

Question d'Europe
n°590
06 avril 2021

Protéger les contre-pouvoirs pour sauver l'État de droit

Eric MAURICE

Depuis une demi-décennie, le gouvernement polonais remodèle le système judiciaire du pays dans un processus qualifié par l'Union européenne de « *menace contre l'État de droit* ». En dépit de nombreux rapports et résolutions du Conseil de l'Europe, de plusieurs procédures d'infraction et décisions de la Cour de Justice de l'Union (CJUE), et de l'activation sans précédent de la procédure dite de l'article 7 du Traité de l'Union européenne (TUE), la transformation des magistrats en relais du pouvoir politique se poursuit et s'accélère depuis la reconduction du parti Droit et Justice (PiS) au pouvoir en 2019 et la réélection du Président Andrzej Duda en 2020, poussant la Pologne aux limites de l'ordre juridique européen[1].

En Hongrie, cela fait une décennie, depuis l'adoption d'une nouvelle Constitution en avril 2011, que le Premier ministre Viktor Orban exerce une « *démocratie illibérale* ». Comme dans le cas de la Pologne, le lancement d'une procédure en vertu de l'article 7 n'a eu pour l'heure que peu d'effets sur l'évolution politique de la Hongrie, où les règles électorales ont été plusieurs fois modifiées pour favoriser le Fidesz, parti au pouvoir, et où le débat démocratique a été confisqué par les médias publics et proches du pouvoir.

À l'automne 2020, ces deux pays ont combattu jusqu'au bout la mise en place d'un mécanisme conditionnant le versement de fonds européens à l'indépendance de la justice. Ils rejettent les procédures engagées contre eux. Ils rejettent la notion d'État de droit et défendent une interprétation extensive du principe de subsidiarité, dans lequel ils incluent la définition par les États membres de leur propre ordre juridique, en opposition au principe jusque-là accepté par tous de la primauté du droit européen sur le droit national.

Ils fragilisent en cela le consensus fondateur de l'Union, construction politique basée sur le respect du droit et des valeurs démocratiques. Déjà, des Cours en Irlande, aux Pays-Bas et en Allemagne ont refusé de procéder à des extraditions vers la Pologne au motif que des jugements équitables n'y sont plus garantis. De tels développements remettent en cause la reconnaissance mutuelle et la sécurité juridique qui fondent le marché unique.

Alors que le [système démocratique européen](#) est soumis aux menaces hybrides venues de l'extérieur, il se trouve contesté de l'intérieur par les gouvernements actuels en Hongrie et en Pologne et leur entreprise systémique d'affaiblissement des contre-pouvoirs et des garanties d'alternance politique. Cet affaiblissement permet à son tour la remise en cause des droits fondamentaux des individus et groupes minoritaires.

L'Union européenne a jusqu'à présent échoué à ralentir et stopper la dérive anti-démocratique du Fidesz et du PiS. Mais comme l'ont démontré les tentatives de retournement du résultat de l'élection présidentielle aux États-Unis, des juges indépendants et une presse non entravée restent les deux derniers remparts contre les coups de force et les tentations autoritaires. Pour l'Union européenne, il est essentiel d'agir en priorité pour préserver ces contre-pouvoirs, avant qu'ils n'aient été « capturés » et que ni le droit ni les citoyens ne puissent empêcher ce qui n'est désormais plus un tabou : le mise à l'encan des règles démocratiques.

Le risque n'est pas théorique. En Pologne, par exemple, l'instance désormais chargée de vérifier la validité des élections et d'examiner les litiges électoraux est la chambre de contrôle extraordinaire

[1] Les développements en Pologne sont suivis par deux sites en particulier : [verfassungsblog.de](#) et [ruleoflaw.pl](#).

et des affaires publiques de la Cour suprême, l'une des instances mises en place par le gouvernement actuel et qui ne peut être qualifiée d'instance indépendante selon les critères établis par la CJUE.

L'Union dispose d'instruments pour réagir et anticiper. Elle ne les a pour l'instant utilisés que de manière précautionneuse et incomplète. Or, il existe des voies pour défendre plus fermement les valeurs et la démocratie européennes.

1. UNE « PANOPLIE D'OUTILS » ÉLARGIE

L'État de droit est mentionné à deux reprises dans le préambule du [Traité sur l'Union européenne](#), et dès l'article 2, qui stipule que « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme* », et précise que « *ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». En 2020, la Commission a défini l'État de droit comme ce qui garantit que « *toutes les autorités publiques agissent toujours dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de la démocratie et aux droits fondamentaux, et sous le contrôle de juridictions indépendantes et impartiales* »[2].

Prévention et répression

Pour faire respecter ces principes et valeurs, l'Union européenne, et au premier chef la Commission, dispose d'une « [panoplie d'outils](#) » organisée en deux volets, l'un préventif, l'autre répressif.

Le volet préventif comprend plusieurs dispositifs : le tableau de bord de la justice dans l'Union, qui évalue chaque année l'indépendance et l'efficacité des systèmes judiciaires ; les programmes de soutien aux réformes structurelles et les programmes de soutien aux réseaux judiciaires, au pluralisme et à la liberté des médias, qui sont intégrés au budget de l'Union ; le semestre européen, dans le cadre duquel sont publiées des recommandations annuelles par pays en matière

de politique économique, mais aussi d'administration et de justice ; et depuis 2020 le mécanisme européen de protection de l'État de droit, un cycle annuel basé sur un rapport pays par pays. La Bulgarie et la Roumanie sont en outre soumises à un mécanisme de coopération et de vérification, qui évalue depuis leur adhésion en 2007 la situation en matière d'administration, de justice et de lutte anti-corruption.

Lorsque les outils préventifs ne suffisent plus à garantir l'État de droit dans un État membre, la Commission dispose de quatre instruments pour répondre à la situation.

