile

Roland BIEBER

*Professeur émérite en droit européen
Ancien directeur du Centre de droit comparé, européen et international,
Université de Lausanne (*)*

Francesco MAIANI

*Professeur assistant à l'Institut de hautes études en administration publique
(IDHEAP), Lausanne (**)*

La solidarité est à la fois un fondement de la construction européenne et une condition de son développement. Elle l'est dans ses deux dimensions : principe de responsabilité réciproque et action concrète d'assistance mutuelle. Depuis plusieurs années, l'Union économique et monétaire et le Système européen commun d'asile sont en crise. L'épicentre de ces crises est la Grèce, mais leur origine réside, en amont, dans un cadre constitutionnel ou légal empêchant l'affirmation de l'intérêt commun et le développement d'une action réellement solidaire. Les efforts entrepris jusqu'ici pour remédier à ces carences ne paraissent pas à la hauteur des défis. Or, l'enjeu n'est pas seulement la réussite de deux importants projets d'intégration, mais aussi la préservation des valeurs sur lesquels l'Union est bâtie, et tout particulièrement des principes de démocratie et de respect des droits fondamentaux.

I. – INTRODUCTION

L'aspiration à l'unité, dans le maintien de la diversité, caractérise le processus d'intégration européenne. En instituant l'Union, les Etats membres se sont engagés à réaliser des objectifs communs, sur la base et dans le respect de valeurs communes, par l'intermédiaire d'institutions communes auxquelles ils ont transféré une partie de leurs attributions (art. 1-3 UE). Ce faisant, ils n'ont pas re-

(*) Roland.Bieber@unil.ch

(**) Francesco.Maiani@idheap.unil.ch

noncé à leur identité, ni à la définition autonome de leurs propres objectifs et valeurs, par l'intermédiaire de leurs institutions (art. 4, § 2, UE).

La solidarité entre les Etats membres, au sein et par l'intermédiaire de l'Union, se trouve au centre de cet équilibre complexe (1). Selon la déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950 déjà, l'intégration européenne doit résulter de la création de « solidarités de fait ». Les clauses introductives du Traité UE abondent dans le même sens : l'Union naît du désir des Parties contractantes « d'approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions » (préambule UE, considérant 6), et la promotion de la « solidarité entre les Etats membres » figure parmi les buts énumérés à l'article 3 UE.

Explicitement évoqué par les traités, ce concept de « solidarité » n'y est nulle part défini. En effet, les traités lui attribuent une portée variable en fonction du contexte – tantôt objectif ou paramètre pour l'action de l'Union, tantôt valeur de base, tantôt critère des obligations que les Etats membres ont souscrites en adhérant à l'Union. Le dénominateur commun qui lie les différentes émanations de la solidarité dans le cadre de l'Union consiste en la reconnaissance de l'existence d'un « intérêt commun », séparé et séparable de la somme des intérêts individuels, et dont l'articulation autant que la défense est confiée à des institutions communes ainsi qu'aux Etats membres. En droit de l'Union, il existe ainsi une étroite proximité entre l'affirmation de l'existence d'une solidarité, de l'exigence de son approfondissement aussi, et le dépassement progressif des intérêts nationaux en faveur d'un intérêt commun au sein d'une « union sans cesse plus étroite ».

En élaborant le principe de solidarité, la Cour de justice s'est principalement penchée sur la dimension de « solidarité-loyauté », que le traité appelle principe de coopération loyale (2). Selon la Cour, l'adoption de mesures unilatérales perturbant le fonctionnement de l'Union viole l'obligation de solidarité « qui est à la base [...] de l'ensemble du système communautaire » – et ce, même si ces mesures relèvent de la sphère de compétence de l'Etat concerné (3). La Cour a également constaté un « manquement aux devoirs de solidarité » lorsqu'un Etat membre a refusé délibérément d'appliquer certaines prescriptions du droit de l'Union en invoquant la défense de « certains intérêts nationaux ». De la sorte, a relevé la Cour, l'Etat concerné avait « porté atteinte à l'efficacité de la mesure décidée en commun tout en s'appropriant [...] un avantage indu au détriment de ses partenaires » (4).

Dans la lecture qu'en fournit la Cour, le principe de solidarité se rapporte au devoir de respecter les obligations qui, volontairement assumées par les Etats

(1) Dans cette contribution, nous abordons la solidarité dans l'Union européenne uniquement sous cet aspect. Pour une tractation des différentes facettes du sujet, V. M. Ross, Y. Borgmann-Perbil (dir.), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford University Press, 2010 ; C. Boutayeb (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Dalloz, 2011.

(2) A ce sujet, V. J.-V. Louis, T. Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève, Bruxelles, Paris, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 141-151 ; C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^e éd., Litec, 2010, p. 153-160 ; A. Hatje, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos 2001 ; M. Lais, *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

(3) CJCE 10 déc. 1969, *Commission c/ France*, 6 et 11/69, Rec. 523, point 16.

(4) CJCE 7 févr. 1973, *Commission c/ Italie*, 39/72, Rec. 101, points 20-25.

membres du fait de leur adhésion, seules permettent d'instituer et de maintenir en état de fonctionner une Union plus large, et qui sont consacrées à l'article 4, § 3, UE. Il est ainsi intimement lié à « l'accomplissement des missions découlant des traités ». Il fonde et renforce le devoir strict qui incombe à chaque Etat membre de « prendre toute mesure [...] propre à assurer l'exécution du droit de l'Union ». Il est par ailleurs la source d'obligations autonomes, dans la mesure où il fonde le devoir de « faciliter l'accomplissement par l'Union de ses missions, et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union » (5).

Ces obligations sont pour l'Union d'une importance vitale : à défaut d'un substrat pré-juridique, l'existence même de l'Union dépend de la circonstance que les Etats membres soient en permanence prêts à respecter son droit. Les pouvoirs que les traités et le droit dérivé assignent aux institutions – de consultation, de surveillance, de constatation d'infraction, et le cas échéant de sanction – ont pour objet d'appuyer et de stimuler la loyauté des Etats membres, et non de s'y substituer. Dans une Union où le concept d'« exécution fédérale » n'existe pas, en effet, la loyauté des Etats est un bien fondamental et non-substituable.

Au-delà de sa dimension institutionnelle de « principe constitutionnel de droit européen » (6), le principe de solidarité possède également une dimension matérielle visible dans plusieurs dispositions relatives aux actions et politiques de l'Union (7). Il n'est pas clairement établi que ces dispositions donnent expression à un principe de « solidarité-prestation » doté de la même validité générale que le principe de « solidarité-loyauté » (8), et qui serait donc inhérent à l'ensemble des politiques de l'Union. Il est en revanche clair que, comme la « solidarité-loyauté », ces formes de solidarité sont en règle générale justifiées par l'objectif supérieur d'assurer en permanence l'accomplissement des « missions découlant des traités » (9).

Ainsi, les politiques structurelles visent à permettre un développement harmonieux de l'Union (V. art. 174 TFUE). Dans d'autres cas, la solidarité est le moyen de fournir à l'Etat affecté par un choc externe, ou dont les capacités sont structurellement insuffisantes, le soutien nécessaire pour s'acquitter néanmoins de ses obligations (10). Dans d'autres cas encore, les mesures de solidarité visent

(5) V. E. Neframi, *The Duty of Loyalty : Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations*, CML Rev. 2010. 323-359.

(6) C. Blumann, L. Dubouis, *op. cit.* (note 3), p. 153.

(7) Parmi les références explicites, on mentionne les articles 21 et 24 UE (action extérieure) ; 67, § 2, 78, § 3 et 80 TFUE (politiques migratoires : V. *infra*, III) ; 122 TFUE (politique économique ; V. *infra*, II) ; 194 TFUE (politique énergétique) ; 222 (clause de solidarité). Parmi les références implicites, on mentionne les articles 174 s. TFUE (cohésion économique, sociale et territoriale) et 196 TFUE (protection civile).

(8) Dans ce sens V. par ex. M. Lais, *op. cit.* (note 3), p. 318 ; H. Rosenau, S. Petrus, Artikel 80, in C. Vedder, W. Heintschel von Heinegg (dir.), *Europäisches Unionsrecht, EUV, AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012, § 1.

(9) Exception : la clause de solidarité de l'article 222 TFUE. Dans ce cas, l'obligation d'assistance est déclenchée par la survenance d'une « catastrophe » et par la requête des autorités de l'Etat concerné, indépendamment des éventuelles conséquences pour les autres Etats et de l'éventuelle incapacité de l'Etat concerné de s'acquitter de ses obligations.

(10) La préparation à l'adhésion comporte, dans la même logique, un soutien visant le renforcement des capacités de l'Etat candidat : V. règl. (CE) n° 622/98 du Conseil relatif à l'assis-

à compenser l'éventuelle disparité des charges et des responsabilités découlant pour chaque Etat membre des politiques de l'Union, y compris pour garantir leur mise en œuvre optimale (V. art. 80 TFUE ; *infra*, III, B).

Inhérente au processus d'intégration européenne, la solidarité est – dans ses deux aspects de la loyauté et de l'assistance réciproque – une valeur dynamique, qui a vocation à s'approfondir comme le souligne le préambule du Traité UE. Au fur et à mesure que l'Union se développe et assume de nouvelles tâches, s'étoffent les obligations et responsabilités qui pèsent sur ses membres ; ces dernières exigent alors un degré croissant de loyauté et, le cas échéant, le renforcement des instruments à la disposition des institutions pour la soutenir ou la stimuler. L'approfondissement de l'intégration – et l'interdépendance accrue qui en résulte – renforce par ailleurs le besoin de solidarité dans la mesure où il renforce le risque que la défaillance d'un seul Etat membre porte atteinte à l'intérêt commun. Il doit ainsi exister en permanence un rapport d'adéquation entre le niveau d'ambition des missions attribuées à l'Union, l'intensité de la solidarité, et les moyens mis à disposition de l'Union pour garantir la décharge des responsabilités communes et la protection de l'intérêt commun. A défaut, le risque n'est pas seulement que certains projets d'intégration initiés au sein de l'Union échouent. Au contraire, il peut s'ensuivre des conséquences graves d'ordre économique, social et humain, une décrédibilisation du projet européen dans son ensemble, et une érosion des valeurs sur lesquelles il repose.

Tel est bien l'enseignement que l'on peut tirer de deux crises dont l'épicentre a été la Grèce mais dont l'origine réside, en amont, dans un cadre constitutionnel ou légal empêchant l'affirmation de l'intérêt commun et le développement d'une action réellement solidaire. On se réfère d'abord à la crise de la dette publique, que nous ne nous attarderons pas à décrire tant elle est bien connue, et qui a mis à jour les déséquilibres et les lacunes des dispositions des traités en matière de politique économique (*infra*, II). On se réfère ensuite à la crise de l'asile, qui est moins connue en dehors du cercle des spécialistes mais non moins grave pour l'Union, et qui est révélatrice d'un décalage très fort entre les idéaux proclamés aux traités et leur mise en œuvre (*infra*, III).

II. – SOLIDARITÉ, AUTONOMIE ET RESPONSABILITÉ – FORCES DIRECTRICES MAIS CONTRADICTOIRES DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE

A. – Introduction

A première vue, la solidarité ne semblerait pas être un facteur déterminant pour le fonctionnement, en période normale, de l'Union économique et monétaire (UEM). Une seule disposition, applicable lors d'une situation exceptionnelle, fait une allusion positive et explicite à la solidarité : l'article 122, § 1,

tance en faveur des Etats candidats dans le cadre de la stratégie de pré-adhésion et, en particulier, à l'établissement de partenariats pour l'adhésion, JOCE L 85, p. 1-2.

TFUE stipule que le Conseil peut, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, décider des mesures appropriées « dans un esprit de solidarité entre les Etats membres ».

Toutefois, la solidarité en tant que principe constitutionnel est valable aussi dans le domaine de l'UEM. En effet, le comportement loyal de la part des Etats membres, et notamment un respect scrupuleux des obligations découlant des traités, ainsi que l'obligation correspondante de l'Union d'assumer sa responsabilité de veiller à l'application correcte des traités, sont d'une importance particulière dans un domaine qui est intrinsèquement lié au marché intérieur et à l'union monétaire. Ainsi, le traité oblige les Etats membres à considérer leurs politiques économiques « comme une question d'intérêt commun » (art. 121, § 1, TFUE). La « solidarité-responsabilité » qui en découle implique que chaque Etat membre s'intéresse de près à la situation économique intérieure des autres Etats membres afin de pouvoir contribuer, le cas échéant par l'intermédiaire de l'Union, à éviter des dérives. Si les Etats membres avaient agi de la sorte, notamment par une mise à disposition de l'Union d'instruments de contrôle adéquats, le désastre grec aurait pu être évité ou au moins atténué. En revanche, la « solidarité-prestation » occupe une place moins bien définie au sein de l'UEM. D'une part, sans mentionner explicitement le terme « solidarité », l'article 122, § 2, TFUE autorise, à l'instar du paragraphe 1, une assistance financière de l'Union « lorsqu'un Etat membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle ». D'autre part, le traité souligne dans plusieurs dispositions l'autonomie des Etats membres, et de ce fait leur responsabilité individuelle, dans la poursuite de leur politique économique. Il interdit notamment à l'Union de leur accorder, sauf dans les cas exceptionnels qui viennent d'être mentionnés, différentes formes de soutien financier.

