

L'impasse normative de l'Union européenne face aux violations systémiques de l'État de droit par la Hongrie

Anita KOVACS⁽¹⁾

Assistante, Université de Liège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction	313
Première partie. Le fonctionnement systémique du droit hongrois	314
Titre I. La fondation gestionnaire d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public : une création juridique <i>sui generis</i>	315
A. Définition et éléments constitutifs	317
B. Le cumul légal des fonctions à la lumière de la réforme relative au contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne	319
C. Le contexte politique expliquant l'adoption de la loi IX de 2021	320
Titre II. La confection du droit par la voie de mécanismes d'exception généralisés	321
A. La majorité constitutionnelle des deux tiers permettant une manipulation incessante du cadre constitutionnel	322
B. La gouvernance en régime d'exception permettant l'extension des prérogatives gouvernementales	324
Titre III. L'appropriation de l'interprétation de certaines notions de droit européen	326
A. Article 2 TUE : l'État de droit, un concept flexible ?	327
B. Article 4 TUE : l'identité constitutionnelle, une exception à l'interprétation en droit européen ?	328

⁽¹⁾ Nous adressons nos remerciements au professeur Pieter Van Cleynenbreugel (Université de Liège), promoteur de notre mémoire, rendu le 16 mai 2022, constituant la base de la présente contribution.

Deuxième partie. L'action normative de l'Union européenne	331
Titre I. L'interprétation des notions d'État de droit et d'identité constitutionnelle en droit européen	332
A. Article 2 TUE : l'État de droit et la cristallisation graduelle d'une définition consolidée	332
B. Article 4 TUE : l'identité constitutionnelle, un principe interprétatif permettant de moduler l'application du droit européen ou un tempérament à la primauté du droit de l'Union ?	336
1. Primauté absolue du droit européen : la vision « classique » basée sur les principes du droit de l'Union	336
2. Primauté relative du droit européen : le principe d'attribution des compétences et le contrôle de l' <i>ultra vires</i>	337
3. Primauté relative du droit européen : la détermination du contenu de l'identité constitutionnelle nationale	338
4. Exception à la primauté du droit européen : la détermination du contenu de l'identité constitutionnelle nationale ?	339
5. Exception à l'interprétation exclusive en droit européen : la détermination du contenu de l'identité constitutionnelle nationale	340
Titre II. Le cadre normatif de l'Union européenne relatif à l'État de droit	341
Section 1. Le préalable : les mécanismes d'évaluation et de renforcement de l'État de droit	341
A. Les mécanismes visant principalement ou uniquement à évaluer l'État de droit au sein de l'UE	341
1. Dialogue annuel relatif à l'État de droit	341
2. Semestre européen	342
3. Tableau de bord de la justice dans l'UE	342
B. Les mécanismes visant principalement ou uniquement à renforcer l'État de droit au sein de l'UE	343
1. Cadre pour l'État de droit	343
2. Définition de l'État de droit	343
3. Cycle d'examen de l'État de droit et rapports annuels	343
Section 2. L'action : les mécanismes de sanction des violations de l'État de droit	344
A. Les sanctions constitutionnelles n'impliquant pas la Cour de justice	345
1. Volet prévention de l'article 7, § 1 ^{er} , TUE	345
2. Volet sanction de l'article 7, §§ 2 à 4, TUE	345
B. La sanction constitutionnelle impliquant en partie la Cour de justice	346
C. Les sanctions indirectes par la Cour de justice	346
1. Recours en annulation des actes de droit dérivé, articles 263 et 277 du TFUE	346
2. Renvoi préjudiciel, articles 19 TUE et 267 TFUE	347
D. Mécanismes de la nouvelle stratégie comportant une conditionnalité explicite	347
1. Régime général de conditionnalité, règlement 2020/2092	347