Le premier instrument est le [cadre pour l'État de droit](#), établi en 2014, qui permet d'ouvrir un dialogue « *structuré* » avec un État membre s'il existe des « *indices clairs d'une menace systémique envers l'État de droit* ». Après une évaluation, la Commission envoie une recommandation si elle a constaté qu'il existe « *des éléments objectifs indiquant l'existence d'une menace systémique et que les autorités de l'État membre ne prennent pas les mesures appropriées pour y remédier* ». Si la recommandation reste sans effet, la Commission peut activer le deuxième instrument à sa disposition, l'article 7.

L'article 7

[L'article 7](#) TUE prévoit une procédure en cas de manquement à l'article 2, et peut aboutir à des sanctions. En se référant à l'ensemble des valeurs mentionnées dans l'article 2, il permet une approche plus globale, pertinente dans le sens où certaines mesures ne sont pas des menaces sur l'État de droit lorsqu'elles sont prises séparément, mais le deviennent lorsqu'elles sont combinées à d'autres.

La procédure de l'article 7 s'organise en deux parties distinctes, dans lesquelles ce sont les États membres qui doivent prendre une décision. L'article 7.1 stipule que « *le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2.* » Pour cela, le Conseil

[2] Elle précise que « l'état de droit est une notion qui recouvre des principes tels que la légalité, qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable, démocratique et pluraliste; la sécurité juridique; l'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif; une protection juridictionnelle effective assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, un contrôle juridictionnel effectif y compris le respect des droits fondamentaux; la séparation des pouvoirs et l'égalité devant la loi ».

procède à des auditions du gouvernement mis en cause, « *et peut lui adresser des recommandations* ».

L'article 7.2 prévoit que « *le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2* ». Dans ce cas, il revient ensuite au Conseil de décider à la majorité qualifiée de suspendre certains droits, « *y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil* ».

Le cadre pour l'État de droit a été activé une seule fois, en 2016, après les premières réformes de la justice en Pologne. La Commission a publié quatre recommandations, qui n'ont pas été suivies par le gouvernement polonais. En conséquence, la Commission a déclenché l'article 7 en décembre 2017. L'article 7 a été activé une seconde fois, en septembre 2018, à l'encontre de la Hongrie, par le Parlement européen, sans que le cadre pour l'État de droit n'ait été utilisé auparavant.

Infractions et conditionnalité

Le troisième instrument répressif, qui n'est pas spécifique à la question de l'État de droit, est la procédure d'infraction, ouverte par la Commission lorsqu'un État membre viole ou n'applique pas le droit de l'Union, et qui peut mener à la saisine de la Cour de Justice de l'Union dont les arrêts s'imposent aux États membres, soumis à des amendes et des astreintes financières s'ils n'en tiennent pas compte.

Le dernier instrument « répressif » est le [règlement relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union](#), qui permet de réduire ou suspendre le versement de fonds européens aux États membres dans lesquels les atteintes à l'État de droit ne garantissent plus la bonne utilisation de l'argent du contribuable européen. Adopté en décembre 2020 après un compromis avec Varsovie et Budapest, qui menaçaient de bloquer le budget pluriannuel de l'Union, le mécanisme est entré en vigueur en janvier

2021 et sera appliqué dès que la Cour de Justice, qui a été saisie par la Hongrie et la Pologne en mars, aura jugé de sa conformité aux traités.

Conditionnalité et objectivité

Le régime de conditionnalité et le mécanisme pour l'État de droit répondent à deux besoins apparus ces dernières années. La conditionnalité budgétaire, proposée en 2018 par la Commission s'attaque non pas aux causes mais aux conséquences, en l'occurrence financières, de l'affaiblissement des contre-pouvoirs, particulièrement fortes en Hongrie où l'entourage de Viktor Orban s'est enrichi en partie grâce aux fonds européens. Elle signale à Varsovie et Budapest, mais également à des États comme la Bulgarie, la Roumanie ou la République tchèque, que l'Union n'est pas une manne sans contrepartie. Elle doit également permettre de faire peser sur ces États une pression concrète et obtenir d'eux ce qui n'a pas été rendu possible par le dialogue ou l'article 7.

Le mécanisme européen de protection de l'État de droit répond au reproche d'instrumentalisation politique de l'État de droit par les institutions européennes. Ce nouveau cycle annuel, qui s'ouvre par des rapports par pays et se poursuit par leur examen au Conseil, vise à garantir l'impartialité des évaluations par des critères appliqués à tous les pays. Les rapports couvrent quatre domaines : le système de justice, le cadre de lutte contre la corruption, le pluralisme des médias, les pouvoirs et contre-pouvoirs institutionnels. Il s'agit d'un progrès car le cycle institutionnalise ces quatre critères de définition de l'État de droit.

« *L'approche repose sur un dialogue étroit avec les autorités nationales et les parties prenantes ; elle sera transparente et couvrira tous les États membres de façon objective et impartiale* », explique la Commission, qui espère ainsi « *éviter l'apparition ou l'aggravation de problèmes* ». Les premières discussions, fin 2020, ont porté sur le rapport général de la Commission et l'état des lieux dans cinq pays, choisis dans l'ordre protocolaire[3] et non pas en fonction de l'urgence de la situation. D'autres pays seront examinés dans les mois qui viennent. La situation de chacun de vingt-sept États membres ne sera donc pas abordée chaque année

[3] L'ordre alphabétique établi en fonction de la première lettre des pays dans leur propre langue. Les 5 premiers pays sont donc la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, le Danemark et l'Estonie. L'Allemagne n'a pas fait l'objet de discussion puisqu'elle présidait les réunions du Conseil.

et aucun calendrier ne permet de savoir quand, par exemple, la Hongrie et la Pologne seront à l'agenda. L'efficacité de ces deux nouveaux dispositifs reste à démontrer, mais comme [le notait la Commission](#) en 2019, « *le fait de croire qu'il est possible de remédier aux lacunes contribuerait à renforcer la confiance tant entre les États membres qu'entre les États membres et les institutions de l'Union* ». La Commission espère ainsi créer une culture de l'État de droit basée sur la sensibilisation et la promotion des valeurs et principes qui l'établissent.

