

L'entrée de l'Union européenne dans les champs de la défense et de la sécurité

Bertrand WARUSFEL

Les vingt-cinq dernières années sont évidemment celles qui nous séparent de la chute du mur de Berlin et donc du grand bouleversement stratégique d'où a émergé la période d'incertitude que nous vivons tant sur le plan de la sécurité intérieure qu'extérieure. Mais elles sont aussi (et les deux mouvements ne sont pas juxtaposés pour rien) celles qui ont fait de la défense et de la sécurité de nouveaux domaines de compétence et d'action pour l'Union européenne.

Si l'on confronte en effet les textes du traité de Rome en 1957 à celui de Lisbonne, on ne peut – parmi d'autres

évolutions importantes – que constater que les questions de défense et de sécurité, volontairement absentes du traité originel, ont gagné leurs places dans les institutions de l'Union et dans l'énoncé de ses champs d'action et de ses objectifs essentiels. Cette révolution silencieuse doit donc être saluée.

On le fait pourtant assez peu, au motif de ce que cette transformation des cadres et des concepts ne s'est pas encore traduite dans les faits par une réelle efficacité opérationnelle, comme semblent nous le montrer encore les difficultés à organiser une intervention même modeste de l'Union européenne en Centrafrique. Dès lors, la tentation est grande de déplorer la vacuité d'une Europe de la défense et de la sécurité qui ne serait qu'une affirmation politique sans volonté réelle et sans débouché opérationnel¹.

(1) Le dernier ouvrage de N. Gnesotto, ancienne directrice de l'Institut de défense de l'Union de l'Europe occidentale (UEO) puis de l'Union européenne, est assez caractéristique de cette désillusion actuelle envers la politique de défense européenne, après des premières années qui paraissaient assez prometteuses : Gnesotto (N.), 2014, *Faut-il enterrer la défense européenne ?*, Paris, La documentation Française.

Bertrand WARUSFEL



Professeur à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Lille 2.

Ses travaux portent notamment sur le droit de l'information et la propriété intellectuelle, la protection du secret et le droit de la sécurité et de la défense. Membre du comité éditorial des Cahiers de la sécurité et de la justice, il est également membre du comité scientifique de l'INHESJ et administrateur de l'Association française du droit de la sécurité et de la défense (AFDSD).

Nous tenterons plutôt ici de montrer que derrière la spectaculaire, mais encore peu efficiente, affirmation politico-institutionnelle qui a marqué ce dernier quart de siècle, une autre avancée – plus discrète – s’est fait jour : celle de la structuration progressive d’un droit européen de la défense et de la sécurité. Et comme la construction européenne repose largement sur la puissance harmonisatrice du droit, cette évolution ne doit pas être sous-estimée et pourrait induire à terme des effets politiques significatifs.

Une affirmation politico-institutionnelle

De l’instauration par le traité de Maastricht des trois piliers de l’Union à leur suppression par fusion dans le traité de Lisbonne, la construction européenne a été fortement marquée depuis 1992 par une volonté d’affirmer politiquement les nouvelles compétences de l’Union dans les secteurs de la défense et de la sécurité².

L’invention des piliers intergouvernementaux pour étendre les compétences de l’Union

Deux des considérants introductifs du traité de Maastricht éclairent très directement l’intention de cette réforme majeure des traités originaires en matière de défense et de sécurité : « *Résolus à mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition à terme d’une politique de défense commune qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune, renforçant ainsi l’identité de l’Europe et son indépendance afin de promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe et dans le monde, réaffirmant leur objectif de faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples, en insérant des dispositions sur la justice et les affaires intérieures dans le présent traité* ».

(2) Sur l’ensemble de ce mouvement, voir Anne Camilleri-Subrenat, 2010, *Le droit de la politique européenne de sécurité et de défense dans le cadre du traité de Lisbonne*, Paris, Lavoisier.

(3) Ces mécanismes spécifiques ont été établis notamment par les articles J2, J3 et J8 du traité concernant la PSEC (l’article J4 renvoyant les décisions en matière de défense à l’Union de l’Europe occidentale – UEO, organisation devenue alors un « satellite » de l’Union européenne et K3 pour la justice et les affaires intérieures).

(4) Pour un exemple assez caractéristique de ce primat de l’intergouvernemental sur le communautaire en matière de sécurité et de défense, on peut lire l’ouvrage écrit en 1994 par un haut fonctionnaire alors en poste au SGDN : « *Fort heureusement le traité de l’Union signé à Maastricht contient des dispositions qui, si on veut les utiliser en ce sens, peuvent combler cette grave lacune : il prévoit en effet que c’est par une coopération intergouvernementale que les États chercheront à la fois à préserver leur identité et affirmer l’identité de l’Union sur la scène internationale [...] On verra enfin que le traité de l’Union donne droit de cité à ce mode de coopération qui devrait, c’est notre thèse, être délibérément développé dès lors que la sécurité nationale est en jeu, de façon directe ou non* » (Henri Prévot, 1994, *La France : économie, sécurité – Economie mondialisée, Sécurité nationale, Union européenne*, Hachette Pluriel).

(5) On a pu parler à ce sujet d’un « compromis... entre ceux qui ont voulu mettre en place une véritable union politique et ceux qui se sont montrés réservés face à la perspective d’attribution à l’Union de compétences dans des matières à dominante politique, liées au noyau dur de l’État » (N. Eleftheria, « La politique étrangère et de sécurité commune et l’identité de l’Union européenne », *AFDI*, Vol. 50, 2004, p. 826).