E. Mécanismes de la nouvelle stratégie comportant une conditionnalité implicite	349
1. Facilité pour la reprise et la résilience, règlement 2021/241	349
2. Semestre européen	349
Conclusion intermédiaire	350
Section 3. D'autres voies d'action envisageables	352
1. Modifier les traités	352
2. Maintenir le statu quo	352
3. S'appuyer sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	353
4. Remédier à l'inaction de la Commission	354
5. Poursuivre la création d'un second bloc de sanctions financières des violations (systémiques) de l'État de droit	355
6. Multiplier les interventions législatives ponctuelles dans le cadre d'une intégration positive	356
Conclusion	357



« *I never worry about action, but only inaction.* »

Winston Churchill

INTRODUCTION

En 2010, « l'Assemblée nationale déclare que les élections d'avril ont donné lieu à un nouveau contrat social, par lequel les Hongrois ont décidé l'établissement [...] du Système de Coopération Nationale »⁽²⁾. Cela marque le début de l'instauration, par le parti Fidesz au pouvoir, d'un régime hybride mêlant éléments démocratiques et autoritaires⁽³⁾ et au sein duquel le droit est un véritable instrument au service du pouvoir.

Étant donné que la Hongrie est un État membre de l'Union européenne, le caractère étouffant⁽⁴⁾ du régime suscite tôt ou tard des critiques de la part de ceux qui ont une approche du droit davantage fondée sur les valeurs que sur les formes. Bien entendu, la Hongrie est armée d'une réponse adaptée à ces critiques, il n'est pas surprenant qu'elle emploie des instruments imprégnés de formalisme, quoique ces instruments manquent peut-être de vertu en substance.

⁽²⁾ Déclaration politique de l'Assemblée nationale n° 1/2010 (VI. 16.) du 14 juin 2010 sur la Coopération Nationale, M.K., 16 juin 2010.

⁽³⁾ T. SÁRKÖZY, *Illiberális kormányzás a liberális Európai Unióban – Politikailag igen sikeres túlhajtott plebejus kormányzás – A harmadik Orbán-kormány, 2014-2018*, Budapest, Park Könyvkiadó, 2019, pp. 14-15 ; P. BÁRD et B. GRABOWSKA-MOROZ (dir.), *The strategies and mechanisms used by national authorities to systematically undermine the Rule of Law and possible EU responses, Working Package 8 – Deliverable 2*, 31 décembre 2020, pp. 23-38, disponible sur <https://reconnect-europe.eu/publications/> (consulté le 16 avril 2022).

⁽⁴⁾ A. JAKAB, « Hibrid rezsimből jogállamba », *Fundamentum*, vol. 1-2, 2022, pp. 77-78.

C'est dans cette optique que nous étudierons, dans un premier temps, le fonctionnement systémique de l'ordre juridique hongrois, d'abord, à l'aide du cas ponctuel des fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public, ensuite, du point de vue de l'emploi généralisé des mécanismes d'exception, et enfin, en s'intéressant à la réception de quelques notions de droit européen dans le droit hongrois.

Ces phénomènes doivent être saisis dans toute leur complexité afin de surmonter l'incapacité à agir de l'Union. Ainsi, dans un second temps, nous nous attacherons à analyser l'action normative de l'Union européenne face à l'attitude hongroise, d'abord, en choisissant la base juridique de la critique, ensuite, en passant en revue les outils à la disposition de l'Union, tout en proposant des voies d'action alternatives pouvant contribuer à freiner l'érosion interne de l'intégration européenne.

PREMIÈRE PARTIE. LE FONCTIONNEMENT SYSTÉMIQUE DU DROIT HONGROIS

Afin de saisir les enjeux normatifs de la tension entre la Hongrie et l'Union européenne, il nous semble nécessaire d'introduire quelques concepts théoriques permettant d'identifier les piliers du fonctionnement systémique de l'ordre juridique hongrois.

À notre sens, ce dernier est imprégné d'une attitude relevant du « formalisme (ou légalisme) juridique », ce qui signifie que le droit hongrois insiste davantage sur la légalité formelle de la norme au nom de la sécurité juridique tout en ignorant ou, en tout cas, en attachant moins d'importance à la substance de la norme en termes de valeurs qu'elle promeut, d'interprétations dont elle fait l'objet et de pratiques et conséquences concrètes que son application engendre⁽⁵⁾.