Un nouveau champ : les médias

La notion d'État de droit a longtemps été considérée comme recouvrant le fonctionnement de la justice et le risque d'arbitraire. En se référant à l'article 2 TUE, l'article 7 a élargi la définition en la liant au respect des valeurs fondamentales, qui incluent le pluralisme des médias. Les atteintes au pluralisme dans certains États membres, le développement des menaces contre le système démocratique par le biais de manipulations de l'information, ainsi que l'émotion suscitée par les assassinats de journalistes à Malte et en Slovaquie par exemple, ont conduit les institutions européennes à inclure la liberté de la presse dans l'évaluation des risques systémiques envers l'État de droit. Le pluralisme et la liberté des médias, que la Commission qualifie de « *vecteurs essentiels de la primauté du droit, de la responsabilité démocratique et de la lutte contre la corruption* », sont ainsi l'un des quatre piliers du mécanisme de protection de l'État de droit. La Commission y analyse la situation en matière d'indépendance des autorités de régulation, de propriété des médias, de publicité publique, de sécurité des journalistes et d'accès à l'information.

La vigilance sur ces questions ne signifie toutefois pas que l'Union a les moyens d'intervenir sur toutes. Contrainte d'agir dans le cadre de compétences qui lui sont attribuées par les traités, la Commission s'appuie sur les règles du marché intérieur pour favoriser et protéger le pluralisme et soutenir le secteur des médias.

En décembre 2020, elle a proposé plusieurs pistes d'action dans le cadre de son [plan d'action pour la](#)

[démocratie européenne](#) et d'un [plan d'action pour les médias et l'audiovisuel](#). En 2021, elle doit proposer une recommandation sur la sécurité des journalistes et organiser un « dialogue structuré » avec les États membres, les autorités de régulation, les journalistes et la société civile pour la mettre en œuvre. Elle prépare un instrument pour agir contre les SLAPPs[4], les recours abusifs de plus en plus utilisés, par certains gouvernements et leur soutien pour faire pression sur les journalistes, [par exemple en Pologne](#) où le quotidien *Gazeta Wyborcza* [fait face](#) à soixante procédures, y compris de la part du ministre de la justice. Début mars, la Commission a [lancé](#) un projet pilote de réponse rapide pour détecter, répondre et prévenir les violations de la liberté de la presse.

La Commission projette d'analyser les règles nationales en matière de diversité et de concentration des médias afin de proposer des mesures pour défendre le pluralisme. Afin de renforcer la transparence sur le contrôle des médias, elle envisage de cofinancer un projet de base de données appelée Instrument de surveillance de la propriété des médias.

Elle préconise en outre la création, dans le domaine de la publicité, la transparence des registres de marchés publics. Elle souligne que la publicité d'État peut être « *utilisée pour exercer une pression politique indirecte sur les médias* » en les privant de ressources s'ils sont trop indépendants. Cette pratique est en particulier utilisée par le gouvernement hongrois pour favoriser les médias proches du parti au pouvoir. Elle est au cœur d'un projet de loi polonais visant à taxer les revenus des publicités privées, celles par lesquels les médias indépendants se financent en l'absence de publicité publique.

Des instruments peuvent être utilisés pour garantir l'indépendance des médias, comme la directive Services de médias audiovisuels (SMA), révisée en 2018, qui fixe des obligations en la matière pour les autorités nationales de régulation et « encourage » l'adoption de législations nationales sur la transparence de la propriété des fournisseurs de services de médias.

[4] *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (poursuite stratégique contre la mobilisation publique, également, appelée poursuite-bâillon)

2. LES LIMITES DES INSTRUMENTS EXISTANTS

Dans son [rapport 2020](#), la Commission a relevé des « problèmes majeurs » dans certains États membres, « lorsque l'indépendance de la justice est mise sous pression, lorsque les systèmes ne font pas preuve d'une résilience suffisante face à la corruption, lorsque les menaces pesant sur la liberté et le pluralisme des médias mettent en péril la responsabilité démocratique ou lorsque le mécanisme d'équilibre des pouvoirs, essentiel à un système efficace, est mis en cause ». Ce constat signe les insuffisances ou le manque d'efficacité des actions engagées.

Un cadre vidé de sa substance

En 2014, la Commission a mis en place le cadre pour l'État de droit. Il lui manquait un moyen d'action autre que les procédures d'infraction, qui ne concernent que des points d'application du droit européen, et plus souple que les procédures de l'article 7, dont « les seuils d'activation sont très élevés et soulignent qu'il s'agit de mesures de dernier ressort ».

Elle n'a pourtant utilisé ce cadre qu'une fois, pour tenter de stopper l'évolution en Pologne. Elle ne l'a pas utilisé à l'encontre de pays pour lesquels elle exprimait pourtant des inquiétudes, comme Malte, où l'assassinat de la journaliste Daphne Caruana Galizia avait mis en lumière des dysfonctionnements systémiques de la justice, ou la Roumanie lorsque que le Parti social-démocrate (PSD) alors au pouvoir a légiféré pour tenter de protéger son leader de procédures pour corruption et accroître son contrôle sur les juges.

La Commission a mis en garde ces deux États, mais c'est en raison de développements politiques intérieurs et non pas sous l'effet de son action que des mesures ont finalement été prises et que la situation s'est améliorée. En s'abstenant d'agir, la Commission a, dans les faits, placé assez haut le seuil d'activation d'un mécanisme qui était justement destiné à permettre d'agir avant que la situation ne devienne critique.