Sur ces fondements ont été créés les titres V et VI consacrés à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et à la justice et aux affaires intérieures. Ces deux titres ont établi ce que l’on a pris l’habitude de dénommer respectivement « le second pilier » et le « troisième pilier » de l’Union européenne, les Communautés en constituant à l’époque le premier pilier.

Cette architecture complexe visait essentiellement à organiser dans les titres V et VI un mécanisme non communautaire de coopération intergouvernementale³. On estimait souvent en effet à l’époque, en particulier dans les États les plus impliqués dans les questions de défense (comme la France), que les décisions dans les domaines touchant la sécurité des États ne pouvaient aucunement faire intervenir une procédure communautaire ni la Commission⁴, mais relever seulement d’un arrangement intergouvernemental dans lequel chaque État conservait sa souveraineté et son droit de veto⁵.

C’est dans ce cadre que sont apparues différentes entités dédiées aux problématiques de défense et de sécurité au sein de l’Union européenne.

Des entités européennes dédiées aux fonctions de défense ou de sécurité

Dans la foulée du traité de Maastricht et de ceux qui lui ont succédé (les traités d’Amsterdam, Nice et enfin de Lisbonne), sont apparues, en effet, de nombreuses entités spécialisées qui sont venues œuvrer dans ces nouveaux domaines de la sécurité intérieure et extérieure.

Au niveau de la détermination de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), a été institué (suite à une décision prise au sommet d’Helsinki de décembre 1999, institutionnalisée ensuite par l’article 25 du traité de Nice), comme structure permanente du Conseil, un comité

politique et de sécurité qui regroupe un ambassadeur permanent de chaque État membre⁶ et qui, désormais, « suit la situation internationale dans les domaines relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et contribue à la définition des politiques en émettant des avis à l'intention du Conseil [...]. Il surveille également la mise en œuvre des politiques convenues, sans préjudice des attributions du haut représentant », tout en assurant également « le contrôle politique et la direction stratégique des opérations de gestion de crise⁷ ».

À ses côtés siège le comité militaire de l'Union européenne (CMUE) qui est composé par les chefs d'état-major des armées des États membres, représentés par leurs délégués militaires⁸. Il est le lieu où se discute et se met en place la coopération militaire entre les États membres de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des conflits et de la gestion des crises (qui s'inscrit dans ce que l'on dénomme depuis le traité de Lisbonne, la PSDC, v. *infra*) et adresse au COPS des recommandations et des avis sur les questions militaires. En cas de crise, il assume la direction militaire et fournit des directives militaires à l'État-major de l'Union européenne (EMUE) placé sous son autorité.

Sur le plan de l'analyse du renseignement, le Haut représentant dispose au sein de son service d'action extérieure d'une cellule primitivement dénommée SITCEN (Centre de situation conjoint) et désormais INTCEN (Centre d'analyse du renseignement), qui reçoit des analyses en provenance des services de renseignement des différents États membres qu'elle complète par des recherches ouvertes ou semi-ouvertes.

En matière de renseignement et de défense, l'Union a aussi récupéré le centre satellitaire de l'Union de l'Europe occidentale (UEO) qui est devenu – à la suite du rapprochement-fusion de l'UEO avec l'Union européenne – une agence purement communautaire à partir de 2011⁹. De la même manière, l'institut de sécurité de l'UEO est devenu l'Institut d'études de sécurité de l'Union européenne dès 2002.

Mais une autre création significative a été, en 2004, celle de l'Agence européenne de défense (AED) aujourd'hui rattachée au Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et qui a notamment en charge de soutenir les programmes de recherche dans les technologies de défense, l'acquisition en coopération de matériels d'armement et le soutien de la base industrielle et technologique de défense (BITD) ainsi que le renforcement des capacités militaires européennes¹⁰. Eu égard à l'importance de ses missions (à défaut de ses moyens encore modestes), l'AED est l'une des rares entités de défense et de sécurité à être désormais fondée directement sur une disposition issue du traité de Lisbonne (articles 42 et 45 du traité de l'Union européenne).

Cette agence travaille, en ce qui concerne les programmes d'armement, avec une structure non communautaire, l'Organisation conjointe de coopération en matière d'armement (OCCAR), créée en 1998 par quatre pays (devenus six depuis l'adhésion de la Belgique et de l'Espagne¹¹) et qui peut recevoir de l'AED un mandat pour gérer des programmes d'armement en coopération entre certains États membres.

Mais c'est également dans le domaine de la justice et de la sécurité intérieure que des entités spécialisées ont vu également le jour dans les vingt dernières années. Ce fut tout d'abord le cas d'Europol, dont le principe fut établi par l'article K1 du traité de Maastricht et dont la convention qui l'institue fut signée en 1995¹². Mais par une décision du Conseil du 6 avril 2009, Europol est finalement devenue une agence de l'Union européenne.

En 2002, fut créée, par décision du Conseil Eurojust, l'unité de coordination judiciaire de l'Union européenne¹³ qui a pour mission de faciliter les enquêtes et les poursuites transfrontalières en Europe. Enfin, on peut également mentionner deux agences spécialisées de l'Union qui exercent, chacune dans leurs domaines de compétence, des missions touchant à la sécurité intérieure de l'Union.

(6) Décision du Conseil n° 2001/78/PESC du 22 janvier 2001 instituant le Comité politique et de sécurité (COPS).

(7) Article 38 du traité de l'Union européenne.

(8) Le CMUE a également été créé par une décision PSEC du 22 janvier 2001.