Bien entendu, un ordre juridique est construit non seulement sur la base du droit adopté selon une procédure déterminée et consigné dans un instrument textuel, mais également sur la base de la pratique relative au droit adopté et consigné⁽⁶⁾ ; le terme « confection du droit » permettra de rendre compte de cette double réalité juridique. Étant donné que le formalisme, par définition, ne la concerne pas, nous laisserons de côté la pratique du droit et nous nous

⁽⁵⁾ D'après A. SAJÓ, « A jogállamiság helyreállítására », *Fundamentum*, vol. 1-2, 2022, p. 36.

⁽⁶⁾ Sur les niveaux de complexité menant d'un dispositif de pression par menace de sanction (« jurème ») au droit étatique, voy. L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2012, 332 p. ; dans cette optique, l'emploi du terme d'État mafieux (*maffiaállam*) au sujet de la Hongrie n'est pas une coïncidence, voy. par exemple, B. MAGYAR, *Post-Communist Mafia State : The Case of Hungary*, Budapest, Central European University Press, 2016, 336 p.

concentrerons exclusivement sur la confection des normes adoptées et consignées, conditionnée par le formalisme.

Concernant la confection du droit, premier volet, au sein d'un ordre juridique formaliste, nous verrons qu'il est parfaitement concevable que certaines normes prévoient explicitement d'abuser de certains droits⁽⁷⁾ dans le but de servir des intérêts propres. Cet « abus légal de droit » se reflète notamment dans la tendance à généraliser l'emploi des mécanismes d'exception qui facilitent la confection du droit, autrement dit, à faire de l'exception la règle, que nous désignerons par le terme « exceptionnalisme ».

Ces quelques concepts abstraits trouveront une application concrète et transversale dans cette première partie relative à la Hongrie, d'abord, au travers une législation ponctuelle organisant la privatisation des fonds publics au sein d'un nouveau type de fondation (titre I) ; ensuite, en la diminution du contrôle démocratique lors de la confection du droit (titre II) ; et enfin, en déviant de l'interprétation initiale de certaines notions prévue par le droit européen (titre III).

Titre I. La fondation gestionnaire d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public : une création juridique *sui generis*

La perturbation qu'a causée la pandémie de Covid-19 au sein de la plupart des ordres juridiques a failli éclipser la création d'une institution juridique ayant eu un effet bouleversant sur les finances publiques de l'État hongrois.

À titre d'exemple concret, une fondation est instituée pour l'Université hongroise des sciences agricoles et des sciences de la vie⁽⁸⁾. En plus d'un capital minimum de plus de 1,8 million d'euros⁽⁹⁾, cette fondation recueille 55 millions d'euros⁽¹⁰⁾ supplémentaires de la part du gouvernement à des fins de développement infrastructurel et devient propriétaire du château de Gödöllő⁽¹¹⁾ et de l'université pour laquelle elle est instituée. Ces actifs permettent à la nouvelle fondation de financer l'exercice de ses missions de service public consistant

⁽⁷⁾ A. SAJÓ, « A jogállamiság helyreállítása », précité, p. 44 (traduction libre) : « *a hatályos jogszabályok egy fontos, a jogállamiságot meghatározó része nemcsak visszaélésre szolgált, de egyenesen erre a célra született* » (texte original).

⁽⁸⁾ Loi CXLII de 2020 du 12 décembre 2020 relative à la création de la Fondation pour l'Université hongroise des sciences agricoles et des sciences de la vie, M.K., 18 décembre 2020.

⁽⁹⁾ Fonds minimum de 670.000.000 forints, soit 70 millions supplémentaires par rapport au fonds minimum légalement requis. Soit $670.000.000 / 363,11 = 1.845.170,88$ euros. Calcul basé sur le taux de change du 27 avril 2021 (Banque nationale de Hongrie, <https://www.mnb.hu/arfolyam-tablázat?query=daily,2021.04.27>, consulté le 1^{er} avril 2022).

⁽¹⁰⁾ Soit $20.000.000.000 / 363,11 = 55.079.728$ euros. Calcul basé sur le taux de change du 27 avril 2021 (Banque nationale de Hongrie, <https://www.mnb.hu/arfolyam-tablázat?query=daily,2021.04.27>, consulté le 1^{er} avril 2022).