On constate donc deux orientations divergentes dans le cadre d'une même politique de l'Union, ce qui ne manque pas de soulever un certain nombre de questions. L'approche inscrite aux traités (*infra*, B) consiste en effet à chercher à atteindre un but commun en mettant l'accent sur l'autonomie des Etats membres au détriment d'un encouragement actif de la responsabilité commune et de la solidarité.

Sous l'impact de la crise financière, l'antagonisme entre solidarité et autonomie a été assoupli. Les nombreuses mesures adoptées depuis 2010 par l'Union, et par les Etats membres au travers de traités de droit international public, représentent une tentative de mieux équilibrer responsabilité individuelle et responsabilité commune des Etats membres (*infra*, C). Toutefois, de nouveaux problèmes surgissent, qui concernent notamment la légitimité démocratique, la transparence et la cohérence conceptuelle de la nouvelle gouvernance économique de l'Union.

Au total, les instruments actuellement disponibles dans le cadre de l'UEM présentent au moins six faiblesses majeures (*infra*, D), qui empêchent l'évolution de la solidarité entre les Etats membres ainsi que le développement d'une action solidaire de l'Union :

– ils ne permettent pas la transformation des positions communes aux Etats membres en actes juridiquement contraignants ;

- ils n'offrent un choix qu'entre des mesures « molles » ou des interventions « dures » ;
- contrairement au système des traités dans les autres domaines, ils sont libellés en des termes très imprécis quant aux interventions « dures », ouvrant ainsi la voie vers des interventions massives dans la politique économique d'un Etat membre, et ceci sans légitimation adéquate au niveau de l'Union ;
- ils obscurcissent la responsabilité des acteurs politiques à l'égard des décisions à prendre en matière économique tant au niveau national qu'europpéen ;
- ils ne sont pas de nature à inciter les Etats membres à un comportement solidaire. Bien au contraire, ils mettent l'accent sur la sauvegarde de leur autonomie ;
- ils ne prévoient pas une assistance financière substantielle par l'intermédiaire de l'Union, cédant ainsi la place à des mécanismes externes, dont le fonctionnement n'a pas été prouvé et qui ne déploient pas l'effet de solidarité inhérent à l'action de l'Union.

En amont, le problème fondamental et bien connu de l'UEM provient évidemment de la dichotomie entre la compétence de l'Union en matière monétaire, qui est exclusive, et sa compétence mal définie en matière de politique économique. Mais ce problème, bien que lié à la problématique de la solidarité dans le contexte de la gouvernance économique, peut en être séparé et ne sera pas abordé ici.

B. — *Le fondement normatif de la politique économique dans le cadre de l'Union* (11)

L'article 119, § 1, TFUE stipule que

« l'action des Etats membres et de l'Union comporte [...] l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs [...] ».

A cet effet, le Traité a créé trois mécanismes : une compétence de l'Union à orienter les politiques économiques des Etats membres, l'obligation imposée aux Etats membres d'éviter des déficits excessifs, et diverses interdictions relatives à l'assistance financière aux Etats membres.

Comme instrument principal de la gouvernance économique, l'article 121, § 2, TFUE prévoit la définition des « grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de l'Union » (GOPE). Sous réserve du respect des « principes » définis à l'article 119 TFUE, les institutions de l'Union jouissent en la matière d'une grande marge d'appréciation. Elles peuvent ainsi définir des objectifs précis pour chaque Etat, ou bien se contenter d'une prose politico-économique générique. Les GOPE n'ont pas d'effet obligatoire pour les Etats

(11) V. à ce sujet not., J.-V. Louis, *L'Union européenne et sa monnaie*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 85-131 et F. Martucci, *Commentaire aux articles 98 à 104 TCE*, in I. Pingel (dir.), *Commentaire article par article des Traités UE et CE*, 2^e éd., Bâle, Paris, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2010.

membres. Cependant, elles servent de paramètre dans la surveillance des politiques des Etats membres. En cas de divergence, l'Union acquiert la compétence d'adresser des « avertissements » et des « recommandations » à l'Etat concerné (art. 121, § 4, TFUE).

Le deuxième pilier de la branche économique de l'UEM consiste en l'obligation des Etats membres d'éviter des déficits publics excessifs (art. 126, § 1, TFUE). Afin de faire respecter cette obligation, l'article 126 TFUE a établi des paramètres, complétés par le protocole n° 12 « sur la procédure concernant les déficits excessifs ». La Commission et le Conseil ont mandat de surveiller « l'évolution budgétaire et du montant de la dette publique dans les Etats membres en vue de déceler les erreurs manifestes » (art. 126, § 2 et 6, TFUE). Dans un premier temps, à l'instar de ce qui est prévu pour le suivi des GOPE, la Commission et le Conseil ne peuvent prendre que des mesures non contraignantes à l'égard de l'Etat défaillant. Cependant, si après constat d'un déficit excessif, l'Etat concerné ne donne pas suite aux recommandations du Conseil, il peut être mis en demeure de prendre des mesures visant à la réduction du déficit (art. 126, § 9, TFUE). S'il ne se conforme toujours pas, le Conseil peut, en vertu de l'article 126, § 11, TFUE prononcer des sanctions, dont des amendes.

La troisième composante de la gouvernance économique sont les interdictions énoncées aux articles 123, 124 et 125 TFUE, qui visent à éviter une contribution de l'Union au financement du budget des Etats membres (« non-reflouement » ou « *no-bailout* »). Ce sont ces dispositions qui expriment le plus explicitement le fondement conceptuel, et problématique, de l'UEM, à savoir l'attente que les Etats membres, sous la pression de ces contraintes et de celles des marchés financiers, mèneraient déjà d'une façon autonome une politique économique conforme aux exigences du TFUE.

Le droit primaire de l'UEM prévoit en outre une compétence de l'Union à légiférer concernant les modalités de la procédure de surveillance multilatérale de l'évolution économique des Etats membres et de l'application du protocole sur le déficit excessif (art. 121, § 6, et 126, § 14, TFUE), et à préciser les définitions des interdictions établies par les articles 123, 124 et 125 TFUE.

C. – *L'évolution de la gouvernance économique*

L'activité de l'Union autorisée par les traités pour la mise en œuvre de l'UEM s'est traduite en une série d'interventions hétéroclites et même contradictoires dans un domaine peu défini, oscillant entre des recommandations non contraignantes et des interventions directes adressées aux Etats membres.

Dans un premier temps, les dispositions du traité ont été mises en œuvre par un « Pacte de stabilité », comprenant une Résolution du Conseil européen (12) et deux règlements. Ces textes exigent notamment que les Etats membres de la zone euro soumettent des « programmes de stabilité », et les autres Etats membres, des

(12) Résolution du Conseil européen relative au pacte de stabilité et de croissance du 17 juin 1997, JOCE C 236, p. 1-2.

« programmes de convergence » (13). Ils précisent en outre les sanctions applicables en cas de déficit excessif (14). Suite à des premiers constats d'inefficacité en 2005, et suite à la crise financière apparente à partir de 2010, les règlements ont été amendés en 2005 (15) et en 2011 (16).

Par ailleurs, les orientations adoptées par le passé en vertu de l'article 121 TFUE étaient libellées en des termes si vagues que les institutions des Etats membres pouvaient facilement se soustraire à toute responsabilité concernant leur mise en œuvre effective (17).

Au vu de cette pratique, les constats formels de non-conformité prévus à l'article 121, § 4, TFUE ont été tout à fait exceptionnels (18). Avant la crise financière, on aurait donc pu rester sous l'impression que les interventions de l'Union en matière de politique économique consisteraient pour l'essentiel en des recommandations et seraient de ce fait accessoires aux activités des Etats membres.

La crise a poussé l'Union à se servir de l'ensemble des instruments à sa disposition. Pour la première fois, l'article 122, § 2, TFUE a été utilisé comme base juridique (19) pour accorder une aide aux Etats membres (y compris ceux de la zone euro) en situation de crise financière, par l'intermédiaire d'un « mécanisme européen de stabilisation financière » (MESF) (20). Le Conseil, après avoir constaté l'existence d'un déficit excessif, s'est en outre servi de l'article 126, § 9, TFUE afin de mettre la Grèce en demeure « de prendre, dans un délai déterminé, des mesures visant à la réduction du déficit » (21).

(13) Règl. (CE) n° 1466/97 du Conseil du 7 juill. 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JOCE L 209, p. 1-5.

(14) Règl. (CE) n° 1467/97 du Conseil du 7 juill. 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JOCE L 209, p. 6-11.

(15) Règl. (CE) n° 1055/2005 du Conseil du 27 juin 2005, modif. règl. (CE) n° 1466/97, et n° 1056/2005 du Conseil du 27 juin 2005 modif. règl. (CE) n° 1467/97, JOCE L 174, p. 1-4 et p. 5-9.

(16) Règl. (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011 modif. règl. (CE) n° 1466/97 et règl. (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 nov. 2011 modif. règl. (CE) n° 1467/97, JOUE L 306, p. 12-24 et p. 33-40.

(17) V. par ex. la ligne directrice n° 6 de la recommandation du Conseil du 14 mai 2008 concernant les grandes orientations des politiques économiques (2008-2010), JOUE L 137, p. 13-24.

(18) V. par ex. la recommandation du Conseil du 12 févr. 2001 visant à mettre un terme à la non-conformité des politiques économiques de l'Irlande avec les grandes orientations des politiques économiques et la décision du même jour de la rendre publique, JOCE L 69, p. 22-23 et p. 24.

(19) V. à ce sujet J.-V. Louis, Guest editorial : The No-Bailout Clause And Rescue Packages, CML Rev. 2010, 971-986.

(20) Règl. (UE) n° 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, JOUE L 118, p. 1-4 (ci-après : règlement MESF).

(21) Décis. 2011/734/UE du Conseil du 12 juill. 2011 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif (refonte), JOUE L 296, p. 38-52, modifiée en dernier lieu par decis. 2012/211/UE, JOUE L 113, p. 8-10.

Ces mesures ont été suivies de l'adoption d'une série d'actes normatifs destinés à renforcer de manière structurelle la gouvernance économique. Comme formulé dans le considérant n° 4 du règlement n° 1174/2011 :

« L'expérience acquise, et les erreurs commises, au cours de la première décennie de l'Union économique et monétaire montrent la nécessité d'améliorer la gouvernance économique dans l'Union, qui devrait reposer sur une adhésion nationale plus forte aux règles et aux politiques décidées en commun et sur un cadre plus solide, au niveau de l'Union, de surveillance des politiques économiques nationales » (22).

Cette affirmation constitue une admission discrète des défaillances du passé dans le respect du principe constitutionnel de solidarité.

Six mesures ont été adoptées en 2011 (*six pack*) qui visent un renforcement et une plus grande précision des informations que les Etats membres doivent transmettre à la Commission (23) ainsi qu'une intensification des sanctions en cas de déviation des GOPE par un Etat (24). Par ailleurs, les Etats membres sont dorénavant obligés de réorganiser leur droit budgétaire dans un but de transparence et d'harmonisation (25).

Outre ces mesures prises par l'Union, de nouveaux instruments ont été mis sur pied en marge des traités par certains Etats membres :

- une « entité *ad hoc* » créée par un accord des Etats membres de la zone euro (26), et appelée ultérieurement *European Financial Stability Facility*, sous forme de société anonyme de droit luxembourgeois ;

- le Traité instituant le « Mécanisme européen de stabilité » du 2 février 2012, signé par les représentants des gouvernements des Etats membres de la zone euro (27) et

- le « Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire » (ci-après : Pacte fiscal), signé le 2 mars 2012 par les représentants des gouvernements de 25 Etats membres (28).

L'objet des deux premiers instruments consiste en la mise à disposition d'une assistance financière aux Etats en difficulté de la part des autres Etats membres, additionnelle par rapport à celle fournie par l'Union par l'entremise du MESF.

(22) Règl. (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JOUE L 306, p. 8-11.

(23) Règl. (UE) n° 1175/2011, *op. cit.* (note 17) ; règl. (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, JOUE L 306, p. 25-31.

(24) Règl. (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JOUE L 306, p. 1-7 ; Règl. (UE) n° 1174/2011, *op. cit.* (note 23).

(25) Dir. 2011/85/UE du Conseil du 8 nov. 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des Etats membres, JOUE L 306, p. 41-47.

(26) Décis. des représentants des gouvernements des Etats membres de la zone euro réunis au sein du Conseil de l'Union européenne du 10 mai 2010, document du Conseil n° 9614/10.

(27) Publié sur le site <http://www.european-council.europa.eu/media/582863/06-tesm2.fr12.pdf>, consulté le 26 avr. 2012 (ci-après : Traité MES).

(28) Publié sur le site http://european-council.europa.eu/media/639232/08_-tscg.fr.12.pdf, consulté le 26 avr. 2012.

En revanche, par le Pacte fiscal, les Etats membres signataires s'obligent à introduire dans leur droit national des limites formelles aux dépenses publiques.