(9) Le centre satellitaire de l'Union européenne ayant été créé par l'action commune n° 001/555/PESC du 20 juillet 2001 et installé sur le même site de Torrejon en Espagne où il disposait des infrastructures du centre de l'UEO, il a repris la suite de ce dernier par l'action commune n° 011/297/PESC du 23 mai 2011, en application de la déclaration du 31 mars 2010, par laquelle les États parties au traité de Bruxelles avaient décidé la cessation des activités de l'UEO au plus tard le 30 juin 2011.

(10) L'Agence européenne de défense a été créée par une action commune du Conseil n° 2004/551/PESC du 12 juillet 2004, modifiée par une action commune de 2006.

(11) L'OCCAR a été institutionnalisé par l'Allemagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni lors de la signature de la convention de Farnborough du 9 septembre 1998. Elle succédait indirectement au Groupe armement de l'Europe occidentale (GAEO) créé en 1993 au sein de l'UEO pour promouvoir la gestion commune des programmes d'armement.

(12) Cette création d'Europol officialisait le mécanisme informel de coordination entre les services de police des États membres qui s'était constitué discrètement en 1976 et qui est connu sous le nom de « groupe de Trevi ».

(13) Décision du Conseil du 28 février 2002 portant création d'Eurojust dans le but de renforcer la lutte contre la criminalité grave (amendée par la décision du Conseil 2009/426/JAI du 16 décembre 2008).

Il s'agit tout d'abord de l'Office européen de lutte contre la fraude (OLAF¹⁴), en charge de détection des fraudes internes à l'Union, mais aussi des fraudes externes susceptibles d'avoir un impact sur les finances de l'Union (fraudes à la TVA et autres trafics à la fiscalité indirecte) et contre lesquelles l'OLAF travaille en coopération avec les autorités douanières des différents États. La création sans doute prochaine d'un parquet européen pour mener des enquêtes et tenter des actions judiciaires contre les auteurs d'atteinte aux intérêts financiers de l'Union devrait renforcer le dispositif.

Enfin l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (dite « Frontex ») a été créée en 2004¹⁵ pour soutenir et coordonner les mesures prises par les États membres pour assurer la sécurité et l'efficacité du contrôle des frontières extérieures de l'Union, en particulier vis-à-vis des flux migratoires clandestins.

Toutes ces entités créées depuis une vingtaine d'années se retrouvent aujourd'hui articulées au sein de l'architecture consacrée par le traité de Lisbonne.

L'architecture conceptuelle et institutionnelle du traité de Lisbonne

Né de l'échec du traité constitutionnel européen, le traité de Lisbonne de 2009 en a repris l'essentiel des inspirations et des mécanismes en matière de politique de défense et de sécurité.

Sur le plan conceptuel, le traité de Lisbonne a notamment repris et consacré l'effort engagé à partir du sommet franco-britannique de Saint-Malo, suivi du conseil européen de Cologne en 1999, pour donner à l'Union européenne une capacité militaire opérationnelle au service de sa politique étrangère et de sécurité commune. Ce fut la politique européenne de sécurité et de défense (PESD). Celle-ci s'est retrouvée dans les nouveaux traités sous la forme de la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) qui est désormais définie au premier alinéa de l'article 42 TUE comme faisant « *partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune. Elle assure à l'Union une capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires. L'Union peut y avoir recours dans des missions en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le*

renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la charte des Nations unies. L'exécution de ces tâches repose sur les capacités fournies par les États membres ».

Cette PSDC est donc le bras armé de la PESD et a été conçue pour constituer également une forme de préparation à une politique de défense commune (visée à l'article 24 TUE), comme le rappelle le second alinéa de cet article 42 précité : « *La politique de sécurité et de défense commune inclut la définition progressive d'une politique de défense commune de l'Union. Elle conduira à une défense commune, dès lors que le Conseil européen, statuant à l'unanimité, en aura décidé ainsi* ».

Mais plus que ces concepts et leur articulation (qui, pour l'essentiel, avait déjà été introduite dans les traités précédents), l'apport du traité de Lisbonne vient de deux innovations, l'une de nature conceptuelle et juridique, et l'autre de nature institutionnelle.

La première réside dans la disparition de la notion des « piliers » de l'Union européenne. Inventée à Maastricht pour trouver un compromis entre les partisans de l'intégration et ceux de la seule coopération intergouvernementale, cette formule intermédiaire n'aura donc vécu que 16 ans, de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht à 2009. Sans doute, les vertus prêtées par ses tenants à l'intergouvernementalité n'avaient pas paru suffisamment probantes pour être perpétuées et le nouveau traité a préféré lui substituer un mécanisme communautaire aménagé dans lequel, s'agissant des questions de défense et de sécurité (celles qui relèvent du nouveau Titre V du TUE), des règles et procédures spécifiques sont prévues à l'article 24 TUE : unanimité de certaines décisions au Conseil et au Conseil européen, exclusion de l'adoption d'actes législatifs et incompétence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour apprécier les décisions correspondantes¹⁶. Cela a pu faire dire qu'en pratique « *ce découplage interne de l'UE ne remet pas en cause le clivage entre la sphère décisionnelle intergouvernementale (le champ de la politique étrangère, de sécurité et de défense) et le domaine sous compétence de la Commission (politique commerciale, coopération, aide humanitaire)*¹⁷ ».

En revanche, on notera que le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (qui fait désormais l'objet du nouveau titre V du TFUE) relevant des politiques et actions internes de l'Union, ne fait plus l'objet d'un traitement institutionnel particulier¹⁸, même si l'article 71 TFUE a institué au sein du Conseil un comité permanent

(14) Créé par la décision n° EC(1999) 802 du 28 avril 1999.