⁽¹¹⁾ Il s'agit d'un bien ayant appartenu au patrimoine national auparavant. Voy. M. MERÉNYI, « Már nem a miénk: A NER-alapítványok közvagyonra », *K-Blog*, 17 juillet 2021, disponible sur <https://k.blog.hu/2021/07/17/kekva> (consulté le 1^{er} avril 2022).

notamment en l'organisation des activités d'enseignement de l'université, la protection de l'agriculture nationale, l'exploitation du château de Gödöllő ainsi que la valorisation de biens immobiliers à des fins culturelles⁽¹²⁾. Par ailleurs, l'organe d'administration de la fondation de notre exemple est présidé par le directeur général de la Banque OTP et composé du ministre de l'Agriculture, d'un recteur émérite et membre titulaire de l'Académie hongroise des sciences (MTA), d'un autre membre titulaire de la MTA et d'un député et commissaire du gouvernement pour la coordination des tâches étatiques du Haras national de Mezőhegyes ; tous liés au parti Fidesz de près ou de loin⁽¹³⁾.

Tel est l'effet de la loi IX de 2021⁽¹⁴⁾ : elle organise la privatisation de plusieurs milliards d'euros de fonds publics⁽¹⁵⁾ ainsi que le transfert d'une part considérable du patrimoine national entre les mains de trente-deux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public (*közfeladatot ellátó közérdekű vagyonkezelő alapítvány*)⁽¹⁶⁾. Ainsi, toute l'opération se déroule en parfaite légalité, tantôt grâce à une simple exclusion du champ d'application de certaines lois régissant le fonctionnement fondamental de l'État, tantôt au moyen d'une distorsion audacieuse de l'applicabilité de certaines règles à l'égard de la fondation gestionnaire d'actifs à un tel point que lesdites règles sont privées de leur sens initial.

En cela, la fondation gestionnaire d'actifs sert d'illustration éminente du formalisme hongrois. Nous mettrons en avant les contradictions qui se dégagent de ses éléments constitutifs (A) et le système de ses responsables qui fonctionne en vase clos (B), témoignant tous deux de son statut exceptionnel, avant de chercher une explication à sa création (C).

(12) Annexe 1 de la loi IX de 2021 du 27 avril 2021 relative aux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public, *M.K.*, 30 avril 2021.

(13) Sur la désignation des personnes, voy. <https://kormany.hu/hirek/ottagu-kuratorium-iranyitjaja-modellvalto-agrarezgetemet-fenntarto-alapitvanyt> (consulté le 28 avril 2022).

(14) Loi IX de 2021 du 27 avril 2021 relative aux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public, *M.K.*, 30 avril 2021.

(15) En raison d'un manque de transparence des données, le montant total des actifs transférés aux fondations gestionnaires d'actifs ne peut être que deviné. Néanmoins, d'après la fusion de deux tentatives de collecte des données accessibles, il s'agit d'au moins 2,15 milliards d'euros de fonds publics privatisés, équivalant à 1,39 % du PIB hongrois. Voy. M. MERÉNYI, « Már nem a miénk: A NER-alapítványok közvagyona », précité, ainsi que la carte interactive disponible sur <https://www.elte.hu/> (consulté le 1^{er} avril 2022).

(16) Certains documents provenant des organes de l'Union européenne utilisent les termes « fiducie d'intérêt public » ou « public-interest trust », que nous écartons au profit d'une traduction littérale, car il ne s'agit ni de technique ou de contrat, ni d'entreprise ou de groupement d'entreprises, mais bien d'une institution, d'une personne morale dont une caractéristique essentielle est qu'elle revêt la forme juridique de fondation qui, dès lors, se doit d'être reflétée dans sa dénomination. Dans la suite de l'exposé, nous emploierons la version raccourcie de « fondation gestionnaire d'actifs » (*vagyonkezelő alapítvány*) pour faciliter la lecture.