D. — Critique : un système peu propice au respect du principe constitutionnel de solidarité et à la stimulation de la « solidarité prestation »

1. Une attribution contradictoire de compétences

Contrairement aux autres compétences de l'Union, que les articles 3, 4 et 6 TFUE qualifient d'exclusives, partagées et d'appui, la compétence en matière de politique économique n'est ni unitaire ni cohérente. L'article 5 TFUE semble en faire une catégorie de compétence à part.

Lorsqu'il s'agit d'en définir la nature, la doctrine éprouve une certaine perplexité. Selon Jean-Paul Jacqué, elle « aurait pu entrer dans la catégorie des actes d'appui » (29). En revanche, Jacqueline Duthéil de La Rochère la range parmi les compétences partagées (30). En réalité, il s'agit d'une compétence bicéphale, car à la différence des compétences partagées ordinaires, la compétence en ce domaine est modulée en plusieurs directions. Elle relève en principe des Etats membres. L'exercice par l'Union de sa compétence de coordination, notamment par l'adoption des GOPE, n'enlève pas une compétence législative correspondante aux Etats membres. En revanche, un constat de « déficit excessif » au sens de l'article 126 TFUE ou de « difficultés » au sens de l'article 122 TFUE opère un transfert partiel de compétence de l'Etat membre concerné vers l'Union. Ce transfert est toujours défini en fonction d'un Etat membre spécifique, donc territorialement circonscrit (31). De plus, en ce qui concerne l'article 126, § 9, TFUE, il n'est pas d'applicabilité générale mais limité aux seuls membres de la zone euro (32). L'autre différence avec les compétences partagées c'est que *la mobilisation* de cette compétence ne dépend pas d'une décision que l'Union peut adopter de manière autonome. Elle est conditionnée par des facteurs situés dans la sphère de l'Etat membre concerné, *a priori* externe à l'Union. En revanche, dans son *utilisation*, l'action de l'Union n'est pas limitée et le Conseil dispose d'un large pouvoir discrétionnaire (33). En effet, dans les deux cas, les pouvoirs du Conseil ne sont précisés ni en ce qui concerne l'instrument utilisable, ni en ce qui concerne l'étendue de l'intervention. Une autre différenciation résulte de la compétence spécifique d'adopter des mesures visant au renforcement de la coordination et la surveillance de la discipline budgétaire des Etats membres de l'Eurogroupe (art. 136, § 1, TFUE).

(29) J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Dalloz, 2010, p. 159. Egal. en ce sens, C. Blumann, L. Dubois, *op. cit.* (note 3), p. 428.

(30) J. Duthéil de La Rochère, *Fédéralisation de l'Europe ? Le Problème de la clarification des compétences entre l'Union et les Etats*, in O. Béaud *e.a.* (dir.), *L'Europe en voie de constitution*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 317-332, p. 329.

(31) Cela n'exclut pas l'adoption simultanée de mesures concernant plusieurs Etats membres à la fois.

(32) V. art. 139, § 2, let. b) TFUE.

(33) V. art. 122, § 2, et 126, § 9, TFUE : « ... le Conseil peut ... ».

Cette attribution modulée des compétences soulève d'une manière aigüe la question d'un modèle cohérent de solidarité et de responsabilité dans le domaine de l'UEM. Elle peut être considérée comme une technique subtile destinée à permettre un équilibre permanent entre l'autonomie des Etats membres et l'intérêt commun au niveau de l'Union. L'attribution concrète résulte d'une procédure de coordination plutôt que d'une attribution figée et offre de ce fait davantage de souplesse aux acteurs au niveau de l'Union et des Etats membres. Aussi protège-t-elle mieux l'identité des intéressés. En théorie et en temps normaux, cette approche pluraliste peut offrir plusieurs avantages, entre autres plus de légitimité démocratique, car les décisions de politique économique continuent à relever des parlements des Etats membres (34). Toutefois, une condition *sine qua non* du bon fonctionnement d'un tel système à structure horizontale consiste en la présence d'une forte responsabilité des acteurs envers l'intérêt commun de l'Union et le bien individuel des Etats membres, de sorte que la solidarité entre les peuples, voulue par le Traité UE, puisse évoluer. La période allant jusqu'à 2009 a démontré qu'il est peu probable que la politique nationale soit menée conformément à ces exigences. En effet, le mandat des parlements nationaux n'inclut pas, par définition, la prise en compte d'un intérêt commun allant au-delà des frontières nationales.

On a également vu qu'un tel système est très vulnérable dans une situation de stress. La mobilisation de l'instrument de l'article 126, § 9, TFUE, qui prépare la voie à une sanction et n'avait pas été utilisé avant 2010, indique un glissement de l'hétérarchie dans les relations entre Union et Etats membres vers une structure plus proche d'une hiérarchie normative. On peut effectivement avoir des doutes concernant l'efficacité d'un arrangement constitutionnel fondé sur un modèle pluraliste (35). Toutefois, il serait prématuré de considérer que ce modèle a échoué. Il nous paraît plutôt que le potentiel d'un système qui repose sur la coopération loyale et le respect du pluralisme n'ait pas été bien instrumenté ni exploité.

2. Une pratique oscillant entre des mesures « molles » et des interventions « dures »

La faiblesse des instruments disponibles dans le cadre de la coordination prévue à l'article 121, § 1, TFUE, contraste nettement avec les instruments mis à la disposition de l'Union en cas de déficit excessif d'un Etat membre. Dans une telle hypothèse, comme on l'a vu, l'action de l'Union peut inclure des *recommandations* (art. 126, § 7, TFUE), des *sanctions*, énumérées limitativement à l'article 126, § 11, TFUE, et la *définition des mesures* qui peuvent être exigées de la part d'un Etat (art. 126, § 9, TFUE).

L'inscription des sanctions dans les traités afin de contraindre le comportement des Etats membres, dans un domaine qui relève en principe de leur compétence et de ce fait de leur coopération volontaire, traduit une approche inappropriée, pour des raisons politiques, économiques et juridiques. Sur le

(34) V. cependant *infra*, D, 5.

(35) Sur le concept de « pluralisme constitutionnel » V. récemment M. Avbelj, J. Komarek (éds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford University Press, 2012.

plan des principes déjà, la sanction n'est pas un moyen adéquat de contraindre des décisions politiques dans un système démocratique. En effet, la légitimité démocratique repose sur la faculté du citoyen d'exercer un choix entre plusieurs options. Or, dans le cadre du système décisionnel englobant les Etats membres et l'Union, les options en matière de politique économique en amont d'une sanction sont ni communiquées ni discutées devant le public européen. Ainsi les sanctions se prêtent au renforcement des préjugés nationaux au lieu d'être ressenties comme expression de la défense de l'intérêt commun et de la solidarité.

La légitimité d'une sanction de l'Union dans ce contexte est par ailleurs particulièrement faible à cause de l'absence complète du Parlement européen dans le processus décisionnel de l'article 126, § 9 et 11, TFUE (V. aussi *infra*, D, 5).

Du point de vue de l'efficacité, les sanctions sont aussi un instrument inadéquat pour influencer le comportement des institutions dans un Etat démocratique. Leur simple existence ne compte pas parmi les facteurs qui déterminent l'opinion des électeurs et en conséquence les actions des partis politiques. Ainsi, les sanctions n'empêchent pas un comportement interdit. Leur effet réel se manifeste *ex post facto* seulement. Ceci est particulièrement vrai en matière d'évolution des budgets publics. Cette évolution résulte de nombreux facteurs dont l'origine peut remonter à plusieurs années en arrière. Ceux qui bénéficient des avantages d'une politique budgétaire laxiste ne sont pas identiques à ceux qui supporteront un jour les conséquences des sanctions.

La pratique au sein de l'Union confirme l'hypothèse de l'inefficacité de l'instrument.

Les sanctions sont censées avoir un effet dissuasif (36). Or, la perspective d'y être soumis n'a pas empêché qu'en 2012 vingt-trois Etats membres enregistrent un déficit excessif (37). Si un Etat a été amené à accumuler un déficit si élevé dans son budget national, en pleine connaissance des limites qui ont été inscrits au protocole n° 12 et au règlement n° 1467/97 (38), ce ne sont pas des sanctions pécuniaires qui modifieront la situation.

Au surplus, dans une situation de crise financière nationale, l'imposition d'une sanction pécuniaire risque de contribuer à aggraver la crise au lieu de concourir à sa solution, bien que la résolution d'une crise financière nationale soit le seul but légitime de la mesure de l'Union.

D'un point de vue juridique, l'article 126, § 9, TFUE pose un problème supplémentaire. Cette disposition ne prévoit pas l'adoption de sanctions au sens de l'article 126, § 11, TFUE. Elle confère toutefois au Conseil des pouvoirs d'intervention dans la politique économique d'un Etat n'ayant pas suivi ses recommandations au titre de l'article 126, § 7, TFUE. Or, ces pouvoirs sont à tel point mal délimités que leur application peut s'avérer représenter une sanction plus

(36) Règl. (UE) n° 1174/2011, *op. cit.* (note 23), art. 1 : « Le présent règlement établit un système de sanctions aux fins de la correction effective des déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro ».

(37) Liste sur le site http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/sgp/deficit/index_en.htm, consulté le 26 avr. 2012.

(38) *Op. cit.* (note 15).

importante que celles prévues au paragraphe 11. Lorsque le Conseil décide de se servir de cet instrument, il en vient en effet à assumer en grande partie la responsabilité de l'évolution macroéconomique dans cet Etat.

Cela est devenu apparent en mai 2010, dans le contexte de la crise financière. L'intervention la plus importante et la plus immédiate de l'Union dans la politique économique et sociale d'un Etat membre a visé la Grèce (39). A titre d'exemple, on cite quelques-unes des nombreuses mesures imposées à cet Etat (40) :

« 1. La Grèce adopte les mesures suivantes avant la fin du mois de juin 2010 :

[...]

d) la suppression de la plupart des crédits budgétaires affectés à l'allocation de solidarité (sauf une partie destinée à lutter contre la pauvreté), dans le but d'économiser 400 millions d'EUR ;

e) une réduction des pensions les plus élevées dans le but d'économiser 500 millions d'EUR par année entière (350 millions d'EUR en 2010) ;

f) la réduction des primes de Pâques, d'été et de Noël versées aux fonctionnaires dans le but d'économiser 1 500 millions d'EUR par année entière (1 100 millions d'EUR en 2010) ;

g) la suppression des primes de Pâques, d'été et de Noël versées aux retraités, tout en protégeant les titulaires de pensions modestes, dans le but d'économiser 1 900 millions d'EUR par année entière (1 500 millions d'EUR en 2010) ;

[...] »

Le saut entre les « bons conseils » émis en 2008 (41) et les instructions adoptées en 2010 suggère l'existence d'erreurs à la fois dans le système des instruments à disposition de l'Union et dans leur mise en œuvre.

Certes, la réforme législative de 2011 (42) impose davantage d'obligations aux Etats membres en matière de procédure budgétaire nationale et de respect des GOPE. Toutefois, le problème fondamental persiste, dans la mesure où l'Union ne dispose toujours pas de la possibilité de déclencher des activités « positives ».

3. L'absence d'instruments contraignants en matière de politique économique

Contrairement à la politique sociale (art. 153, § 2, let. b) TFUE), que l'Union peut développer à l'aide des directives de « prescriptions minimales », la « politique économique » dont il est question à l'article 119 TFUE ne peut pas être réalisée au travers d'actes normatifs de l'Union imposant aux Etats membres un

(39) V. toutefois les « conditions » imposées à l'Irlande et au Portugal en vertu de l'article 122, § 2, TFUE : *infra*, D, 4.

(40) Décis. 2011/734/UE, *op. cit.* (note 22), art. 2.

(41) Et confirmés plus en détail pour chaque Etat membre en 2009 : recommandation 2009/531/CE du Conseil du 25 juin 2009 concernant la mise à jour 2009 des grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté et la mise en œuvre des politiques de l'emploi des Etats membres, JOCE L 183, p. 1-26, annexe. V. aussi la recommandation du Conseil du 13 juill. 2010 relative aux grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de l'Union, JOUE L 191, p. 28-34.

(42) V. *supra*, notes 24 et 25.

trunc commun de choix et de priorités de politique économique. En définitive, l'objectif « d'une politique économique » cité à l'article 119, § 1, est censé être atteint au moyen d'une activité volontaire, bien que théoriquement coordonnée, des Etats membres. Au vu de l'imprévisibilité des résultats des décisions macroéconomiques nationales, le risque que les politiques nationales s'écartent des recommandations formulées au niveau de l'Union augmente considérablement.

En effet, le caractère non-contraignant des instruments disponibles incite à la désresponsabilisation des gouvernements des Etats membres lorsqu'ils prennent des décisions au sein du Conseil. Ces décisions ne sont pas prises dans l'esprit d'une responsabilité commune, car leur adoption n'exige pas de la part des représentants des gouvernements la prise en compte des conséquences de leur mise en œuvre en droit interne. En situation normale, l'Union prend acte d'une situation donnée, mais elle ne cherche pas à intervenir préalablement ou parallèlement. Elle peut intervenir seulement *ex post facto* dans des situations « pathologiques » – sans que, comme nous l'avons vu, la perspective d'une telle intervention ait, par effet de prévention, réduit substantiellement l'écart entre les politiques économiques nationales ou empêché « l'apparition de déficits excessifs des administrations publiques » (43). Il n'est pas certain que le renforcement des mesures préventives et des sanctions en 2011 modifiera substantiellement la situation. En effet, la faiblesse du traité persiste, qui consiste à chercher à atteindre l'objectif d'une politique commune par le biais d'une combinaison de règles « dissuasives » et « préventives », au lieu de tenter de stimuler la responsabilité et la solidarité commune par le biais des mesures constructives.