(15) Par le règlement no 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004.

(16) L'article 24 réserve cependant la compétence de la Cour de justice « pour contrôler le respect de l'article 40 du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

(17) Petiteville (F.), 2011, « Les mirages de la politique étrangère européenne après Lisbonne », *Critique internationale*, 2, n° 51, p. 99.

pour suivre les questions de sécurité intérieure (COSI) qui devient, en quelque sorte, au sein du Conseil le pendant du COPS pour les questions de sécurité intérieure. D'autre part, le nouvel article 73 TFUE réserve la possibilité pour les États de continuer des coopérations interétatiques en matière de renseignement intérieur en permettant « *aux États membres d'organiser entre eux et sous leur responsabilité des formes de coopération et de coordination qu'ils jugent appropriées entre les services compétents de leurs administrations chargées d'assurer la sécurité nationale* », formule qui fait écho à l'affirmation de l'article 4 alinéa 2 du TUE selon lequel l'Union « *respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* » et que « *la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* ».

La seconde innovation d'ordre institutionnel consiste – dans le prolongement du traité d'Amsterdam¹⁹ – en l'institution du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité (article 18 du TFUE) qui conduit la PESC et est à la fois vice-président de la Commission et président du Conseil des affaires étrangères. Outre son rôle et sa visibilité politique, il a à sa disposition le nouveau Service d'action extérieure de l'Union, véritable ministère des affaires étrangères européen qui intègre notamment au niveau central l'INTCEN comme structure de centralisation et d'analyse du renseignement extérieur et sur le terrain le réseau des représentations de l'Union européenne dans le monde.

Tout cet ensemble constitue indiscutablement la preuve de ce qu'en vingt ans l'Union a affirmé sa compétence et sa détermination à jouer un rôle dans les domaines de la défense et de la sécurité. Elle le fait d'ailleurs au profit d'objectifs politiques qu'elle s'est fixés au fil du temps, qu'il s'agisse des missions dites de « Petersberg » (issues en 1992 de l'UEO et reprises dès le traité d'Amsterdam pour devenir le cadre d'intervention de la PSDC), des mécanismes de coopération avec l'OTAN (adoptés sous le nom des accords « Berlin plus ») ou encore de la stratégie européenne de sécurité adoptée en 2003²⁰.

Certes, les résultats effectifs de ce nouveau positionnement sont encore modestes, voire décevants et alimentent une certaine désillusion, comme en témoigne par exemple

l'article de Franck Petiteville de 2011²¹. Notre propos n'est pas ici d'engager une polémique ni de prétendre que les interventions diplomatiques ou sécuritaires de l'Union depuis 1993 ont été décisives. Il est plutôt d'insister sur le chemin politique et institutionnel déjà parcouru pour réintégrer l'Union européenne dans des champs d'action politique où elle n'était pas légitime. En soi, un tel mouvement, caractéristique de ces dernières décennies n'est rien s'il ne débouche pas à court ou moyen terme sur une influence réelle dans les affaires du monde et sur l'amélioration du niveau de sécurité de nos sociétés européennes, mais inversement nous ne pourrions pas aujourd'hui appeler de nos vœux une politique européenne de défense et de sécurité efficace si toute cette alchimie politique et bureaucratique ne s'était pas mise en route à partir du traité de Maastricht. Et cette approche plus positive est renforcée par la constatation de ce que, derrière la construction politico-institutionnelle encore inaboutie, l'Union européenne construit déjà discrètement et par petites touches un droit européen de la défense et de la sécurité.

L'émergence parallèle d'un droit européen de la défense et de la sécurité

Chaque institution possède sa propre culture et ses performances doivent être appréciées en relation avec cette culture. S'agissant de l'Union européenne, on sait à quel point cette structure originale a construit son influence par la production du droit plus que par l'affirmation politique directe. Souvent considérée comme une « puissance normative », il est donc logique d'évaluer aussi son implication nouvelle dans les champs de la défense et de la sécurité en étudiant quelle production juridique l'accompagne. Or, force est de constater que, dans la plus grande discrétion, se construit progressivement un droit européen de la défense et de la sécurité et que – à notre sens – cette intervention dans des domaines juridiques dont elle était jusqu'alors exclue est sans doute aussi importante – si ce n'est plus – que les initiatives institutionnelles que l'on a rapidement rappelées²².

(18) Sur les transformations introduites par le traité de Lisbonne en la matière, voir notamment « Les conséquences du traité de Lisbonne sur le Conseil "Justice et affaires intérieures" (JAI) : avantage de codécision et de nouvelles structures de travail », Note d'information, Secrétariat général du Conseil, novembre 2009.

(19) Qui avait déjà institué un haut représentant de la PESC.

(20) *Une Europe sûre dans un monde meilleur*, Bruxelles, 12 décembre 2003.

(21) Petiteville (F.) précité, critique une approche institutionnaliste qui aurait tendance à surestimer l'importance de ces évolutions dans le champ de la défense et de la sécurité, à laquelle il oppose une vision plus réaliste qui évaluerait plutôt l'impact réel (et en l'occurrence, encore trop faible) de la politique de l'Union sur les relations internationales (notamment, v. p. 96-97).

(22) Les développements qui suivent ont été complétés et enrichis à l'occasion de notre intervention au colloque *Transformations et réformes de la sécurité en Europe* (Université de Bordeaux, Centre Montesquieu de recherches politiques, 15-16 mai 2014).