A. Définition et éléments constitutifs

Qu'il s'agisse d'un oubli ou d'un obscurcissement intentionnel de la part du législateur, la loi IX de 2021 ne contient pas de définition de la fondation gestionnaire d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public. Ainsi, nous proposons de la définir comme une personne morale de droit privé dotée d'un statut juridique particulier (i) bénéficiant de transferts d'actifs (ii) pour son activité de gestion d'actifs (iii) en vue de l'exercice de ses missions de service public et de la réalisation d'objectifs d'intérêt public (iv).

Premièrement, en tant que personne morale de droit privé dotée d'un statut juridique particulier (*sajátos magánjogi jogalany*) (i), la fondation gestionnaire d'actifs bénéficie d'une autonomie structurelle, financière et opérationnelle (art. 1^{er}, al. 2) en raison de laquelle sa dissolution ne peut intervenir qu'à la double condition qu'elle n'ait aucun ayant droit et que ses fonds n'atteignent pas le capital minimum légal pendant trois années consécutives (art. 14). Dans toutes les autres hypothèses, la fondation gestionnaire d'actifs subsiste sans que ses actifs puissent lui être retirés, y compris en cas de faillite ou de disparition de la finalité qui lui est conférée (art. 13, al. 7 et 17, al. 6), ce qui équivaut à un haut degré de protection rendant les fondations gestionnaires d'actifs particulièrement résistantes aux fluctuations générales de l'économie.

Deuxièmement, le régime de la fondation gestionnaire d'actifs connaît deux catégories de transferts d'actifs (*vagyonjuttatás*) (ii) : d'une part, la constitution de son capital minimum (*tőkéminimum*) requiert un transfert de fonds et de biens équivalant à plus de 1.500.000 euros⁽¹⁷⁾ de la part de son fondateur (en l'espèce, l'État) (art. 4, al. 1) et, d'autre part, elle peut bénéficier d'autres types de transferts d'actifs⁽¹⁸⁾ venant de son fondateur ou d'une tierce personne à tout moment (art. 18). À cet effet, la loi écarte plusieurs dispositions de la loi relative aux biens nationaux⁽¹⁹⁾ (art. 12, al. 2), de sorte que ces derniers peuvent désormais être aliénés et recueillis par des fondations gestionnaires d'actifs. Autrement dit, pour reprendre une expression pétillante d'un membre du parti Fidesz, « l'argent public [qui est transféré aux fondations gestionnaires d'actifs] perd sa nature publique »⁽²⁰⁾ qui ne pourra plus être rétablie.

⁽¹⁷⁾ Soit 600.000.000 forints / 363,11 = 1.652.392 euros. Calcul basé sur le taux de change du 27 avril 2021 (Banque nationale de Hongrie, <https://www.mnb.hu/arfolyam-tablázat?query=daily,2021.04.27>, consulté le 1^{er} avril 2022).

⁽¹⁸⁾ Conformément à l'art. 18 de la loi, ces transferts peuvent prendre les formes suivantes : transfert consigné dans l'acte constitutif (*alapító okiratbeli vagyonjuttatás*), transfert contractuel (*megállapodás útján nyújtott vagyoni juttatás*), subvention (*támogatás*), donation (*adomány*) ou contrat de financement d'une mission de service public (*közfeladat-finanszírozási szerződés*).

⁽¹⁹⁾ Loi CXCVI de 2011 du 23 décembre 2011 relative aux biens nationaux, M.K., 30 décembre 2011.

⁽²⁰⁾ Expression de L. KÓSA reprise dans G. BRÜCKNER, « Legendásan balhész pénzköltési módszereket tesz most megismerhetetlenné az állam », *Telex*, 11 novembre 2020, disponible sur <https://telex.hu/belfold/2020/11/11/alaptorveny-elvesztheti-kozpenzjelleget> (consulté le 27 novembre 2022).