Elle a affaibli l'outil en se dispensant d'engager un dialogue avec la Hongrie malgré les atteintes répétées

du gouvernement aux valeurs de l'Union depuis 2010. Il était pourtant [prévu](#) que le cadre soit « activé lorsque les autorités d'un État membre prendront des mesures, ou toléreront des situations, qui sont susceptibles de porter atteinte de manière systématique à l'intégrité, à la stabilité ou au bon fonctionnement des institutions et aux mécanismes de protection prévus au niveau national pour garantir l'état de droit ».

L'article 7 dans l'impasse

Alors que les menaces contre l'État de droit se multiplient, la Commission ne se laisse à disposition que les deux outils dont elle disposait avant 2014, la procédure d'infraction et l'article 7

En 2017, elle a déclenché l'article 7 §1 relatif au « risque clair de violation grave » de l'État de droit. Elle l'a fait, selon [les mots](#) du commissaire Frans Timmermans, dans « une tentative d'ouvrir un dialogue pour résoudre la situation ». Le dialogue s'est poursuivi au sein du Conseil, mais n'a abouti à aucune décision, ni amélioration de la situation en Pologne. Dans le cas de la Hongrie, c'est le Parlement, après plusieurs résolutions appelant la Commission à le faire, qui a déclenché l'article 7.1 et renvoyé l'examen de la situation au Conseil.

Depuis le lancement des deux procédures, le Conseil a organisé trois auditions du gouvernement polonais, entre juin et décembre 2018, et une du gouvernement hongrois en décembre 2019. Quatre pays se sont succédé à la présidence du Conseil sans organiser aucune audition de la Pologne, malgré le renforcement du contrôle politique sur la justice, la mise en place d'un régime disciplinaire controversé et le non-respect des décisions de la CJUE.

L'article 7.1 est la partie préventive de la procédure, distincte de la partie répressive qui peut aboutir à la suspension des droits de vote au Conseil. En utilisant le §1 plutôt que le §2, la Commission a simplement prolongé, le dialogue structuré qu'elle a mené en vain avec le gouvernement polonais de juillet 2016 à décembre 2017. L'échec du dialogue et la poursuite de la reprise en main politique de la justice polonaise

avaient pourtant démontré que le gouvernement menait une stratégie consciente et déterminée, sur laquelle la Commission et ses recommandations n'avaient pas de prise. En activant l'article 7.1, la Commission est sortie de son tête-à-tête infructueux avec la Pologne mais a permis à Varsovie d'alléger la pression en profitant de l'inertie propre au Conseil.

L'article 7 est devenu une simple continuité du cadre pour l'État de droit, mais au niveau des États. Il en résulte un dialogue sans perspective et de moins en moins régulier avec deux gouvernements qui refusent le postulat sur lequel il se fonde. Le cadre avait été institué pour agir avant d'atteindre le seuil « trop élevé » de l'article 7. Son activation a scellé l'échec du cadre. La manière dont la procédure a été conduite l'a vidé de son enjeu. Les deux mécanismes, une fois utilisés, se sont mutuellement affaiblis et ont démontré l'impuissance de l'Union à faire respecter ses principes fondamentaux à travers les outils précisément créés pour cela.

L'infraction, voie sous-utilisée

Face à l'intransigeance de Varsovie et Budapest et la pusillanimité du Conseil, c'est dans l'outil le plus ancien et le moins spécifique à l'État de droit que la Commission a trouvé son moyen d'action le moins inefficace.

Depuis 2017, la Commission a lancé quatre procédures d'infraction au sujet des réformes de la justice en Pologne. Deux ont abouti à des arrêts de la CJUE. En juin 2019, elle a [jugé](#) que l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême portait atteinte au principe de l'inamovibilité des magistrats et donc à l'indépendance de la justice. En novembre 2019, elle a [émis](#) le même jugement à propos de l'ensemble des juges et magistrats. Anticipant ces décisions, le gouvernement polonais était déjà revenu sur ses mesures.

Les deux autres procédures, ouvertes en 2020 à propos du nouveau régime disciplinaire des juges, sont toujours en cours. Dans la première, la CJUE a rendu [une ordonnance](#) intérimaire demandant la suspension « immédiate » du dispositif, considéré comme « susceptible de causer un préjudice grave et

irréparable à l'ordre juridique de l'Union » et la chambre disciplinaire de la Cour suprême. Le 31 mars 2021, la Commission a [renvoyé](#) la Pologne devant la CJUE dans le cadre de ces deux procédures complémentaires et lui a demandé de suspendre provisoirement les attributions de la chambre disciplinaire de la Cour suprême en matière de levée de l'immunité judiciaire et de l'emploi des juges, ainsi que les dispositions qui empêchent les juridictions polonaises d'appliquer directement certaines dispositions du droit européen pour protéger l'indépendance de la justice .

La Hongrie a été poursuivie une fois devant la CJUE pour ses réformes judiciaires. La CJUE a [jugé](#) en 2012 que l'abaissement « radical » de l'âge de la retraite des juges constituait une « discrimination fondée sur l'âge non justifiée ». Elle a en outre été condamnée deux fois en 2020 [pour avoir restreint](#) le financement des ONG depuis l'étranger, et [pour la loi](#) sur les universités ciblant l'Université centre-européenne de George Soros. Une procédure est toujours pendante au sujet de la législation qui incrimine les activités de soutien aux demandes d'asile (loi dite « Stop Soros »). Le 25 février, l'Avocat général a [estimé](#) qu'elle contrevenait au droit européen[5].

Au regard du nombre de griefs soulevés à l'encontre de la Pologne et de la Hongrie, le recours à la procédure d'infraction apparaît donc limité, et démontre que l'article 7 a été privilégié pour tenter de faire revenir les gouvernements des deux pays dans le giron européen de l'État de droit. Ce faisant, la Commission s'est privée de l'outil plus direct et moins politique que constitue la procédure d'infraction et a laissé perdurer les éléments les plus centraux des atteintes à l'État de droit en Pologne.