Un changement d'approche est envisagé par le Pacte fiscal, qui prévoit l'introduction en droit national d'une règle contraignante limitant la dette publique (44). Les effets d'une « limite juridique » des dettes publiques (art. 3 du Pacte) sont vraisemblablement surestimés. Toutefois, cette disposition indique un changement de paradigme concernant l'établissement (futur) d'une véritable gouvernance économique de l'Union, car elle établit pour la première fois une contrainte directe pour les actes nationaux de politique économique. Certes, cette contrainte s'arrête à nouveau à une mesure « négative ». Cependant, sa nature obligatoire pourrait préparer le terrain en vue de mesures « positives » à l'avenir. Par ailleurs, l'article 16 du Pacte fiscal prévoit son incorporation au droit primaire de l'UE dans un délai de cinq ans.

4. L'insuffisance et la mauvaise conception des instruments d'assistance financière en cas de crise

Depuis que l'Union et les Etats membres ont commencé leurs efforts pour endiguer les effets de la crise, le seul instrument de solidarité directe dans le cadre de l'UEM, c'est-à-dire l'assistance exceptionnelle de l'article 122, § 2, TFUE, s'est avéré peu approprié, pour différentes raisons.

D'abord, des incertitudes significatives entourent l'utilisation de cet instrument. L'article 122 n'est pas rédigé avec précision, et ne prévoit pas l'adoption

(43) V. P. de Grauwe, *Economics of Monetary Union*, 8^e éd., Oxford University Press, 2009, p. 235-250. V. aussi règl. n° 1466/97, amendé par règl. n° 1175/2011, *op. cit.* (note 17), art. 1.

(44) V. *supra*, C.

d'une législation spécifiant ses conditions d'application. Les incertitudes sont aggravées du fait de la tension qui existe entre cette disposition et les interdictions des articles 123 à 125 TFUE. Aussi, la question de savoir si elle fournit une base juridique suffisante pour autoriser l'Union à contracter des emprunts destinés au financement de l'aide ne trouve pas de réponse dans le texte du traité (45). Ces équivoques pourraient être aplanies à l'aide du principe constitutionnel de solidarité (46). A la lumière de ce principe, les dispositions des articles 123 à 125 TFUE devraient être considérées comme des exceptions et devraient, de ce fait, être interprétées restrictivement. En revanche, l'article 122 TFUE pourrait être considéré comme une affirmation du principe. Dans ces conditions, en cas de conflit, l'applicabilité de l'article 122 TFUE dans les deux hypothèses qu'il vise devrait prévaloir sur les interdictions des articles 123 à 125 TFUE. Dans cette même perspective, l'article 122 TFUE justifie l'autorisation des emprunts, à souscrire par l'Union afin de financer une aide fondée sur cette disposition. Quoiqu'il en soit, à défaut de précisions de la part du traité ou de dispositions d'application, des divergences fondamentales persistent sur son application dans une crise financière (47) et rendent l'utilisation de la clause difficile et imprévisible.

Le pouvoir du Conseil de poser des conditions à une aide en faveur d'un Etat, en vertu de l'article 122, § 2, TFUE, n'a pas été précisé davantage. La pratique récente fait apparaître un alignement sur l'interprétation de l'article 126, § 9, TFUE. En effet, en appliquant l'article 122 au Portugal (48) et à l'Irlande (49), le Conseil a aussi utilisé cette habilitation pour exiger l'adoption de mesures détaillées de la part des Etats membres concernés, intervenant ainsi profondément dans leur processus politique interne. Ces mesures soulèvent les mêmes problèmes que les « mesures » dans le cadre de l'article 126, § 9, TFUE (50).

Les instruments de droit international public offrent l'avantage de respecter les interdictions des articles 123 à 125 TFUE et de permettre de mobiliser des fonds très importants, qui dépassent les limites du budget de l'Union. En même temps, leur opération est assurée hors du système institutionnel de l'Union et dépend de ce fait de l'accord de chaque parlement national (51). Pour cette

(45) V. Règl. MESF, art. 6, § 3.

(46) V. *supra*, Introduction.

(47) Sur la problématique V. J.-V. Louis, *op. cit.* (note 20). Notamment la doctrine allemande discute l'article 122 TFUE sous l'angle de ses limites d'utilisation. Pour une interprétation très restrictive : M. Seidel, Die « No Bail-Out » Klausel des Art. 125 AEUV als Beistandsverbot, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2011. 529-534 ; pour la position contraire, notamment sous l'aspect de la solidarité : C. Calliess, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht, *Zeitschrift für europäische Studien (ZeuS)*, 2011. 213-282.

(48) Décis. d'exécution du Conseil du 30 mai 2011 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union au Portugal 2011/344/UE, JOUE L 159, p. 88-92, amendée par décis. d'exécution du Conseil du 11 oct. 2011 n° 2011/683/UE, JOUE L 269, p. 32.

(49) Décis. d'exécution du Conseil du 7 déc. 2010 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union à l'Irlande 2011/77/UE, JOUE L 30, p. 34-39.

(50) V. *supra*, D, 2.

(51) Ainsi, par exemple, un recours a déjà été annoncé contre la Loi de ratification allemande du MES et du Pacte fiscal devant le *Bundesverfassungsgericht*, V. *Neue Zürcher Zeitung* n° 87, 14 avr. 2012, p. 11.

raison, il n'est pas encore possible, au printemps 2012, de prédire si ces instruments entreront en vigueur comme prévu le 1^{er} janvier 2013 (52).

Dans une perspective plus large, il convient aussi de relever que les liens entre l'article 122 TFUE et les prestations financières prévues au titre d'autres politiques de l'Union ne sont pas bien précisés. A cet égard, une approche globale traduisant un concept plus cohérent de solidarité réciproque commence toutefois à faire son chemin dans la législation de l'Union sur le Fonds de cohésion prévu à l'article 177 TFUE. En effet, le règlement n° 1084/2006 (53) prévoit dans son article 4 que le Conseil peut décider de suspendre totalement ou en partie les engagements du Fonds dont bénéficie un Etat membre, si : (a) il a décidé que cet Etat présente un déficit public excessif et (b) il a constaté que cet Etat n'a entrepris aucune action suivie d'effets en réponse à ses recommandations. Le Conseil a fait pour la première fois usage de cette possibilité en 2012 – à l'égard de l'Hongrie (54).

5. Les implications des lacunes dans la légitimation démocratique de la gouvernance économique pour la solidarité

Le contraste entre la recommandation de l'article 121 TFUE et l'injonction prévue à l'article 126, § 9, TFUE est rendu plus problématique encore par un défaut structurel supplémentaire. En vertu du traité, le Parlement européen n'est impliqué ni dans la rédaction et l'adoption des recommandations, ni dans la décision concernant les « mesures » au sens de l'article 126, § 9, TFUE ou les « conditions » adoptées en vertu de l'article 122, § 2, TFUE. A la lumière du degré et de l'intensité de l'intervention de l'Union, sur ces bases juridiques, dans le droit interne des Etats membres concernés en la pratique, on note un grave problème de légitimité de ces actes, susceptible à lui seul de compromettre la responsabilité solidaire de la gouvernance économique.

En vertu de l'article 2 UE, le principe de démocratie figure parmi les principes fondateurs de l'Union. Déjà, l'adoption des recommandations fixant les grandes orientations de la politique économique (art. 121, § 2, TFUE) se fait sans intervention parlementaire. Certes, le Parlement peut à tout moment s'exprimer de sa propre initiative (55). Ainsi, il a voté une importante résolution (56) avant l'adoption par le Conseil de la recommandation concernant la mise à jour 2009 des grandes orientations. Le Conseil en a même formellement pris acte (57). Or, ces initiatives ne sont pas de nature à pouvoir se substituer à une consultation officielle et moins encore à une co-décision.

(52) V. Pacte fiscal, art. 14, et Traité MES, art. 42.

(53) Règl. (CE) n° 1084/2006 du Conseil du 11 juill. 2006 instituant le Fonds de cohésion et abrogeant règl. (CE) n° 1164/94, JOCE L 210, p. 79-81.

(54) Décis. d'exécution du Conseil du 13 mars 2012 portant suspension des engagements du Fonds de cohésion en faveur de la Hongrie à partir du 1^{er} janv. 2013 (2012/156/UE), JOUE L 78, p. 19-20.

(55) Au sujet de l'examen parlementaire des grandes orientations des politiques économiques, V. règl. intérieur du PE, JOUE 2011 L 116, p. 1-151, art. 114.

(56) Résolution du Parlement européen du 11 mars 2009 sur un plan européen de relance économique, JOCE 2010 C 87E, p. 98-112. V. aussi résolution du 20 oct. 2010 contenant des recommandations à la Commission sur l'amélioration de la gouvernance économique et du cadre de stabilité de l'Union en particulier dans la zone euro, JOUE 2012 C 70E, p. 41-55.

(57) V. recommandation du Conseil du 25 juin 2009, *op. cit.* (note 42), point 12.

Par ailleurs, l'absence de légitimation démocratique est prolongée par les instruments établis en marge des traités afin de pouvoir garantir un soutien financier aux Etats membres en difficulté. Ces instruments, tout comme le Pacte fiscal, ne prévoient pas un pouvoir décisionnel du Parlement européen. Non seulement leur approbation mais aussi leur mise en œuvre est soumise aux aléas des procédures parlementaires des Etats signataires (58). Même le règlement établissant le mécanisme européen de stabilisation financière, adopté sur la base de l'article 122, § 2, TFUE en 2010, n'établit qu'un droit d'information *ex post* du Parlement européen (59). Cette lacune représente plus qu'un problème ponctuel de la gouvernance économique. Elle traduit la faiblesse fondamentale de l'approche choisie par les Etats membres dans la rédaction des dispositions du TFUE en la matière d'abord et des instruments adoptés en marge des traités ensuite. L'exclusion de l'institution chargée de représenter les citoyens au sein de l'Union réduit considérablement la légitimité de tels actes.

E. — Conclusion intérimaire

En 1994, Tommaso Padoa-Schioppa (60) écrivait au sujet de l'Union économique et monétaire qu'il s'agissait essentiellement d'un projet pour résoudre des *problèmes communs* par des *institutions communes* (61). Or, la réussite de toute œuvre commune, qui implique plusieurs acteurs, présuppose une coopération loyale entre eux, animée par un esprit de solidarité et de responsabilité.

Cependant, la crise financière des Etats membres de l'Union met en exergue un double problème conceptuel de l'UEM. D'une part, une politique économique commune est censée résulter, pour une grande partie au moins, d'un mécanisme qui met l'accent sur l'autonomie des Etats, accompagnée de sanctions, et qui écarte dans son fonctionnement régulier les considérations de responsabilité commune et de solidarité. Ajoutons que la soi-disant autonomie des Etats membres en matière de politique économique est de toute manière relative, car elle est largement conditionnée par des décisions prises par d'autres Etats membres dans la poursuite de leurs propres politiques autonomes. D'autre part, l'UEM est intrinsèquement liée au marché intérieur commun et à la monnaie unique commune et fait partie du projet de création d'une Union « sans cesse plus étroite », dans le cadre de laquelle les Etats membres ont solennellement déclaré leur désir « d'approfondir la solidarité entre leurs peuples » (62). Même dans une situation normale, cette contradiction conceptuelle est à elle seule une source de confusion, susceptible de compromettre l'efficacité de la politique de l'Union. Dans une situation de crise, cet effet s'en trouve amplifié. La « solidarité-responsabilité », tout comme la « solidarité-prestation », ne peut évoluer que dans un cadre cohérent et intelligible pour les citoyens. Ainsi, par exemple, les responsabilités doivent être clairement attribuées et contrôlables, au travers de procédures démocratiques,

(58) V. à ce sujet la décision exigeante du *Bundesverfassungsgericht* allemand du 7 sept. 2011 (2BvR 987/10 ; 2BvR 1485/10 ; 2BvR 1099/10).

(59) Règl. MESF, art. 3, § 5.

(60) Ancien ministre italien des Finances, ancien membre du Directoire de la Banque centrale européenne.

(61) T. Padoa-Schioppa, *The Road to Monetary Union*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 1.

(62) Préambule UE, considérant 6 ; cf. *supra*, Introduction.

dans le cadre d'un système institutionnel qui permette de dégager une volonté commune et de légitimer une solidarité commune. Seule une approche conjointe et solidaire est susceptible d'absorber les chocs éventuels et de rendre aux Etats une influence réelle sur les décisions politiques qui les concernent.

Le TFUE, en son état actuel, s'y prête difficilement, car il laisse dans l'obscurité la répartition des responsabilités en matière de politique économique.