La limitation jurisprudentielle des exceptions liées aux intérêts de sécurité des États

La première étape de ce parcours juridique dans les domaines de la défense et de la sécurité a été menée par la Cour de justice et concernait l'interprétation de l'article 223 du traité de Rome (devenu successivement l'article 296 puis l'article 346 du TFUE) et de l'exception de « sécurité publique » établie par l'ancien article 36 du traité de Rome (redevvenue l'article 36 du TFUE).

En effet, la combinaison de ces articles permettait aux États membres (et plus particulièrement à ceux qui ont une politique de défense et de sécurité nationale forte) de déroger à leur guise à l'application des dispositions du droit de l'Union dès que celui-ci venait heurter un tant soit peu leurs prérogatives nationales en matière de défense.

L'un des premiers arrêts manifestant le souci de la Cour de contrôler l'usage de ces articles a été l'arrêt Richard du 4 octobre 1991 relatif aux restrictions nationales d'exportation de produits à double usage. Le requérant mettait en cause la compatibilité entre les restrictions d'exportation (pour motif d'embargo vers les pays socialistes²³) et le principe communautaire de libre circulation en Europe. Pour valider la réglementation luxembourgeoise en la matière, la Cour reconnut bien que « la notion de sécurité publique au sens de l'article 36 du traité couvre tout à la fois la sécurité intérieure d'un État et sa sécurité extérieure » (ce dernier aspect étant en jeu dans les restrictions au commerce des produits sensibles) et que « les États membres, en vue de contrôler les marchandises qualifiées de matériel stratégique, ont la possibilité de soumettre, en vertu de l'article 36 du traité, leur transit à une autorisation spéciale²⁴ ». Mais elle ajouta également que ces restrictions à la libre circulation n'étaient licites que « dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article » et que si « elles ne portent pas atteinte plus qu'il n'est indispensable aux échanges intracommunautaires²⁵ ». Plus nettement encore, elle affirma, dans les arrêts Werner et Leifer du 17 octobre

1995²⁶, qu'en ce qui concerne les biens à double usage « la Communauté dispose d'une compétence exclusive en la matière » et que « des réglementations portant restriction aux exportations de marchandises à double usage vers des pays tiers relèvent (du) champ d'application » de la politique commerciale communautaire. Dans l'arrêt Leifer, elle refusa même d'envisager que les États puissent également couvrir ce type d'équipements non spécifiquement à usage militaire par des mesures nationales prises sur le fondement de l'article 223²⁷.

Mais la Cour alla encore plus loin en 2008 et 2009 en s'attaquant directement à l'application que peuvent faire les États membres des dispositions de l'ancien article 223 (à l'époque devenu l'article 296). Dans son arrêt Agusta du 8 avril 2008, le Cour condamna ainsi l'Italie pour s'être exonérée de l'application des règles de marchés publics s'agissant de l'achat d'hélicoptères dont il s'avérait qu'ils n'étaient pas exclusivement destinés à des besoins militaires. Selon la Cour, « Les mesures que les États membres adoptent dans le cadre des exigences légitimes d'intérêt national ne sont pas soustraites dans leur ensemble à l'application du droit communautaire du seul fait qu'elles interviennent dans l'intérêt de la sécurité publique ou de la défense nationale » et « l'achat d'équipements, dont l'utilisation à des fins militaires est peu certaine, doit nécessairement respecter les règles de passation des marchés publics²⁸ ».

L'année suivante, elle s'autorisa également le droit de contester l'invocation de l'article 296 que faisaient sept États membres (en l'occurrence pour avoir refusé de comptabiliser dans le montant des ressources propres les sommes correspondant en capital et intérêts de retard aux droits de douane perçus sur certains produits relevant de cet article). En l'espèce, la Cour ne contesta pas le caractère de matériel de guerre applicable aux produits concernés, mais uniquement le fait que les États aient fait une interprétation extensive de la dérogation prévue à l'article 296, laquelle selon elle ne pouvait les amener à déroger à leurs obligations financières vis-à-vis de l'Union. Là encore, c'est la motivation de principe de la Cour qui est à relever. Si elle admet l'existence de certaines « dérogations expresses applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique » (dont les ex-articles 36 et 223), cela

(23) Jusqu'en 1994, les contrôles sur les produits à double usage étaient coordonnés entre les pays occidentaux au sein du COCOM, un comité officieux créé en 1949 sous l'égide de l'OTAN.

(24) CJCE 4 oct. 1991, aff. C-367/89, Richardt et « Les Accessoires Scientifiques » : Rec. CJCE 1991, I, p. 4621 (considérants 22 et 23). Sur cet arrêt, voir notre commentaire in *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1992/3, p. 50-53.

(25) Considérants 19 et 20 du même arrêt (qui rappelle l'arrêt Campus Oil du 10 juillet 1984 qui avait posé cette règle s'agissant de restrictions à l'importation).

(26) CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-70/94, Werner : Rec. CJCE 1995, I, p. 3189. CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-83/94, Leifer : Rec. CJCE 1995, I, p. 3231.

(27) « Il n'y a donc pas lieu d'examiner si les mesures nationales en cause peuvent être également justifiées sur le fondement des articles 223, paragraphe 1, sous b), ou 224 du traité ». Pour une opinion doctrinale de l'époque qui n'excluait pas que l'article 223 puisse couvrir des biens à double usage : Olivier Lhoest, « la production et le commerce des armes, et l'article 223 du traité instituant la communauté européenne », *Revue belge de droit international*, 1993/1, p. 177.