Des procédures trop longues

Même lorsqu'elles sont ouvertes, les procédures d'infraction mettent du temps à aboutir, ce qui réduit leur efficacité à résoudre le problème en question.

Ainsi, la Commission a déclenché une procédure d'infraction au sujet de la loi visant l'Université centre-européenne de Budapest trois semaines après son

[5] En 2020, la Hongrie a également été condamnée par la Cour de Justice, pour son refus d'appliquer le mécanisme de relocalisation des demandeurs d'asile, pour avoir détenu illégalement des demandeurs d'asile en zone de transit, et pour avoir manqué à ses obligations en matière de protection internationale et de retour.

adoption en avril 2017. Après l'envoi d'une mise en demeure, d'un avis motivé et d'un avis complémentaire restés sans réaction de Budapest, elle a saisi la CJUE en décembre 2017. La Cour a rendu son arrêt en octobre 2020, trois ans et demi après l'adoption de la loi, mais onze mois après l'installation de l'université à Vienne, où elle a trouvé refuge après son interdiction en Hongrie.

De même, la Commission a ouvert la procédure contre le nouveau régime disciplinaire des juges polonais en avril 2019, un an après son entrée en vigueur en avril 2018. Saisie en octobre 2019, la CJUE a exigé en avril 2020 la suspension immédiate des compétences de la chambre disciplinaire de la Cour suprême. Mais la procédure est toujours pendante, et tandis que le gouvernement refuse de se conformer à l'ordonnance de la CJUE, les magistrats polonais sont de plus en plus nombreux à être soumis à des poursuites impliquant la chambre disciplinaire et donc à un risque d'arbitraire du gouvernement.

3. AGIR DE MANIÈRE PLUS FORTE ET EFFICACE

La Commission l'a **souligné** : « Plus les problèmes liés à l'État de droit sont longs à résoudre, plus le risque est grand d'accentuer ces problèmes et de causer des dommages à l'Union, ainsi qu'à l'État membre concerné. » Alors que les institutions et la plupart des États membres assurent que la défense de l'État de droit est une priorité pour l'Union, tous doivent s'en donner les moyens.

Crédibiliser l'article 7

Afin de redonner de la crédibilité à l'article 7, les États membres au sein du Conseil devraient rapidement conclure les procédures engagées contre la Pologne et la Hongrie.

Il a beaucoup été dit que le Conseil ne pourrait faire aboutir les procédures engagées parce que les deux pays se soutiendront et empêcheront toute décision visant à les sanctionner. Or le vote à l'unanimité et la décision d'appliquer des sanctions relèvent de la procédure de l'article 7.2, pas de celle de l'article 7.1, qui

est ouverte dans les deux cas. Le but de cette dernière est d'aboutir au simple constat d'un « risque clair de violation grave » de l'État de droit, sans possibilité de sanctionner. Le Conseil, où vingt-cinq États ont voté en faveur du régime de conditionnalité en décembre 2020, devrait être en mesure, s'il en a la volonté politique, de rassembler la majorité des quatre-cinquièmes requise pour cette décision.

Conclure la procédure de l'article 7.1 ne soumettrait certes pas les deux pays à des sanctions, mais, pour la première fois, serait officiellement affirmé par les pairs que l'État de droit y est menacé. Cela permettrait en outre d'ouvrir la procédure de l'article 7.2, qui ne pourrait aboutir tant que Budapest et Varsovie se soutiennent, mais qui accroîtrait la pression politique, surtout si elle est combinée aux autres instruments comme les procédures d'infraction et le régime de conditionnalité. Le Portugal ne sera sans doute pas en mesure de prendre l'initiative d'un vote au Conseil avant la fin de sa présidence en juin. La Slovénie, qui lui succède au second semestre, n'en aura très probablement pas la volonté politique car son Premier ministre, Janez Jansa, accusé de « dérive illibérale », en particulier en raison de son comportement envers les médias, est proche de Viktor Orban. Il devrait donc revenir à la France, qui présidera le Conseil au premier semestre 2022, d'en faire une priorité de son mandat et de prendre la décision politique de mettre à l'ordre du jour le vote pour clôturer la première phase de l'article 7 et affirmer les valeurs de l'Union.

Renforcer le mécanisme de protection de l'État de droit

Le mécanisme européen de protection de l'État de droit, considéré comme un instrument préventif, ne prévoit aucune obligation pour les États de remédier aux problèmes qui sont consignés dans le rapport annuel. Il risque à terme de connaître le même sort que le mécanisme de coopération et de vérification (MCV), qui est publié chaque année depuis 2007 sans avoir permis d'amener la Bulgarie et la Roumanie à accomplir les progrès attendus.

Dans sa démarche d'objectivité et de promotion de la culture de l'État de droit, la Commission a privilégié

la dimension préventive du mécanisme, au détriment d'un aspect plus opérationnel en lien avec le volet répressif. Les rapports annuels doivent aller au-delà du simple constat.

En septembre 2020, le Parlement a [demandé](#) la création d'un nouveau mécanisme élargi à la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, qui remplacerait divers instruments dont le MCV et le mécanisme de protection de l'État de droit et serait renforcé par « *des recommandations claires par pays, assorties d'un calendrier et d'objectifs pour leur mise en œuvre* ». Les manquements entraîneraient des mesures dans le cadre de l'article 7, des procédures d'infraction ou de la mise en œuvre de la conditionnalité budgétaire. Le mécanisme dans sa forme actuelle, centrée sur l'État de droit, verrait son rôle renforcé s'il incluait de telles dispositions, liant le suivi des situations nationales aux moyens d'action.

Utiliser tout le potentiel des procédures d'infraction

La Commission, qui considère que l'outil le plus efficace à sa disposition est la procédure d'infraction, devrait en faire usage de manière plus systématique, pour répondre de la manière la plus large et la plus forte aux manœuvres d'affaiblissement de l'État de droit.