II. – DROITS FONDAMENTAUX, RESPONSABILITÉ, SOLIDARITÉ – LES PROMESSES NON MAINTENUES DU SYSTÈME EUROPÉEN COMMUN D'ASILE

A. – Introduction

Contrairement aux dispositions relatives à l'UEM, les dispositions du TFUE relatives à l'asile réservent explicitement une place centrale à la solidarité. En particulier, l'article 80 stipule :

« Les politiques [en matière de frontières, d'asile et d'immigration] de l'Union [...] et leur mise en œuvre sont régies par le principe de la solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. Chaque fois que cela est nécessaire, les actes de l'Union adoptés en vertu du présent chapitre contiennent des mesures appropriées pour l'application de ce principe ».

Plus généralement, les fondements constitutionnels de la politique d'asile ne se prêtent pas aux mêmes critiques que ceux de l'UEM. Le traité vise l'établissement d'un Système commun européen d'asile (SECA) dont il définit clairement les buts et les principes ; il assigne à l'Union les compétences nécessaires à son établissement ; et il jette les bases d'une relation non-contradictoire entre responsabilités individuelles et collectives (*infra*, B).

Cela n'a pas empêché l'apparition de très graves défaillances, qui démontrent une absence caractérisée de solidarité et de responsabilité, et qui tiennent tant au cadre législatif tracé par l'Union (*infra*, C) qu'à sa pratique d'application (*infra*, D). Le renforcement de la responsabilité et de la solidarité dans l'accueil des réfugiés est l'un des thèmes principaux de la réforme du SECA en cours. La prise de conscience des insuffisances constatées est indiscutable. Cependant, les débats actuels trahissent toujours un trop faible engagement commun envers les buts et valeurs ancrés aux traités, se caractérisant plutôt par des clivages qui voient à peine l'opposition des intérêts nationaux (*infra*, E).

B. – Les fondements normatifs du Système européen commun d'asile

Aux termes de l'article 78 TFUE, l'Union développe une politique commune d'asile visant à « offrir un statut approprié à tout ressortissant de pays tiers qui

nécessite d'une protection internationale », et à « assurer le respect du principe de non-refoulement » (63). Ces objectifs coexistent avec des objectifs de signe différent – assurer des contrôles efficaces aux frontières extérieures (art. 77 TFUE), prévenir les « abus » dans le domaine de l'asile (64) – mais ils les priment, dans la mesure où ils sont intrinsèquement liés à la réalisation des droits fondamentaux. Ainsi, la lutte contre les « abus » et l'immigration irrégulière ne doit en aucun cas empêcher l'accès à la protection (65), et la considération centrale doit rester la suivante :

« tout étranger persécuté a le droit d'obtenir aide et protection sur le territoire de l'Union européenne en application de la Convention de Genève [...] et des autres traités y afférents » (66).

En la matière, les Etats membres assument des responsabilités fondamentales. L'octroi de la protection internationale et l'accueil des personnes à protéger relèvent des autorités nationales (67). Cette remarque vaut plus généralement pour les politiques migratoires. Par exemple, chaque Etat est responsable du contrôle de « sa » section des frontières extérieures (68).

Ces responsabilités nationales ont toutefois une évidente dimension européenne. D'une part, les matières citées ont vocation à être exhaustivement couvertes par des règles communes, que chaque Etat doit mettre en œuvre à la lumière des buts et des valeurs ancrés en droit primaire. D'autre part, il existe dans ces domaines une interdépendance étroite entre les Etats membres, de telle sorte que la défaillance d'un Etat porte immédiatement préjudice aux autres Etats. Cela est évident en matière de frontières : en l'absence de contrôles aux frontières intérieures (art. 77, § 1, let. a) TFUE), les personnes qui franchissent irrégulièrement les frontières extérieures d'un Etat membre ont immédiatement accès au territoire des autres. Cela est moins évident, mais non moins vrai, dans le domaine de l'asile. L'article 78, § 2, lettre e) TFUE envisage une *distribution* des responsabilités parmi les Etats membres : chaque demande de protection doit en principe être examinée par un seul « Etat responsable », désigné selon des critères à fixer par le législateur européen et figurant actuellement au règlement dit « Dublin II » (69). Les autres Etats membres sont habilités, en principe, à « transférer » le demandeur vers l'Etat responsable sans se pencher sur ses besoins de protection. Or, cet arrangement, qui vise à garantir à chaque

(63) Sur le principe de non-refoulement V. J.-Y. Carlier, Droit d'asile et des réfugiés, RCADI, t. 332, 2007, chapitre II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE 2007 C 303, p. 1-16 (ci-après : Charte) consacre ce principe aux articles 18 (renvoi à la Convention de Genève) et 19, § 2.

(64) V. par ex. le Programme de Stockholm, JOUE 2010 C 115, p. 1-38, § 6.1.

(65) V. par ex. règl. (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 oct. 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE L 349, p. 1-11 (ci-après : règlement FRONTEX), tel que modifié par règl. (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011, JOUE L 304, p. 1-17, art. 1, § 2.

(66) Pacte européen sur l'immigration et l'asile, document du Conseil n° 13440/08, sous IV.

(67) *Ibid.* ; art. 78, § 2, let. e) TFUE.

(68) Règl. FRONTEX, art. 1, § 2.

(69) Règl. (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 févr. 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50, p. 1-10 (ci-après : règlement Dublin II).

demandeur une procédure d'asile dans l'Union tout en prévenant l'*asylum shopping*, repose sur la confiance mutuelle en ce que chaque Etat assure des standards d'accueil et de protection conformes aux droits fondamentaux. La défaillance de l'un d'entre eux fait juridiquement obstacle aux « transferts » vers son territoire, et reporte sa part de responsabilité sur un autre Etat (70).

Une fois rappelées les responsabilités « européennes » de protection qui pèsent individuellement sur chaque Etat (71), il convient de s'arrêter sur la responsabilité collective de protection qui pèse, toujours en vertu du traité, sur l'Union et sur les Etats membres. Le libellé de l'article 78 TFUE – l'Union doit « assurer le respect du principe de non-refoulement » par une « politique commune » (72) – laisse entrevoir une telle responsabilité, et la Cour de justice commence à s'y référer (73). Dans cette optique, les éventuelles violations des principes de protection ancrés au traité par un Etat membre ne sont pas uniquement l'affaire de cet Etat, de la Commission et le cas échéant des Etats dont les intérêts nationaux seraient directement touchés. Elles sont l'affaire de tous les acteurs du système, et tous doivent, dans le respect des rôles et des responsabilités propres à chacun, contribuer au rétablissement d'une situation conforme aux traités. Les articles 67, § 2, et 80 TFUE confortent cette lecture. En faisant de la « solidarité » un principe directeur des politiques migratoires de l'Union et de leur mise en œuvre, ils rendent explicite ce qui résulte déjà de l'article 4 UE : dans l'exécution des tâches découlant du traité, l'Union et les Etats membres portent une responsabilité à la fois individuelle et collective, assortie d'un devoir de loyauté, d'entraide et d'assistance (74).

Ce principe a une prégnance particulière dans le domaine de l'asile. Dans son ensemble, l'Union est sans doute en mesure de réaliser les buts inscrits à l'article 78 TFUE. Elle est l'une des régions les plus prospères du monde, elle accueille moins de réfugiés que le Pakistan à lui seul (75), et elle a reçu depuis 2002 un nombre de demandes de protection très en-deçà du pic historique enregistré en 1992 ou même des chiffres de 2001 (76). Pour que ce raisonnement soit valable, il faut toutefois une mobilisation solidaire des moyens de l'Union et des Etats membres. Pris individuellement, les Etats supportent en effet des charges très

(70) CJUE 21 déc. 2011, *N.S. e.a.*, C-411/10 et C-493/10, non encore publié au Recueil (ci-après : arrêt *N.S.*), points 75-86.

(71) Qui s'ajoutent aux obligations internationales pesant individuellement sur chaque Etat : V. G. Goodwin-Gill, *The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam*, in E. Guild, C. Harlow (dir.), *Implementing Amsterdam*, Oxford, Hart, 2001, p. 141-159, p. 146.

(72) Comp. avec l'ancien art. 63 CE, où il était seulement question de « mesures relatives à l'asile conformes à la Convention de Genève [et] aux autres traités pertinents ».

(73) CJUE, arrêt *N.S.*, point 95 ; V. aussi la Communication de la Commission sur le renforcement de la solidarité au sein de l'Union européenne dans le domaine de l'asile, COM (2011) 835, § 4.1. Pour l'affirmation d'une responsabilité collective déjà en droit international des réfugiés : A. Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford University Press, 2009, p. 1 s.

(74) V. not. D. Vanheule *e.a.*, *The implementation of Article 80 TFEU*, Etude pour le Parlement européen, PE 453.167, 2011, p. 31 et 36.

(75) HCR, *Statistical Yearbook 2010*, Genève, 2011, annexe I : fin 2010, les Etats membres accueilleraient ensemble 1 393 454 réfugiés et personnes assimilées contre les 1 900 000 du Pakistan.

(76) HCR, *Asylum applications in industrialized countries : 1980-1999*, Genève, 2001, notamment table III.1 ; COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), annexe.

inégales en matière d'accueil des personnes à protéger, tant en termes absolus que relativement à leurs capacités (77), et ces charges peuvent s'avérer lourdes pour certains d'entre eux. Similairement, les tâches de surveillance des frontières extérieures sont légères pour les Etats entourés d'autres Etats membres, et lourdes pour ceux qui doivent contrôler des vastes tracts de frontière maritime ou terrestre soumis à de fortes pressions migratoires. Ainsi, les responsabilités découlant de la législation de l'Union dans ces matières sont fortement asymétriques. L'Etat membre « désavantagé » ne saurait évidemment s'y soustraire : il doit consacrer à leur décharge les ressources nécessaires – financières, humaines, logistiques et politiques (78). Mais pour mieux garantir la réalisation des finalités des traités en matière migratoire, l'article 80 TFUE pose le principe du « partage équitable des charges », et exige son application « chaque fois que cela est nécessaire [...] par des mesures appropriées » (79). L'Etat confronté à un « afflux massif » de personnes en quête de protection peut se trouver dans l'incapacité de remplir ses obligations de protection. Dans de tels cas, un support efficace de l'Union et des autres Etats membres est la seule manière de garantir l'intégrité du SECA (80). En période normale, le partage équitable des responsabilités est en outre un support indispensable au devoir de loyauté. L'Union devrait idéalement établir des mécanismes de répartition des capacités, des risques ou des coûts tels que les Etats les plus exposés aux mouvements migratoires et à leurs fluctuations ne soient pas tentés de se défendre par des stratégies unilatérales contraires aux valeurs et aux règles communes (81). Cette exigence a été posée clairement, il est vrai en matière de frontières, par le Conseil européen :

« [c]eux des Etats membres qui sont exposés, de par leur situation géographique, à un afflux d'immigrants ou dont les moyens sont limités, *doivent pouvoir compter* sur la solidarité effective de l'Union européenne » (82) (italiques ajoutés).

Dans le choix des modalités de mise en œuvre de l'article 80 TFUE, les institutions disposent d'une marge d'appréciation considérable. Il leur revient de définir ce que serait un « partage équitable des responsabilités » – étant entendu que, dans la perspective de l'accomplissement des tâches découlant des traités, les valeurs absolues comptent moins que les valeurs relatives, les responsabilités devant être réparties en fonction des capacités des Etats membres (83). Il leur revient également de définir les modalités et l'objet du partage, l'article 80 affirmant que celui-ci doit avoir lieu « y compris sur le plan financier », et que donc la palette des instruments de solidarité inclura aussi d'autres instruments

(77) *Ibid.* ; V. aussi E. Thielemann *e.a.*, Quel partage des charges entre les Etats membres pour l'accueil des demandeurs d'asile ?, Etude pour le Parlement européen, PE 419.620, 2010.

(78) V. déjà CJCE 7 févr. 1973, *Commission c/ Italie*, 39/72, Rec. 101, points 19, 22 et 24.

(79) D. Thym, Art. 80, in E. Grabitz *e.a.* (dir.), *Das Recht der Europäischen Union*, Munich, Beck, 2010, § 2.

(80) V. également l'article 78, § 3, TFUE.

(81) V. D. Vanheule *e.a.*, *op. cit.* (note 75), p. 39-40.

(82) Pacte sur l'immigration et l'asile, *op. cit.* (note 67), sous III ; V. égal. communication de la Commission : Plan d'action en matière d'asile, COM(2008) 360, p. 7 : « il incombe à l'Union de trouver une solution commune, fondée sur le principe de solidarité, aux défis auxquels certains Etats membres sont confrontés ».

(83) E. Thielemann *e.a.*, *op. cit.* (note 78), p. 18.

en tant que « nécessaires » (84). Il leur revient, enfin, de déterminer l'intensité de la solidarité à la lumière du principe de proportionnalité, l'article 80 ne définissant pour sa part aucune limite supérieure.

Cette flexibilité n'enlève rien à la clarté des exigences posées par le traité. En résumé : l'Union doit assurer la réalisation sur son territoire des droits fondamentaux des migrants forcés, et notamment du droit d'asile ainsi que du principe de non-refoulement. Chaque Etat doit assumer ses responsabilités par une mise en œuvre ponctuelle de mesures adoptées à cette fin. En même temps, l'Union et les Etats membres sont appelés à une action solidaire, ce qui implique notamment que les Etats dont les capacités seraient insuffisantes ou soumises à une forte pression doivent pouvoir compter sur une solidarité de l'Union à la hauteur des défis (85).