(28) CJCE, 8 avril 2008, Aff C-337/05, Agusta.

ne couvre que « *des hypothèses exceptionnelles bien délimitées. Il ne saurait en être déduit qu'il existerait une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique*²⁹ ».

Au total et comme le rappelait fort justement Denys Simon dans son commentaire de ces derniers arrêts : « *la sécurité nationale n'autorise pas toute mesure nationale au motif qu'elle serait soustraite par nature au champ d'application du droit communautaire et désormais du droit de l'Union, mais peut en revanche justifier une exception à l'application des règles du traité. La différence n'est pas mince, dans la mesure où dans ce dernier cas, la dérogation, comme toutes les dérogations aux règles fondamentales de l'Union, est d'interprétation stricte. Il ne suffit donc pas que l'État membre invoque la protection de sa sécurité ou des renseignements dont il estime la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité. Encore faut-il qu'il rapporte la preuve que la dérogation aux règles du traité est nécessaire et proportionnée à la défense des intérêts en cause*³⁰ ».

Ainsi, le droit européen et son juge reprennent aux États membres une grande partie de l'indépendance que ceux-ci pensaient pouvoir conserver vis-à-vis de l'Union en matière de défense et de sécurité. Dès lors, il est également possible au législateur européen de pénétrer progressivement ce domaine dont il était précédemment exclu.

Quelques prises en compte des impératifs de sécurité dans le droit économique européen

Parallèlement à cette relecture des clauses dérogoires du traité et à leur mise sous contrôle du juge de Luxembourg, la Commission a su utiliser sa compétence de droit commun en matière de droit économique pour légiférer dans plusieurs domaines sensibles en matière de sécurité.

Le premier exemple – très caractéristique – est directement lié à l'évolution jurisprudentielle rappelée plus haut. Il s'agit de la communautarisation à partir de 1994 des contrôles sur l'exportation des produits et technologies à double usage, contrôles que les États européens membres de l'OTAN mettaient en œuvre directement depuis 1950 dans le cadre de l'accord COCOM³¹.

L'adoption du règlement communautaire du 19 décembre 1994 découle directement d'une double évolution politique : d'un côté, la mise en place du marché unique imposait la disparition des contrôles sur les transferts intracommunautaires de ces produits et technologies sensibles et, de l'autre, la disparition de l'URSS conduisait les Occidentaux à changer la perspective de leurs contrôles pour viser désormais la lutte contre la prolifération et la maîtrise des capacités militaires des pays du Sud (et non plus des pays ex-socialistes). Le résultat fut un compromis juridique intéressant : un contrôle communautaire unifié était institué aux frontières extérieures de l'Union tandis que les États conservaient, en amont, la compétence de déterminer les produits et technologies contrôlés (définis dans une liste établie par une décision PESC) et, en aval, la compétence d'appliquer sur leur territoire les règles communes de contrôle et de délivrer, au cas par cas, les licences d'exportation. On mêlait ainsi, dans cette matière sensible, le communautaire (la règle commune de contrôle), l'intergouvernemental (le périmètre du contrôle) et le national (l'application et la relation avec chaque exportateur).

Intéressante aussi a été l'évolution qu'a subi le dispositif au fil des règlements qui se sont succédé et qui ont remplacé le règlement originel du 19 décembre 1994, à savoir le règlement du 22 juin 2000³² puis le règlement du 5 mai 2009³³. Lors de l'adoption du règlement de 2000, a été retirée aux États membres la prérogative de fixer la liste des produits et technologies contrôlés, le contrôle étant désormais fondé uniquement sur l'article 133 (ex-art. 113) du traité relatif à la politique commerciale commune. En 2000 également est apparue pour la première fois l'existence d'une « autorisation générale communautaire d'exportation » (art. 6, § 1 du règlement du 22 juin 2000 abrogé, art. 9.1 du règlement de 2009 actuellement en vigueur), devenue depuis le 16 novembre 2011, « autorisation générale d'exportation de l'Union ». Et depuis la publication du règlement (UE) n° 1232/2011 du 16 novembre 2011 portant modification du règlement du Conseil, ces autorisations générales d'exportation de l'Union sont au nombre de six. Or, leur existence est, en soi, significative, puisqu'il s'agit là d'autorisations d'exportation valables dans tous les pays membres et qui ne sont plus délivrées par chacun de ces États, mais qui sont juridiquement considérées comme des décisions

(29) CJUE, grande ch., 15 déc. 2009, aff. C-239/06, aff. C-294/05, aff. C-372/05, aff. C-387/05, aff. C-409/05, aff. C-461/05.

(30) Simon (D.), 2010, « Matériel de guerre et biens dual use », *Europe*, n° 2, comm. 78, février.

(31) Sur l'évolution de la réglementation du contrôle de la destination finale des produits à double usage depuis le COCOM jusqu'au dernier règlement européen du 5 mai 2009, voir notamment le chapitre sur « les restrictions aux opérations transfrontières » in Vivant (M.), Rapp (L.) et Warusfel (B.), 2014, *Droit du numérique*, Paris, Ed. Lamy.

(32) Règlement n° 1334/2000 du 22 juin 2000.

(33) Règlement n° 428-2009 du 5 mai 2009.

d'autorisation délivrées par l'Union européenne elle-même. Même si ces licences générales européennes ne portent que sur des exportations vers des destinations non sensibles et ne portent pas sur l'appréciation au cas par cas de dossiers particuliers d'exportation, elles manifestent le fait que l'Union peut exercer, concurremment avec les États, une compétence en matière d'autorisation d'exportations sensibles et laisse penser que son champ d'intervention pourrait s'accroître progressivement³⁴.