Dans le cas de la Pologne, trois réformes de la justice pourraient faire l'objet d'une procédure : la composition du Tribunal constitutionnel et son non-respect des arrêts de la Cour européenne de justice ; les compétences de la chambre extraordinaire de la Cour suprême, (celle qui est chargée entre autres des litiges électoraux) ; et la composition du Conseil national de la magistrature, instance qui a été suspendue du Réseau européen des conseils de la justice en raison de son caractère politique.

Composé en partie de juges nommés en violation d'un arrêt rendu par le Tribunal dans sa configuration précédente, le Tribunal constitutionnel est au cœur du projet du gouvernement polonais. Les préoccupations quant à son indépendance et à sa légitimité, qui ont justifié l'ouverture du cadre pour l'État de droit en 2016

et le déclenchement de l'article 7 en 2017, « n'ont pas encore trouvé de solution », [a reconnu](#) la Commission en septembre 2020. Le Tribunal est aujourd'hui utilisé pour justifier le non respect des arrêts de la Cour de Justice de l'Union, et restreindre certains droits, comme celui à l'avortement.

Même si l'Union n'a pas de compétence directe sur le droit de la presse, la Commission et la Cour de Justice disposent de plusieurs voies légales pour contrer la mise au pas des médias. La Commission [n'a pas pu s'opposer](#) à la création par décret du gouvernement hongrois d'une Fondation pour la presse et les médias d'Europe centrale (KESMA) plaçant quatre cent soixante-dix médias sous une même autorité, parce qu'elle n'est pas d'ampleur suffisante pour avoir des effets à l'échelle du marché intérieur.

En revanche, elle pourrait s'attaquer au manque d'indépendance de l'Autorité des médias (NMHH) et de son organe décisionnel, le Conseil des médias, en ouvrant une procédure d'infraction pour non-respect de la directive SMA. Un [rapport d'évaluation](#) sur l'application de la directive, publié par la Commission en février 2021, souligne que « *la Hongrie représente un cas unique en ce qu'il n'y a pas de régulateur indépendant pour assurer une concurrence loyale sur le marché* », car le Conseil des médias, nommé par le gouvernement peut intervenir dans une procédure d'approbation de fusion menée par l'autorité de la concurrence, dont la décision est soumise à l'approbation du Conseil des médias, et dont le rapport estime que « l'indépendance n'est pas assurée ».

Le NMHH est l'organisme qui a décidé, en février 2021, de ne pas renouveler la licence d'exploitation de Klubradio, média critique du gouvernement, au simple motif que la radio n'avait pas transmis à temps certains documents administratifs.

En Hongrie, l'octroi en priorité des publicités publiques aux médias d'État ou détenus par des proches du pouvoir pourrait être considéré comme des aides d'État illégales. Saisie de deux plaintes en 2016 et 2019, au sujet du financement de l'audiovisuel public puis du ciblage de la publicité publique, la Commission n'a

toujours pas conclu ses enquêtes préliminaires. Or elle note dans son [rapport 2020](#) qu'en Hongrie, « la part de la publicité d'État dans les médias progouvernementaux atteignait 75% pour la presse écrite, 95% pour la télévision, 90% pour la presse en ligne et 90% pour la radio » et qu'en terme de recettes, « les médias progouvernementaux contrôlent environ 80% du marché des médias d'information et de la couverture de l'actualité politique ». Au vu de la situation, il semble donc urgent d'agir.

Accélérer les procédures et imposer des mesures provisoires

Le temps de la justice est long, ce qui est parfois nécessaire à son bon exercice. Mais dans le cas d'atteintes à l'État de droit, le fait accompli peut créer des situations sur lesquelles il est difficile de revenir.

Un pays visé par une procédure d'infraction dispose en général de deux mois pour répondre à la mise en demeure et, dans le cas où sa réponse n'est pas satisfaisante, de deux mois encore pour répondre à l'avis motivé qui lui est envoyé. Mais en cas d'urgence, la Commission peut imposer des délais plus courts. Elle l'a déjà fait, mais pas de manière systématique[6]. Elle pourrait aussi réduire les délais en amont, pour ouvrir les procédures après l'adoption des mesures contestées, et au cours de la procédure, pour réduire le temps d'envoi d'un avis motivé après une réponse insatisfaisante, et saisir la Cour de Justice si le pays ne s'y conforme toujours pas.

Le renvoi de la Pologne devant la CJUE annoncé le 31 mars 2021, onze mois après l'entrée en vigueur de la loi et moins d'un an après l'ouverture de la procédure d'infraction, de même que la demande de mesures provisoires associée au renvoi, sont un signe positif pour les magistrats polonais actuellement soumis à une vague de levée d'immunités, de poursuites et de mutations arbitraires engagées par le Procureur général, qui n'est autre que le ministre de la Justice.

En complément, la Commission peut demander en référé à la Cour de Justice d'imposer des mesures provisoires. L'article 278 TFUE permet ainsi à la Cour,

« si elle estime que les circonstances l'exigent », d'ordonner la suspension des mesures contestées. La Commission a eu recours à trois reprises à cette disposition, en 2018 pour la réforme la retraite des juges polonais, en avril 2020 pour les nouvelles compétences de la Chambre disciplinaire de la Cour suprême et, en mars 2021, pour les compétences de la chambre disciplinaire. Une telle mesure aurait peut-être pu permettre à l'Université centre-européenne de rester à Budapest. Si la loi sur la publicité devait être adoptée en Pologne et que la Commission lançait une procédure d'infraction, un référé serait justifié et nécessaire pour éviter des préjudices irréversibles pour les médias polonais.