C. — Distribution et partage des responsabilités de protection : un cadre législatif déséquilibré

La législation européenne en vigueur ne répond pas pleinement aux exigences qui viennent d'être esquissées. Dans la distribution des responsabilités, et dans leur partage, elle ne reflète pas suffisamment la vision d'une mission commune de protection à accomplir solidairement. Elle s'inspire plutôt d'une vision défensive de l'asile, inspirée de manière prépondérante par certains intérêts nationaux (86).

La distribution des responsabilités de protection parmi les Etats membres forme l'objet du règlement Dublin II, déjà mentionné. Le principe sous-jacent au règlement est que « la responsabilité de l'examen d'une demande incombe en premier lieu à l'Etat membre qui a joué le rôle principal dans l'entrée ou le séjour du demandeur sur le territoire des Etats membres » (87). Il s'agira normalement de l'Etat par les frontières duquel le demandeur a irrégulièrement pénétré dans l'Union (V. règl. Dublin II, art. 10, § 1) (88).

(84) La solidarité financière n'est en effet pas suffisante, à elle seule, pour partager efficacement et équitablement les responsabilités : *ibid.*, p. 20 et 120.

(85) Dans un sens similaire, V. COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 2.

(86) Le fait qu'en cela elle suive la tendance observée depuis les années 1980 dans le monde industrialisé (A. Hurwitz, *op. cit.*, note 74) n'atténue en rien le contraste avec les valeurs affirmées aux traités.

(87) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride, COM(2008) 820, p. 3.

(88) La Commission objecte que « [l]es principes du règlement Dublin [...] ne visent pas simplement à renvoyer les demandeurs d'asile dans l'Etat par lequel ils sont entrés dans l'Union. Plusieurs clauses tempèrent ce critère » [COM(2011) 835, *op. cit.*, note 74, p. 7]. Juridiquement, c'est indiscutable. De fait, la prépondérance des requêtes de prise en charge fondées sur les critères relatifs à l'entrée et adressées aux Etats de frontière, Grèce en tête, est écrasante. V. les statistiques 2009 (*incoming requests*): http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/dataset?p_product_code=MIGR_DUBIN, consulté le 26 avr. 2012.

Ce critère de l'« entrée irrégulière », il convient de le souligner, ne remonte pas au droit de la Convention de Genève (89), mais à la Convention de Schengen de 1990 – texte visant à définir les conditions de sécurité permettant la levée des frontières intérieures (90). Cette origine est significative. Etranger à la logique de l'accès à la protection, le critère de l'entrée irrégulière incite plutôt les États à fermer les frontières aux « sans papiers » – y compris aux demandeurs d'asile parmi eux – reportant sur l'État « défaillant » les responsabilités de protection (91).

L'origine du critère de l'entrée irrégulière est significative également sous un autre angle. Négocié entre la France, l'Allemagne et les pays du BENELUX, pays « de destination » traditionnels pour les réfugiés, il a été progressivement étendu aux autres États membres, y compris aux pays « de transit » et « de frontière » situés à la périphérie de l'Union. Dans ce cadre géographique élargi, son effet prévisible est de déplacer la responsabilité de l'accueil et de la protection sur les seconds (92). Un tel effet était purement virtuel lors de l'élargissement de l'espace Schengen pendant les années 1990, la preuve d'une entrée irrégulière étant presque impossible à apporter. Les choses ont changé lorsque la base de données EURODAC a été établie en 2000, et que les États membres se sont vu imposer l'obligation d'y enregistrer les empreintes digitales des migrants appréhendés lors du franchissement irrégulier de leurs frontières extérieures (93). Ce n'est pas par hasard si, par la suite, lors des négociations ayant mené à l'adoption du règlement Dublin II, est apparu le clivage entre pays « de destination » et pays « de frontière ». Malgré l'opposition persistante des seconds, le critère de l'entrée irrégulière a été retenu comme pierre angulaire du règlement, en vertu des rapports de force au Conseil et de la priorité accordée à la sécurisation des frontières. En guise de compensation, davantage de solidarité a été promise – mais conformément à la philosophie sécuritaire prévalant au Conseil, uniquement dans la surveillance des frontières (94).

Dès lors, bien que le préambule du règlement Dublin II évoque l'exigence d'un « équilibre entre les critères de responsabilité dans un esprit de solidarité » (considérant 8), on est très loin d'un modèle fondé sur un partage équitable des charges, axé sur la mission de protection de l'Union. Au contraire, les critères du règlement sont viciés par un biais sécuritaire et promeuvent un partage des responsabilités dont on peut bien soutenir qu'il est inéquitable. Certes, en va-

(89) J. Hathaway, *The law of refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, p. 46 s. ; A. Hurwitz, *op. cit.* (note 74), p. 127 s. et 170.

(90) Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée le 19 juin 1990, JOCE 2000 L 239, p. 19-62, art. 30, let. d).

(91) V. les remarques du HCR, UNHCR Observations on the European Commission's Proposal for a Council Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, Genève, 2002, not. § 5-8.

(92) *Ibid.*, § 8. V. aussi la reconstruction historique de A. Hurwitz, *op. cit.* (note 74), p. 9 s.

(93) Règl. (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 déc. 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JOCE L 316, p. 1-10, spéc. art. 8.

(94) Sur la négociation du règlement, V. J. Aus, *Logics of decision-making on Community asylum policy – A case study of the evolution of the Dublin II Regulation*, Arena Working Paper n° 3, févr. 2006 ; V. aussi la déclaration inscrite au procès-verbal d'adoption du règlement Dublin II, document du Conseil n° 6460/03 ADD 1.

leurs absolues, les Etats « de frontière » accueillent toujours moins de réfugiés et de demandeurs que les Etats « de destination » traditionnels (95). Par ailleurs, l'inefficacité notoire du système de Dublin a atténué ses effets distributifs (96). Les responsabilités de l'accueil, et les risques liés aux fluctuations des mouvements migratoires, n'en sont pas moins déplacées vers des pays qui disposent, en moyenne, de moindres ressources et capacités (97).

En réponse à cette critique, la Commission souligne que le Règlement Dublin II n'est pas « conçu pour partager les charges » et soutient que les déséquilibres qu'il peut générer doivent être corrigés par des mécanismes complémentaires de solidarité (98). L'argument est quelque peu paradoxal – il tend à « exempter » des principes de l'article 80 TFUE précisément le texte législatif visant à distribuer les responsabilités, quitte à « réparer les pots cassés » par la suite. De toute manière, même si des développements significatifs ont pu être enregistrés, la solidarité européenne en matière d'asile reste dans l'ensemble plutôt symbolique.

Sa dimension traditionnelle est celle de la solidarité financière. Par l'entremise du Fonds européen pour les réfugiés (FER), l'Union cofinance des actions nationales visant à renforcer les capacités des Etats membres et, dans des limites très serrées, des actions d'urgence en faveur des Etats soumis à une pression particulière (99). L'établissement en 2010 du Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEA) est venu renforcer la dimension de coopération opérationnelle (100). Le Bureau a notamment pour tâche de fournir aux Etats membres des services (formation, outils d'information) censés renforcer leurs capacités, et de coordonner la coopération entre Etats membres. A cet égard, sur demande d'un Etat soumis à une pression particulière, il peut déployer pour une durée limitée des « équipes d'appui asile » formées de spécialistes mis à disposition par les Etats membres. La dernière dimension de la solidarité européenne, et la moins développée, est celle de la redistribution des personnes. Plusieurs Etats membres s'opposent à tout mécanisme de redistribution des demandeurs de protection – et donc, de répartition « en nature » des coûts d'accueil et de traitement des demandes – arguant qu'un tel mécanisme porterait atteinte au système de Dublin (101). Les progrès enregistrés concernent ainsi presque exclusivement la redistribution des bénéficiaires d'une protection internationale (102).

(95) V. *supra*, note 77.

(96) V. Ph. de Bruycker *e.a.*, La mise en place d'un Système européen d'asile commun, Etude pour le Parlement européen, PE 425.622, 2010, p. 162 s.

(97) *Ibid.*, p. 158 s. ; *supra*, note 89.

(98) COM(2008) 360, *op. cit.* (note 83), p. 8-9.

(99) Décis. n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013, JOUE L 144, p. 1-21 (ci-après : décision FER).

(100) Règl. (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JOUE L 132, p. 11-28 (ci-après : règlement BEA).

(101) Ramboll Management Consulting et Eurasyllum Ltd., Study on the Feasibility of Establishing a Mechanism for the Relocation of Beneficiaries of International Protection, Rapport final, juill. 2010, p. 35-36 ; COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), § 3.2.

(102) Relevons qu'à partir du mois de mai 2013, ces personnes bénéficieront de droits limités de libre circulation, « ce qui peut contribuer à réduire la pression sur certains Etats membres » [COM(2011) 835, *op. cit.*, note 74, p. 9]. V. toutefois Ph. de Bruycker *e.a.*, *op. cit.* (note 97), p. 493.

En période normale, l'Union peut soutenir et coordonner, au travers du FER et du BEA, des programmes volontaires de « relocalisation » concernant ces personnes (103). En cas d'afflux massif de personnes déplacées, le chapitre VI de la Directive sur la protection temporaire prévoit un mécanisme de « solidarité » fondé sur le soutien financier aux Etats qui les accueillent, et sur d'éventuels transferts vers les Etats membres dont les « capacités d'accueil » – librement déclarées – seraient sous-exploitées (104).

Sans vouloir nier l'utilité de ces instruments, force est de constater que les moyens de l'Union – et corrélativement, les engagements des Etats membres – restent très limités. Les seules obligations de solidarité sont d'ordre financier, *via* le budget de l'Union. Or, l'enveloppe financière du Fonds pour les réfugiés est modeste (105), et le budget du BEA l'est encore davantage (106). Les autres formes de solidarité sont d'ordre strictement volontaire, qu'il s'agisse de la mise à disposition d'experts nationaux au profit du BEA (107), ou de la relocalisation des bénéficiaires de protection. Les expériences faites en ce dernier domaine ne sont pas très encourageantes. Le projet pilote *European Relocation Malta* (EU-REMA) était censé démontrer une solidarité concrète envers un Etat où, en raison de la surcharge de capacités limitées (108), l'accueil des réfugiés est devenu logistiquement et politiquement très précaire (109). Dix Etats membres ont ainsi accepté de reprendre 227 réfugiés entre 2010 et 2011. Face au risque d'un afflux massif de personnes en provenance de Libye, ils se sont engagés pour 340 places supplémentaires (110). Par rapport à la dimension du problème, la solidarité démontrée a pu être qualifiée de symbolique (111). Il est d'ailleurs piquant de constater qu'en 2010 seulement, 560 demandeurs d'asile ont été transférés vers Malte sous le règlement Dublin II (112).

En conclusion, les instruments de solidarité établis par l'Union dans le domaine de l'asile n'altèrent pas le (dés)équilibre des intérêts consacré dans le règlement Dublin II, et ne semblent aucunement à même de corriger l'incitation qu'il fournit – surtout aux Etats « de frontière » – à fermer les frontières aux personnes en quête de protection dans l'Union. L'incitation est d'autant plus forte que, pour la sécurisation des frontières, ces Etats peuvent compter sur une solidarité euro-

(103) Règl. BEA, art. 5 ; décis. FER, art. 3, § 1, let. e). Conformément à cette disposition, le FER peut également soutenir le transfert volontaire de demandeurs de protection.

(104) Dir. 2001/55/CE du Conseil du 20 juill. 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE L 212, p. 12-23, art. 24 s.

(105) 614 millions d'euros pour 2007-2013 soit, en prenant pour base des estimations relatives à 2007 [doc. SEC(2011) 1358, p. 82], environ 2 % des dépenses encourues par les Etats membres dans le domaine de l'asile sur une période de sept ans : V. E. Thielemann *e.a.*, *op. cit.* (note 78), p. 48.

(106) 40 millions d'euros pour 2010-2013 [doc. SEC(2011) 1358, p. 64].

(107) Règl. BEA, art. 15, § 2, et 16.

(108) E. Thielemann *e.a.*, *op. cit.* (note 78), p. 71-75 : Malte est en tête de liste des Etats membres « surchargés » selon tous les « indices de responsabilité » développés dans cette étude.

(109) V. le Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 9 juin 2011, CommDH(2011)17, et la réplique du gouvernement maltais qui lui est jointe.

(110) COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 8-9.

(111) Agence des droits fondamentaux de l'UE, *Coping with a fundamental rights emergency – The situation of persons crossing the Greek land border in an irregular manner*, 2011, p. 39.

(112) CommDH(2011)17, *op. cit.* (note 110), § 54.

péenne nettement plus robuste : le Fonds pour les frontières extérieures dispose de ressources triples par rapport à celle du Fonds pour les réfugiés, et le budget 2012-2013 de l'Agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres (FRONTEX) est environ six fois plus gros que celui du BEA (113). Depuis 2011, FRONTEX est par ailleurs juridiquement et logistiquement plus autonome que le BEA dans la conduite de ses activités, y compris parce qu'elle peut compter sur des engagements plus contraignants concernant la mise à disposition d'experts nationaux (114).