Un autre exemple d'une législation de l'Union pénétrant assez profondément dans le domaine des prérogatives de défense et de sécurité peut être choisi dans le domaine des infrastructures critiques. Suite à une communication de 2004 visant la protection des infrastructures critiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme³⁵, la Commission a proposé et obtenu l'adoption d'une directive en 2008 portant sur le recensement de ces infrastructures et « l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection³⁶ ». Derrière ces euphémismes, la réalité est que la protection de ces infrastructures (en particulier celles des grands réseaux : transports, communications électroniques, électricité, gaz, eau) passe par la mobilisation des opérateurs privés et que, sur ce terrain, les prérogatives de droit économique de l'Union lui permettent de pousser à l'harmonisation de leur protection, alors même que leur protection est en elle-même du ressort des États, au nom de la sécurité publique et de la sécurité nationale.

Dès lors, les réglementations nationales en la matière doivent tenir compte de ce nouveau cadre européen. En France, par exemple, bien que la protection des infrastructures dites « vitales » trouve son fondement dans une ordonnance de 1958³⁷, ses textes d'application qui imposent aux opérateurs privés des « secteurs

d'importance vitale » des sujétions de défense et des obligations en termes de prévention et de sécurité, et plus particulièrement le décret de 2006³⁸ en la matière, vont devoir compter avec une harmonisation européenne progressive des politiques de sécurité (ce qui est d'ailleurs justifié par le caractère transfrontalier de la plupart de ces réseaux d'infrastructures), dans le cadre notamment du programme européen de protection des infrastructures critiques (EPCIP), qui s'inscrit dans le cadre de la directive 2008/114/CE concernant le recensement et la désignation des infrastructures critiques européennes ainsi que l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection.

Un troisième exemple, encore largement en gestation, concerne la sécurité des systèmes d'information. En effet, si l'Union européenne a déjà créé une Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) en 2004³⁹, elle n'a pas encore réussi à faire adopter son projet de directive sur le sujet⁴⁰. Ce projet indique bien – dès son premier considérant – que « *Les réseaux et les services et systèmes informatiques jouent un rôle crucial dans la société. Leur fiabilité et leur sécurité sont essentielles à l'activité économique et au bien-être social et notamment au bon fonctionnement du marché intérieur* ». Son but sera notamment d'imposer à tous les États membres d'adopter « *une stratégie nationale en matière de SRI qui définit les objectifs stratégiques et les mesures politiques et réglementaires concrètes visant à parvenir à un niveau élevé de sécurité des réseaux et de l'information et à le maintenir* » (projet d'article 5) et de désigner une « *autorité nationale compétente en matière de sécurité des réseaux et systèmes informatiques* » (projet d'article 6). Et là encore, l'articulation entre les questions de sécurité des systèmes d'information, de protection des données personnelles et de gouvernance de la société de l'information et du commerce électronique

(34) Le considérant 19 du règlement de 2009 est d'ailleurs explicite sur la nécessité de progresser dans la voie d'une moindre indépendance de décision des États membres et d'une plus grande unification des contrôles : « *Il convient donc, conformément aux recommandations du plan d'action de Thessalonique, et aux demandes formulées dans la stratégie ADM de l'Union européenne, d'élargir la portée de la consultation entre États membres avant l'octroi d'une autorisation d'exportation. Cette approche permettrait notamment de veiller à ce que les intérêts essentiels de sécurité d'un État membre ne soient pas menacés par une exportation d'un autre État membre. Une plus grande convergence des conditions de mise en œuvre des contrôles nationaux pour les biens à double usage qui ne figurent pas dans le présent règlement et une harmonisation des conditions d'utilisation des différents types d'autorisations qui peuvent être octroyées en vertu du présent règlement se traduiraient par une application plus cohérente et uniforme des contrôles* ».

(35) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 20 octobre 2004 – Protection des infrastructures critiques dans le cadre de la lutte contre le terrorisme [COM(2004) 702 final – non publiée au Journal officiel].

(36) Directive 2008/114/CE du conseil du 8 décembre 2008 concernant le recensement et la désignation des infrastructures critiques européennes ainsi que l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection.

(37) Ordonnance n° 58-1371 du 29 décembre 1958 tendant à renforcer la protection des installations d'importance vitale, JORF du 31 décembre 1958, p. 12064 (aujourd'hui codifiée aux articles L.1332-1 et suivants du Code de la défense). Sur l'application de ce cadre au domaine des communications électroniques, voir notre article : Warusfel (B.), 2010, « La protection des réseaux numériques en tant qu'infrastructures vitales », *Sécurité & Stratégie*, n° 4, novembre, p. 31-39.

(38) Décret no 2006-212 du 23 février 2006 relatif à la sécurité des activités d'importance vitale.

(39) Règlement (CE) n° 460/2004 du 10 mars 2004 instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information.

(40) Sa dernière version date de 2013 : Proposition de directive concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et de l'information dans l'Union, com (2013) 48 final, 2013/0027 (cod).

(déjà très encadrée par la législation de l'Union) devrait à terme conduire à une certaine intégration européenne des politiques de cyber-sécurité des États, domaine qui demeurerait largement discrétionnaire et souverain (du fait notamment du lien avec les questions de renseignement technique).

L'eupéanisation directe de certaines questions de défense et de sécurité

Mais au-delà de ces exemples d'eupéanisation indirecte de certains domaines clés touchant la défense ou la sécurité, nous avons assisté en 2009, avec l'adoption de ce que l'on a appelé le « paquet défense », au franchissement d'un cap important.