La Cour peut décider, sur demande de la partie requérante ou décision de son président, de traiter certaines affaires en procédure accélérée « lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais[7] ». La Commission et la Cour, en tant que gardienne des traités et « garante de la protection du droit européen », peuvent utiliser cette possibilité afin de limiter autant que possible les atteintes aux contre-pouvoirs dans les États membres.

Imposer des amendes et astreintes

L'article 260 TUE stipule que « si la CJUE reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour ». Si l'État en question ne s'exécute pas, la Commission peut saisir à nouveau la Cour pour réclamer « le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances » et la Cour peut décider de l'amende à infliger.

Le 18 février 2021, suivant cette procédure, la Commission a envoyé une lettre de mise en demeure à la Hongrie lui intimant d'appliquer l'arrêt de la CJUE de juin 2020 sur le financement des ONG étrangères, et lui a accordé un délai de deux mois pour se mettre en conformité. Si le gouvernement hongrois ne s'y conforme pas, la Commission devra ne pas hésiter à saisir la Cour.

[6] Elle a ainsi laissé 2 mois au gouvernement polonais, en 2020, pour répondre à la mise en demeure au sujet de la seconde loi sur le régime disciplinaire des juges, l'une des attaques les plus fortes contre l'indépendance de ces derniers.

[7] Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'Union européenne, Article 133

La Pologne n'applique toujours pas, un an après, l'ordonnance de la CJUE du 8 avril 2020 lui enjoignant de suspendre « immédiatement » les activités de la chambre disciplinaire. Le caractère central de cette instance dans l'entreprise de déstabilisation des juges ainsi que la contestation ouverte de l'ordre juridique européen que représente ce refus aurait dû imposer, rapidement, une nouvelle procédure de la Commission avec la possibilité de demander des sanctions financières.

En 2017, la Commission a demandé à la Cour d'ordonner la suspension des opérations de déforestation à Bialowieza, dans l'attente d'un arrêt définitif. Elle a assorti ce référé d'une demande d'astreinte, que la Cour a [accordée](#) en précisant qu'elle dispose de « *la compétence pour prescrire toute mesure provisoire qu'elle juge nécessaire afin de garantir la pleine efficacité de la décision définitive* ». Même si la Commission n'a pas cherché à percevoir ces astreintes et que la Pologne a respecté l'arrêt définitif rendu cinq mois plus tard, en avril 2018, cette jurisprudence serait tout à fait applicable aux référés concernant les questions d'État de droit et constitue une incitation forte pour qu'un gouvernement respecte les décisions de la Cour.

Dans des cas aussi emblématiques et lourds de conséquences, la Commission ne devrait pas hésiter à faire pression pour que les décisions de la Cour soient appliquées et à imposer des sanctions financières le cas échéant.

Exploiter la jurisprudence

Un [arrêt](#) de la CJUE, rendu en 2018 en réponse à une question préjudicielle concernant la réduction des salaires des juges d'un tribunal au Portugal, a ouvert un nouveau champ d'action légal en affirmant que l'indépendance des juges est indispensable pour garantir, conformément au Traité sur l'Union (article 19), « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », et en liant cette disposition à l'article 2.

Depuis lors, la Cour continue par touches successives à établir une jurisprudence permettant de répondre aux attaques contre l'État de droit. En [novembre 2019](#) et [mars 2021](#), en réponse à des questions préjudicielles de magistrats polonais, elle a établi les critères sur lesquels évaluer l'indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême et du Conseil national de la magistrature.

D'autres renvois préjudiciels adressés par des magistrats polonais devraient compléter la jurisprudence dans les mois qui viennent. Dans un [premier cas](#), sur lequel l'Avocat général doit livrer son opinion le 14 avril, la Cour se prononcera sur le statut au regard du droit européen de la chambre disciplinaire de la Cour suprême. La question est au cœur d'une [autre affaire](#) sur laquelle la Cour doit statuer. Un troisième arrêt est aussi très attendu, car la [question préjudicielle](#), a été posée par un des juges de la Cour suprême nommés par le Conseil de la magistrature, et donc en violation du droit européen.

Pour la Commission, ces réponses aux questions des juges polonais constituent une base solide pour agir. La prudence, voire l'inaction qui lui sont reprochés, tiennent en grande partie à une position d'attente stratégique pour laisser la Cour ouvrir la voie légale contre le gouvernement polonais. Elle doit se tenir prête à agir lorsque la Cour se sera prononcée.

Appliquer pleinement la conditionnalité budgétaire

Même édulcoré par le Conseil, le règlement sur la conditionnalité budgétaire reste un instrument susceptible, sinon de convaincre les gouvernements de renoncer à leurs atteintes à l'État de droit du moins d'accroître le prix à payer pour le faire. À condition que cet instrument soit utilisé.

Alors que le compromis acté au Conseil repousse l'application du règlement après que la CJUE s'est prononcée, la vice-Présidente de la Commission, Vera Jourova, [assure](#) que le règlement aura des effets immédiats car les fonds européens pourront être gelés avant leur versement si la Commission constate qu'« il

n'y a pas de juge indépendant pour décider de manière impartiale et indépendante sur les cas de corruption et de fraude à l'argent européen ».

Contrairement au cadre sur l'État de droit et la procédure de l'article 7, le règlement sur la conditionnalité impose des délais entre chaque étape de la procédure, pour une durée totale de cinq mois minimum et neuf mois maximum. C'est un progrès vers l'efficacité, mais en laissant une marge d'appréciation et donc de retard ou d'inaction à trois moments clés.

La Commission peut entamer une démarche si elle constate qu'il « existe des motifs raisonnables » pour estimer qu'un État menace la bonne utilisation des fonds européens, et que les autres instruments ne permettent pas de remédier à la situation. Lorsqu'elle a notifié l'État membre et que celui-ci a répondu dans un délai d'un à trois mois, la Commission dispose d'un « délai indicatif » d'un mois et « en tout état de cause, d'un délai raisonnable » pour décider de l'opportunité des propositions de sanctions. Et lorsque la proposition de la Commission est soumise au Conseil, celui-ci peut la modifier – et donc l'affaiblir – à la majorité qualifiée.