D. — La crise grecque de l'asile : loyautés fragiles et effacement des responsabilités communes

La répartition déséquilibrée des responsabilités et l'absence d'une promesse crédible de solidarité contribuent à expliquer – sans nullement les justifier – les manquements triviaux (115) ou tragiques (116) qui ont ponctué la pratique de l'asile des Etats membres de frontière de l'Union. La crise qui sévit en Grèce depuis plusieurs années constitue l'un des exemples les plus frappants. Elle démontre aussi à quel point la mission commune de protection découlant des articles 78 et 80 TFUE est méconnue par les Etats membres, et à quel point sont inadéquats les instruments de l'Union pour garantir son accomplissement.

Face à la perspective d'avoir à endosser de nouvelles et lourdes responsabilités de protection, y compris en vertu du Règlement Dublin II, la Grèce a délibérément tenté de s'y soustraire plutôt que de renforcer ses capacités (117). Elle l'a fait, aussi, en refusant aux demandeurs d'asile qui lui étaient transférés sous le règlement Dublin II l'accès à une procédure d'asile, les exposant ainsi au risque d'être refoulés de l'Union sans examen de leurs besoins de protection (118). Par la suite, la situation a échappé à tout contrôle. En 2011, en se référant à la situation existant depuis 2009, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a constaté qu'en Grèce les droits fondamentaux des demandeurs de protection sont systématiquement violés : conditions dégradantes de détention et d'accueil, énormes obstacles dans l'accès aux procédures d'asile,

(113) V. le tableau comparatif du document SEC(2011) 1358, p. 64.

(114) Comp. règl. FRONTEX tel que modifié en 2011, not. art. 2, 3, § 1 et § 1 *ter*, 3 *ter* et 7, avec règl. BEA, art. 2, 5, 8, 10, 13 et 15.

(115) Ainsi, la Commission a-t-elle fustigé le peu de zèle avec lequel les Etats membres relèvent les empreintes digitales des personnes franchissant irrégulièrement leurs frontières : Rapport sur l'évaluation du système de Dublin, COM(2007) 299, § 2.3.2.

(116) Refoulement indiscriminé vers pays non sûrs (CEDH 23 févr. 2012, *Hirsi Jamaa e.a. c/ Italie*, req. n° 27765/09) ; omission ou retard fatal dans le secours de *boat people* en détresse (résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 21 juin 2011, L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière, et Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population n° 12628, rapp. A. Diaz Tejera).

(117) A. Tryandafyllidou, Greek immigration policy at the turn of the 21st century. Lack of political will or purposeful mismanagement ?, *European Journal of Migration and Law*, 2009, 159-177.

(118) P. Papadimitriou, I. Papageorgiou, The new « Dubliners », *Journal of Refugee Studies*, 2005, 299-318 ; HCR, The return to Greece of asylum-seekers with « interrupted » claims, Genève, 2007.

inutilité de ces mêmes procédures au vu de l'absence des garanties les plus élémentaires et de taux de reconnaissance proches du 0 %, et risques sérieux de refoulement (119).

Jusqu'à la fin 2010, avec quelques exceptions, les autres Etats membres ont continué à transférer des demandeurs d'asile en Grèce, alors qu'ils auraient pu et du s'en abstenir (120). Ce faisant, ils ont démontré d'appliquer le dispositif Dublin non pas comme un moyen pour assurer l'accès à une procédure d'asile dans l'Union, mais comme un instrument destiné à déléster autant que faire se peut – et même au-delà de ce que les droits fondamentaux permettent – leurs propres administrations de l'asile, sans égard aux conséquences pour les personnes impliquées, pour les autres Etats membres, en l'espèce une Grèce complètement dépassée par la situation, et pour l'intégrité du SECA. En janvier 2011, la Cour EDH a – tardivement (121) – imposé la suspension de ces transferts, qu'elle a déclarés contraires à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (122). Au mois de décembre 2011, dans l'arrêt *N.S.*, la Cour de justice a confirmé que le transfert d'un demandeur vers la Grèce, où existent des « défaillances systématiques [...] impliquant un traitement inhumain ou dégradant », constituerait une violation de l'article 4 de la Charte. Or, entre 2009 et 2010, plus de 16 000 requêtes de prise en charge ont été transmises à la Grèce, et environ 2 200 demandeurs de protection y ont été effectivement transférés (123).

Face à une crise de cette ampleur, la réaction des institutions de l'Union a été pour le moins timide. En ce qui concerne la Grèce, le déclenchement de la procédure prévue à l'article 7 UE n'a à aucun instant été envisagé. Plusieurs procédures d'infraction ont été lancées, mais le problème central – à savoir la violation systématique de la Charte dans des domaines couverts par le droit dérivé de l'Union – n'a jamais été porté devant la Cour de justice, la Commission préférant visiblement utiliser ses pouvoirs comme moyen de pression pour négocier des réformes législatives (124). Par ailleurs, à notre connaissance, la Commission n'a entrepris aucune démarche auprès des autres Etats membres pour faire cesser des transferts qui, effectués sur la base du règlement Dublin II, ont également constitué une violation systématique des droits aujourd'hui consacrés

(119) CEDH 21 janv. 2011, *M.S.S.*, req. n° 30696/09 (ci-après : arrêt *M.S.S.*) ; V. F. Maiani, E. Néraudau, L'arrêt *M.S.S./Grèce* et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011, *Revue du droit des étrangers* n° 162, 2011. 3-19 ; V. Moreno Lax, Dismantling the Dublin System : *M.S.S. v. Belgium and Greece*, *European Journal of Migration and Law*, 2012. 1-31. La lecture des rapports de terrain cités dans l'arrêt indique à vrai dire qu'une situation critique existait depuis 2008 au moins – ce que la Cour s'est gardée de reconnaître pour ne pas se déjuger (V. *infra*, note 122 ; H. Labayle, Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ?, *RFDA* 2011. 273-290, 287).

(120) Règl. Dublin II, art. 3, § 2 ; CEDH, arrêt *M.S.S.*, points 339 s., 358 s. et 367 ; sur la pratique des autres Etats membres, V. H. Labayle, *op. cit.* (note précédente), p. 285 s.

(121) CEDH 2 déc. 2008, *K.R.S.*, req. n° 32733/08.

(122) CEDH, arrêt *M.S.S.*, points cités à la note 121.

(123) V. doc. du Conseil n° 6788/11, p. 3 ; Agence des droits fondamentaux, *op. cit.* (note 112), p. 36.

(124) V. la réponse de la Commission du 27 juill. 2010 à la question écrite E-4415/2010 du 16 juin 2010.

dans la Charte. Pour que cette pratique cesse, il a fallu attendre un arrêt de la Cour EDH (125).

La suspension des transferts n'a d'ailleurs pas résolu tous les problèmes, tant s'en faut. Les autres Etats membres ont au moins cessé d'aggraver la crise. Reste que des milliers de personnes – dont beaucoup en provenance de pays d'origine de réfugiés, comme l'Afghanistan – continuent d'entrer en Grèce, d'y être systématiquement détenus dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine, et d'être empêchés d'exercer pleinement leur droit de demander l'asile (126). Il est entre-temps devenu clair que la Grèce, accablée par la crise économique et soumise à une très forte pression migratoire, se trouve désormais « dans l'incapacité matérielle » de rétablir une situation conforme aux droits fondamentaux (127).

Depuis 2010, l'Union a entrepris des démarches actives pour contribuer à résoudre la crise. Au mois d'août 2010, le gouvernement grec a soumis un plan de réforme du système national d'asile à la Commission, qui en assure le suivi avec le HCR et le BEA et a débloqué des fonds d'urgence pour en soutenir la mise en œuvre. Des progrès sur le terrain ont été enregistrés, ce qui tend à démontrer l'utilité d'une solidarité financière bien encadrée. En même temps, le principe du cofinancement s'est révélé être un obstacle significatif au versement de fonds en faveur d'un pays saigné à blanc comme la Grèce ; en outre, les lourdeurs bureaucratiques pour débloquer les fonds ont constitué une entrave supplémentaire, et la plupart des financements était à très court terme – ce qui a limité d'autant leur effet structurel (128).

A la requête de la Grèce, des mesures d'assistance opérationnelle ont également été prises. L'Agence FRONTEX a été impliquée la première. La mission RABIT (*Rapid Border Intervention Teams*) a été semble-t-il efficace dans la réduction des entrées irrégulières par la frontière turco-grecque et a permis, aussi, de réduire le recours à certaines pratiques, tel le refoulement informel à la frontière (129). En même temps, l'implication même de FRONTEX souligne une nouvelle fois le problème des priorités de l'Union en matière migratoire. Par définition, cette Agence intervient pour sécuriser des frontières. Or, comme cela a été relevé, les personnes qui franchissent la frontière turco-grecque sont en grande partie des personnes dont on peut présumer qu'elles ont besoin d'une protection. Le problème prioritaire de l'Union, aux termes de l'article 78 TFUE, aurait dû être de leur assurer la pleine jouissance de leurs droits, plutôt que d'arrêter leur afflux (130). Par ailleurs, en concourant à la détection et à l'iden-

(125) H. Labayle, *op. cit.* (note 120), p. 285 s. et 288.

(126) Agence des droits fondamentaux, *op. cit.* (note 112), not. p. 21 s.

(127) CJUE, arrêt *N.S.*, point 87 ; V. aussi P. McDonough, E. Tsourdi, *Putting solidarity to the test : assessing Europe's response to the asylum crisis in Greece*, *New issues in refugee research*, Research paper n° 231, Genève, 2012, not. p. 34-35.

(128) V. COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 11 s. ; P. McDonough, E. Tsourdi, *op. cit.* (note 128).

(129) FRONTEX, *Press pack*, mai 2011, p. 30 ; Agence des droits fondamentaux, *op. cit.* (note 112), p. 8.

(130) S. Carrera, E. Guild, *Joint operation RABIT 2010 – FRONTEX assistance to Greece's border with Turkey : revealing the deficiencies of Europe's Dublin asylum system*, CEPS novembre 2010 ; même critique, dans un autre contexte, chez G. Goodwin-Gill, *The right to*

tification d'un grand nombre de migrants, FRONTEX a contribué à leur mise en détention dans les conditions déjà évoquées, et à l'exécution de leur renvoi en l'absence de garanties sérieuses sous l'angle du principe de non-refoulement. Autrement dit : en axant leur effort sur la sécurisation des frontières plutôt que sur la « responsabilité commune dans la protection » – par exemple au travers d'un programme de relocalisation, ou du moins d'une assistance immédiate et massive au système d'asile grec – les Etats et l'Union se sont exposés à une potentielle « responsabilité commune » dans la violation des droits fondamentaux (131). Avec l'implication du BEA, qui a lancé en 2011 la première mission d'une équipe d'appui « asile », l'aide opérationnelle fournie à la Grèce retrouve un plus grand équilibre, du moins sur le plan symbolique (132). Il est toutefois clair que le rétablissement du système d'asile grec prendra des années. La question-clé au regard de l'article 78 TFUE – comment assurer *maintenant* que les personnes qui arrivent en Grèce obtiennent un « statut approprié » si elles ont besoin de protection, et qu'elles ne soient en aucun cas refoulées – demeure sans réponse.

E. — Renforcer « responsabilité » et « solidarité » : les perspectives de développement

A la lumière des expériences passées, il existe un consensus sur la nécessité de renforcer, à la fois, les dimensions de responsabilité et de solidarité dans le cadre de la réforme du SECA en cours (133). Il s'agit toutefois d'un consensus de façade. Les opinions sur la voie à suivre divergent en effet considérablement. Les uns réclament une modification en profondeur des règles de fonctionnement du SECA par une révision des critères d'attribution de la responsabilité, et par l'établissement d'un « système de “solidarité obligatoire et irrévocable” », y compris en matière de répartition des personnes à protéger (134). Les autres défendent le *statu quo*, soulignent la responsabilité individuelle de chaque Etat membre, et ouvrent seulement à un développement ponctuel de la « boîte à outils » de la solidarité (135).

seek asylum : interception at sea and the principle of non-refoulement, *International Journal of Refugee Law*, 2011, 443-457, 449.

(131) Agence des droits fondamentaux, *op. cit.* (note 112), p. 24 ; plus critique : Human Rights Watch, *The EU's dirty hands – Frontex involvement in ill-treatment of migrant detainees*, New York, 2011.

(132) Pour 2012, l'équipe sera composée de dix à quinze experts nationaux : réponse de la Commission du 9 févr. 2011 à la question écrite n° E-12128/2011 du 20 déc. 2011.

(133) V. not. la résolution du Parlement européen du 25 nov. 2009 sur la communication de la Commission « un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens », JOUE 2010 C 285 E, p. 12-35, § 51 ; Programme de Stockholm, *op. cit.* (note 65), § 1.1 ; COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 2.

(134) Résolution du Parlement européen du 25 nov. 2009, *op. cit.* (note précédente), § 55 et 56 ; Déclaration des ministres des Affaires intérieures de Chypre, Grèce, Italie et Malte du 13 janv. 2009 (*Quattro paper*), p. 4 s.