En effet, outre la publication du règlement du 5 mai 2009 sur le double usage précité (et qui ne constituait qu'une évolution d'un texte précédent), deux autres textes importants ont été adoptés : la directive du 6 mai 2009 relative au transfert des produits liés à la défense et la directive du 13 juillet 2009 relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité.

L'adoption de ces textes marque une étape politiquement significative. Il ne s'agit plus effectivement d'action juridique indirecte, mais bien de l'adoption de normes contraignantes venant toucher deux instruments essentiels des politiques publiques en matière de défense nationale, voire de sécurité nationale (puisque la directive du 13 juillet ne concerne pas que les matériels de guerre, mais aussi certains matériels de sécurité).

Sans entrer dans le détail de ces législations complexes, retenons que, s'agissant de la directive du 6 mai 2009, il s'agit pour l'Union de réglementer ni plus ni moins que la circulation intra-européenne des matériels de guerre⁴¹. Nous sommes ici dans le champ même des prérogatives étatiques réservées par l'actuel article 346 du Traité (à savoir « *qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre* »), ce qui est différent de la situation que nous évoquions précédemment des produits

à double usage, lesquels n'ont pas été reconnus comme rentrant dans le périmètre de cet article.

Or, dans son principe, la directive du 6 mai 2009 transpose largement les logiques issues du domaine du double usage pour faciliter la circulation des matériels de guerre et de leurs sous-ensembles entre les pays de l'Union (de manière, notamment, à faciliter les programmes d'armement en coopération et les achats intra-européens d'armement). Ainsi, le nouveau cadre juridique français concernant le transfert et l'exportation des matériels de guerre (entré en vigueur au 1^{er} janvier 2014) est largement marqué par ce texte qu'il transpose⁴².

La seconde directive du 13 juillet 2009⁴³ est venue, quant à elle, créer un régime dérogatoire au sein du droit européen des marchés publics pour prendre en compte les spécificités et les contraintes des États membres lorsqu'ils passent des marchés concernant des matériels de guerre ou plus largement des produits ou prestations qui impliquent la communication ou l'utilisation d'informations classifiées. Là encore, cette intervention législative marque une évolution nette par rapport à ce qui se pratiquait jusqu'alors en la matière.

En effet, précédemment la seule manière pour les États de déroger aux règles des marchés publics en matière d'armement était de faire une interprétation large de l'article 223 et de considérer que les intérêts essentiels de leur sécurité justifiaient par exemple de ne pas soumettre à concurrence ou de restreindre la publicité relative à la consultation d'industriels en vue de la production d'un matériel de guerre. C'était en France l'objet du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 qui, au visa de l'article 296 de l'époque (ex-223), permettait au ministère de la Défense de soustraire largement aux dispositions de droit commun du Code des marchés publics la passation des marchés concernant les matériels de guerre⁴⁴.

La nouvelle directive a retiré aux États une telle latitude et leur accorde, dans les limites qu'elle définit et sous le contrôle du juge de l'Union, des possibilités d'assouplissement de leurs procédures de marché lorsque sont en cause (pour les matériels militaires, mais aussi tous

(41) Directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.

(42) Voir la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité (et plus particulièrement son chapitre 1^{er}). Voir aussi notre intervention « La Douane et le contrôle des exportations de matériel de guerre et de technologies sensibles », *La Douane, acteur de la sécurité et de la défense*, AFSDS/Paris 2, 27 mars 2014.

(43) Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

(44) Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.

les produits de sécurité qui entraînent la communication ou l'utilisation d'informations classifiées) la protection du secret ou la sécurité d'approvisionnement⁴⁵.

Tant par leurs domaines d'application (essentiellement les matériels de guerre) que par leurs logiques intrinsèques (passer de pratiques nationales acceptées ou tolérées à un cadre harmonisé défini par l'Union), ces deux piliers du paquet Défense de 2009 montrent – plus encore que les exemples précédents – que, sur le terrain du droit, il existe désormais une légitimité pour que l'Union légifère elle-même après avoir pris en compte les intérêts de défense et de sécurité des États membres. Si l'effet peut sembler le même (à savoir déroger pour ces raisons de défense et de sécurité aux règles communes du droit de l'Union), la méthode est inverse et son sens politique et juridique important. C'est désormais le droit de l'Union européenne qui autorise les États à conserver des prérogatives nationales liées à leurs missions régaliennes de défense et de sécurité nationale, mais c'est aussi lui qui en apprécie la justification et qui en fixe les conditions de mise en œuvre et les limites.

Ces progrès et cette affirmation sur le terrain de la production juridique peuvent sembler décalés par rapport à la difficulté de faire exister l'appareil politico-institutionnel de l'Union en matière de défense et de sécurité. Mais ils montrent aussi que, comme il est souvent usuel dans la construction européenne, c'est par la production normative – lieu naturel de la puissance européenne – que se manifeste tout d'abord une aspiration politique. Dans ces matières sensibles de défense et de sécurité, nous sommes sans doute confrontés une nouvelle fois à une forme d'« existentialisme » juridique européen, l'essence politique de ce mouvement amorcé étant encore à venir et ayant été précédée par l'existence, discrète mais agissante, d'un droit harmonisateur et intégrateur ■

(45) Voir notamment sur cette directive, Stéphane Rodrigues, « La directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, ou de l'art difficile de rentrer dans le rang (du marché intérieur) », *Europe*, n° 11, novembre 2009, étude 10.