Il faudra donc que la Commission n'hésite pas à utiliser l'instrument de la conditionnalité, sans reporter de possibles décisions sur l'éventuelle utilisation d'autres instruments, et que le Conseil ait la volonté politique de faire aboutir les procédures sans être tenté par des accommodements avec les États membres qui portent atteinte à l'État de droit et aux intérêts financiers de l'Union.

Utiliser la fenêtre politique

La prudence de la Commission et du Conseil peut s'expliquer par la réticence à antagoniser les États membres et la crainte d'agir sur une base juridique fragile. Elle s'explique aussi par des considérations politiques et la nécessité d'avoir le soutien des États membres en question sur des points politiques importants. Ainsi depuis 2019, les nominations à la tête des institutions, les grandes orientations en matière de climat et l'adoption du budget pluriannuel de l'Union et du plan de relance ont requis le consensus, voire l'unanimité. Désormais les décisions

à prendre, même les plus difficiles comme celles sur la politique de migration, sont à la majorité qualifiée, ce qui réduit l'influence négative des États qui voudraient « marchander » leur soutien contre un allègement de la pression sur la question de l'État de droit.

La Commission et le Conseil ont souvent été accusés de ménager la Hongrie en raison de l'appartenance du Fidesz au Parti populaire européen (PPE), la principale force politique. Le Fidesz a quitté le PPE en mars 2021, actant par-là même son refus de partager la conception de l'État de droit et de la démocratie européenne défendue par cette famille politique chrétienne-démocrate. Cette rupture ouvre une fenêtre politique pour appliquer fermement les procédures d'infraction et la conditionnalité budgétaire.

Utiliser le droit de manière créative

Par prudence ou par manque de volonté politique, les institutions de l'Union ont laissé la Hongrie et la Pologne instrumentaliser le droit pour créer des mesures qui posent un problème systémique. Si les institutions ne peuvent à leur tour instrumentaliser le droit, elles peuvent en exploiter toutes les possibilités pour le défendre. La Cour de Justice, par sa jurisprudence volontariste dans ses arrêts préjudiciels, incite à une approche moins conservatrice.

La Commission pourrait ainsi utiliser l'article 2, qui engage les États membres à respecter la démocratie et l'État de droit pour attaquer les réformes de la justice qui sont manifestement en violation de ces valeurs. Selon une interprétation étroite du service juridique du Conseil, seul l'article 7 peut répondre aux atteintes à l'article 2. La Commission ne devrait pas craindre de défendre une position plus ouverte devant la Cour de Justice, notamment en liant l'article 2 et l'article 19 comme l'ont déjà fait les juges européens.

Elle pourrait également, en adoptant une interprétation offensive des textes, défendre les médias en invoquant l'article 2, qui mentionne le pluralisme, et l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, qui stipule que « la liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ». La Commission ne l'a pas fait par prudence et par peur de ne pas être suivie par la Cour de Justice. La situation appelle toutefois à prendre l'initiative.

Protéger les contre-pouvoirs pour sauver l'État de droit

Certains juristes préconisent aussi désormais que la Commission puisse grouper les procédures afin de répondre à la nature systémique des atteintes à l'État de droit. Cela permettrait de ne pas seulement réagir à de nouvelles lois prises séparément, mais à des actions qui s'appuient sur des instances non indépendantes dans un but de démantèlement ou d'affaiblissement des contre-pouvoirs. Tenter de répondre à l'aspect systémique uniquement pas l'utilisation de l'article 7 n'est plus suffisant.

Le Parlement européen a été très actif pendant la législature précédente en organisant des débats avec les chefs de gouvernement hongrois et polonais, ainsi que sur Malte, la Roumanie et la Slovaquie, et en activant l'article 7 contre la Hongrie. Alors que le Conseil le tient à l'écart des réunions de cette procédure, le Parlement pourrait se saisir du mécanisme de protection de l'État de droit et décider lorsqu'il aura repris son activité normale, d'organiser systématiquement des débats au sujet des pays dont les rapports annuels sont les plus problématiques.

Les trois principales institutions – Commission, Parlement, Conseil – doivent enfin utiliser non pas uniquement le droit, mais aussi la communication de manière beaucoup plus claire et forte, et s'assurer que les actes suivent les paroles. En décembre 2020, cinq

États membres (Belgique Danemark, Finlande, Pays-Bas et Suède) ont participé aux côtés de la Commission à une audition à la Cour de Justice dans le cadre de la procédure sur le régime disciplinaire des juges. Les États membres pourraient davantage s'engager en soutien des actions entreprises. La Commission devrait davantage expliquer son travail, ses intentions mais aussi ses contraintes, plutôt que de répéter qu'elle « suit la situation de près ». La force du droit et de l'éventail d'instruments existants réside aussi dans la confiance que les institutions suscitent auprès des citoyens et des gouvernements.

Eric Maurice

Responsable du bureau de Bruxelles

Ont contribué à cette étude :

Florian Da

Julian Parodi

Eléonore de Saint Sernin

Assistants de recherche au bureau de Bruxelles de
la Fondation Robert Schuman

Retrouvez l'ensemble de nos publications sur notre site :
www.robert-schuman.eu

Directeur de la publication : Pascale JOANNIN

LA FONDATION ROBERT SCHUMAN, créée en 1991 et reconnue d'utilité publique, est le principal centre de recherches français sur l'Europe. Elle développe des études sur l'Union européenne et ses politiques et en promeut le contenu en France, en Europe et à l'étranger. Elle provoque, enrichit et stimule le débat européen par ses recherches, ses publications et l'organisation de conférences. La Fondation est présidée par M. Jean-Dominique GIULIANI.