(135) Programme de Stockholm, *op. cit.* (note 65), § 6.2.1 et 6.2.2 ; Contribution franco-allemande à la conférence européenne sur l'asile des 13 et 14 sept. 2010, document du Conseil n° 14507/10, p. 4 et 6.

L'orientation retenue pour l'instant semble être la deuxième (136). La réforme des critères de Dublin n'aura pas lieu. Au sein du Conseil, une majorité des Etats membres s'est même opposée à l'introduction d'un « mécanisme de suspension » des transferts vers les pays dont les systèmes d'asile sont surchargés ou connaissent des dysfonctionnements évidents (137). En lieu et place, un « mécanisme d'alerte » devrait être introduit, permettant de déceler à l'avance les situations problématiques, d'engager les réformes nationales nécessaires sous le contrôle et avec le soutien de l'Union, et de déclencher le cas échéant des mesures de solidarité additionnelles. Quant à la « boîte à outils » de la solidarité proprement dite, le registre employé est celui de l'optimisation de l'existant : (a) exploiter au mieux les contributions du BEA et de FRONTEX aux capacités des Etats membres, soutenir ces Agences par un engagement accru en ressources nationales, et affiner leur *modus operandi* lors d'opérations d'appui en incorporant, dans le cas de FRONTEX, des garanties supplémentaires en matière de droits fondamentaux (138) ; (b) doubler les ressources des Fonds migratoires, tout en simplifiant leur utilisation et en facilitant les financements d'urgence (139) ; (c) intensifier les formes volontaires de solidarité entre Etats membres, le cas échéant dans le cadre d'un mécanisme permanent – mais toujours volontaire – de répartition des personnes. Le seul concept novateur qui se profile à l'horizon est celui du « traitement conjoint des demandes d'asile », au profit notamment des administrations nationales surchargées. Mais il s'agit encore d'une perspective peu définie.

La plupart de ces initiatives sont en soi positives. Dans un SECA ayant atteint sa pleine maturité, où les Etats membres seraient foncièrement en mesure de décharger leur part de responsabilité, elles pourraient même former un cadre d'intervention économe et flexible, suffisant pour corriger d'éventuels déséquilibres et carences. Dans la situation actuelle, toutefois, elles paraissent insuffisantes, voire illusoirs, et il n'est pas interdit de penser que l'approche minimaliste qui les inspire découle essentiellement de la défense de positions nationales consolidées, et d'une réticence à consentir un engagement plus fort en faveur des valeurs communes.

La sacralisation des critères de Dublin – malgré leur inefficacité avérée et leur conformité douteuse aux valeurs des articles 78 et 80 TFUE (140) – s'explique ainsi en clé d'intérêts nationaux dominants (141). La promesse de la Commis-

(136) V. not. COM(2011) 835 *op. cit.* (note 74) ; Conclusions du Conseil du 8 mars 2012 concernant un cadre commun pour une solidarité réelle et concrète à l'égard des Etats membres dont le régime d'asile est soumis à des pressions particulièrement fortes, notamment en raison de flux migratoires mixtes, document du Conseil n° 7485/12.

(137) V. doc. du Conseil n° 8136/11, p. 84, et n° 12069/11, p. 85. L'introduction d'un tel mécanisme avait été proposée par la Commission [COM(2008) 820, *op. cit.*, note 88, p. 10 et art. 31].

(138) Règl. FRONTEX, tel que révisé en 2011, not. art. 1, § 2, 2 *bis*, 3, § 1 *bis* et 3, 3 *ter*, § 4, 5, 9, 10, § 2, 14, § 1 et 3, 26 *bis* et 33, § 2 *ter*.

(139) V. spécifiquement la Communication de la Commission sur le budget JAI 2014-2020, COM(2011) 749, et la proposition relative au nouveau Fonds « Asile et migration », COM (2011) 751.

(140) V. *supra*, notes 97 et 98.

(141) Contribution franco-allemande, *op. cit.* (note 136), p. 6 ; le clivage entre Etats « de destination » et « de frontière » est encore mis en évidence dans le document du Conseil n° 14423/10, p. 9.

sion d'effectuer un « bilan de qualité » complet » de Dublin dans un futur indéfini (142), alors que le système est en vigueur depuis 1995, est un aveu d'impuissance – doutes sur le bien-fondé du système, impossibilité politique de le changer, voire même de le remettre en discussion. Le rejet du « mécanisme de suspension » relève de la même démarche (143). Un « mécanisme d'alerte » visant à prévenir des crises est sans doute nécessaire au vu des expériences passées (144), mais il laisse intact le besoin d'un mécanisme permettant d'éviter des violations des droits fondamentaux, ou l'aggravation d'une situation de surcharge, lorsqu'une crise se déclare. Au demeurant, la jurisprudence des deux cours européennes impose déjà, au titre de la défense des droits fondamentaux, la suspension des transferts si un système d'asile est défaillant – et peut-être aussi, au nom du principe du partage équitable des responsabilités, s'il est gravement surchargé (145). Le refus d'inscrire ces principes dans le règlement Dublin II, et d'en préciser les modalités d'application, s'apparente dans la meilleure des hypothèses à la politique de l'autruche, et dans la pire des hypothèses à l'affirmation politique de la supériorité de Dublin sur les principes inscrits aux articles 78 et 80 TFUE.

Quant au « nouvel » instrumentaire de la solidarité, qui correspond dans ses grandes lignes à ce qui existe déjà, on peut douter de son aptitude à atteindre les objectifs ambitieux qui lui sont assignés – remettre à niveau les capacités des Etats les moins dotés et fournir un support efficace à ceux qui se trouveraient sous pression. En attendant de savoir à quoi pourrait ressembler le traitement conjoint des demandes, on se bornera à formuler des observations générales sur les autres propositions. Le doublement des fonds migratoires et leur flexibilisation constitueraient des progrès – à supposer que les propositions de la Commission soient approuvées – mais il faut avoir conscience de ce que les dotations resteraient modestes (146). Quant aux apports du BEA aux capacités nationales, il est trop tôt pour formuler un quelconque commentaire. Il est cependant douteux que, avec ses ressources actuelles, le BEA soit en mesure de faire réellement la différence dans la mise à niveau des capacités défaillantes et dans la solution des crises. L'équipe « asile » qui interviendra en Grèce en 2012, dans le contexte d'une crise profonde et en soutien à un système national chroniquement sous-dimensionné, sera formée de dix à quinze experts nationaux (147).

(142) COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 8. Pour une critique de l'évaluation menée en 2007 (*op. cit.*, note 116) V. F. Maiani, V. Vevstad, Reflection note on the Evaluation of the Dublin System and on the Dublin III Proposal, note pour le Parlement européen, PE 410.960, 2009.

(143) V. les documents du Conseil cités à la note 138, ainsi que la contribution franco-allemande, *op. cit.* (note 136).

(144) Celles-ci ont malheureusement tendance à se répéter : comparer le rapport du HCR, Hungary as a country of asylum, Genève, 2012, p. 8 s., avec les documents cités à la note 119.

(145) CJUE, arrêt *N.S.*, point 93. Ce passage suggère que, contrairement à l'opinion dominante (V. par ex. Ph. De Bruycker, L'espace de liberté, de sécurité et de justice, in M. Dony, E. Bribosia (dir.), Commentaire de la Constitution de l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 279-305, p. 253 ; H. Rosenau, S. Petrus, *op. cit.*, note 9, § 1 ; D. Thym, *op. cit.*, note 80, § 4), l'article 80 TFUE pourrait ne pas avoir une portée seulement programmatique, mais pourrait bien, dans certains cas, constituer un paramètre de légalité des actes de mise en œuvre du droit de l'Union.

(146) Pour avoir une idée indicative des investissements requis, V. E. Thielemann *e.a.*, *op. cit.* (note 78), p. 19.

(147) V. *supra*, note 133.

On peut bien penser que plus de ressources seraient nécessaires. Or, les appels adressés aux Etats membres pour qu'ils s'engagent volontairement à contribuer aux activités du Bureau ne semblent pas suffisants pour combler l'écart existant entre ressources et attentes (148). De même, à la lumière des résultats du projet pilote EUREMA, il est permis de douter que les initiatives de répartition des bénéficiaires de protection dépassent à l'avenir la dimension du purement symbolique, dès lors qu'elles sont destinées à rester purement volontaires (149).

F. — *Conclusions intérimaires*

Au total, les expériences faites et les débats en cours indiquent à quel point le dépassement, ou à tout le moins la relativisation des intérêts nationaux au nom d'un intérêt commun reste à faire. Avec le Traité de Lisbonne, les bases ont été jetées d'une politique d'asile ancrée dans les droits fondamentaux, solidaire et ambitieuse. Un débat politique ouvert et réellement axé sur la matérialisation de cette vision doit toutefois encore avoir lieu – débat portant sur les responsabilités, les capacités, et les principes opérationnels de la solidarité, ainsi que sur les moyens indispensables à allouer à l'Union pour remplir pleinement les tâches découlant des traités.



L'union économique et monétaire et le système européen commun d'asile, élément constitutif de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, sont deux chantiers majeurs de la construction européenne. Même en période normale, leur maintien et leur développement exigent en permanence l'action solidaire des institutions de l'Union et des Etats membres. Celle-ci devient impérative lorsque des situations surgissent qui risquent de remettre en question leur fonctionnement et leur intégrité.

Depuis plusieurs années, l'Union et ses Etats membres sont confrontés à des défis formidables dans l'accomplissement des missions définies aux traités dans les deux domaines. Bien que spécifiques à chacun, ces difficultés ont ceci de commun : elles révèlent une faiblesse persistante de la solidarité européenne, dans tous ses aspects.

Dans la construction européenne, comme il a été rappelé dans l'introduction, la notion de solidarité occupe une place centrale. Elle constitue un principe fondamental de droit, qui détermine la nature des obligations entre Etats membres et Union ainsi que la manière dont ceux-ci sont censés s'en acquitter. Elle exige la reconnaissance de l'existence d'un intérêt commun et un engagement continu de la part des Etats membres à le défendre, même lorsqu'il ne coïncide pas avec leurs intérêts ou préférences. Elle exige aussi une assistance mutuelle entre l'Union et ses Etats membres, et entre Etats membres par l'intermédiaire de l'Union, dans l'accomplissement des missions et des responsabilités communes découlant des traités.

(148) Conclusions du Conseil du 8 mars 2012 *op. cit.* (note 137), § 12 ; COM(2011) 835, *op. cit.* (note 74), p. 3-4.

(149) *Ibid.*, respectivement § 16 et p. 9.

Dans la mise en œuvre de la politique d'asile, le traité exige littéralement le respect du principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités, en lien avec une mission clairement définie de protection. Or, comme il a été exposé, ni la législation de l'Union, ni les pratiques développées par les Etats membres ne reflètent la recherche d'un intérêt commun et supérieur, la loyauté et la solidarité exigés par les traités. Au contraire, le système qui a été bâti est fragile et déséquilibré. La crise affectant un seul Etat membre a ainsi pu démolir par un effet de domino l'intégrité du SECA, avec la participation active de plusieurs autres Etats membres et dans l'impuissance – parfois, la passivité – des institutions communes.

Dans le domaine de la politique économique, le rôle assigné à la solidarité comme principe d'action de l'Union et des Etats membres est plus en retrait, cette politique relevant encore essentiellement des compétences des seconds. Or, l'obligation de la considérer « comme une question d'intérêt commun » (art. 121, § 1, TFUE) exige par définition une approche solidaire. Force est de constater que la pratique, mais aussi les instruments prévus au traité lui-même, ont laissé prévaloir des politiques définies essentiellement en fonction de critères nationaux, avec comme résultat une incapacité de l'Union et des Etats de faire face à la crise économique et financière.

Selon les cas, des réformes au niveau des traités ou du droit dérivé paraissent nécessaires. Les appels à une plus grande loyauté et à une plus forte solidarité, qui se succèdent depuis un certain temps (150), préludent peut-être à un approfondissement de l'Union européenne dans le sillon tracé par les traités : un nouveau dépassement des intérêts nationaux en faveur de l'intérêt commun, dans un cadre institutionnel propre à garantir la légitimité de l'exercice de pouvoirs nouvellement transférés. Une telle avancée ne s'est toutefois pas produite pour l'heure. Au contraire. Dans un cas, les réformes engagées vont dans le sens d'un renforcement des mécanismes d'interdiction et de sanctions, et d'une fuite des traités dans la construction de « parapluies » financiers. Dans l'autre cas, il existe un écart significatif entre la rhétorique employée, les besoins constatés, et les initiatives concrètement entreprises. L'enjeu, comme il a été déjà souligné, n'est pas seulement la sauvegarde de deux importants projets d'intégration. C'est aussi la préservation des valeurs de démocratie et de respect des droits fondamentaux qui sont les pierres angulaires de la construction européenne.

(150) V. par ex. la Résolution du Parlement européen du 20 oct. 2010 contenant des recommandations à la Commission sur l'amélioration de la gouvernance économique et du cadre de stabilité de l'Union, en particulier dans la zone euro [2010/2099(INI)], JÔUE 2012 C 70 E, p. 41-55, let. H). V. aussi, concernant la politique d'asile, les documents cités *supra* note 134.