Troisièmement, la combinaison de caractéristiques juridiques tirées des secteurs public et privé confère une nature mixte à la fondation gestionnaire d'actifs à au moins deux égards. D'un côté, son activité de principe, la gestion d'actifs (*vagyonkezelés*) (iii) est qualifiée d'activité économique intéressée (art. 3, al. 5 et 17, al. 1, c), mais dont l'exercice serait justifié par la finalité formellement désintéressée de la fondation gestionnaire d'actifs (voy. ci-dessous). De l'autre côté, la qualification « organisation à finalité principalement commerciale »⁽²¹⁾ est également écartée (art. 3, al. 5), ayant pour conséquence bien pratique que la gestion d'actifs échappe au contrôle de l'autorité fiscale⁽²²⁾. Ainsi, ce type de sélection « à la carte » permet d'éviter notamment l'assujettissement de l'activité économique de la fondation gestionnaire d'actifs à certaines exigences de transparence.

Quatrièmement, selon la loi (art. 17, al. 1, a et b), les actifs sont transférés à la fondation gestionnaire d'actifs dans le but formel de lui permettre d'exercer ses missions de service public (*közfeladatok ellátása*) et de réaliser ses objectifs d'intérêt public (*közérdekű célok megvalósítása*) (iv), spécifiques à chacune des trente-deux d'entre elles⁽²³⁾. Cependant, à la lumière de ce qui précède, le très grand nombre de finalités proposées par la loi ne serait-elle pas un moyen de rendre ce régime aussi largement applicable que possible ou encore, d'un point de vue plus général, un prétexte ou une justification à l'instauration même de ce régime ?...

(21) Voy. la loi CLXXV de 2011 du 5 décembre 2011 relative au droit d'association, au statut d'utilité publique, au fonctionnement et à la promotion des organisations non gouvernementales, M.K., 14 décembre 2011.

(22) Art. 2, al. 7, 17, al. 1, et 23 de la loi CLXXV de 2011, précitée.

(23) Les missions de service public spécifiques à chacune des trente-deux fondations gestionnaires d'actifs sont énumérées dans l'annexe 1 de la loi IX de 2021 ; nous y trouvons, par exemple, le développement institutionnel, la poursuite des activités d'enseignement, la protection du patrimoine culturel ou encore la préservation de la valeur génétique des races indigènes protégées de chevaux. Les objectifs d'intérêt public sont énumérés à l'art. 5, al. 2, de la loi IX de 2021 : l'éducation, la gestion des talents, l'enseignement supérieur, la recherche élémentaire et appliquée, la santé, les activités caritatives, la protection sociale, la protection familiale, la protection de l'enfance et de la jeunesse, les activités culturelles, les sports amateurs et de jeunesse, la préservation de la culture nationale, les activités visant à préserver un mode de vie pour la protection des traditions, la promotion et le soutien des églises, les activités scientifiques, la protection de l'environnement et du climat, la durabilité et l'économie circulaire, la protection du patrimoine, la protection de la culture bâtie et naturelle, la protection de l'environnement et la garantie de l'accessibilité des bâtiments et des sites, le financement ou la subvention d'organisations non gouvernementales ou d'associations à but non lucratif créées à des fins de stratégie nationale et de protection sociale ainsi que le fait d'assurer le fonctionnement d'institutions ou de personnes morales engagées dans de telles activités.

B. Le cumul légal des fonctions à la lumière de la réforme relative au contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne

Les quelques freins et contrepoids applicables aux responsables intervenant dans le fonctionnement de la fondation gestionnaire d'actifs⁽²⁴⁾ se voient privés d'intérêt par l'absence presque totale de règles d'incompatibilité dans la loi IX de 2021. En effet, la qualité de membre de l'organe d'administration et du conseil de surveillance ainsi que celle de commissaire aux comptes n'est pas incompatible avec un autre emploi ou d'autres relations de travail, ni avec d'autres mandats et fonctions publics⁽²⁵⁾ (art. 15, al. 1 et 2). Autrement dit, le cumul des fonctions est parfaitement légal dans le chef d'un ministre qui préside l'organe d'administration d'une fondation gestionnaire d'actifs et qui continuera à manipuler de l'argent anciennement public à des fins formellement publiques dans ce cadre même après la fin de sa fonction publique.

Ce phénomène a suscité l'intérêt de l'Union européenne dans le cadre de la procédure relative au mécanisme de conditionnalité sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième partie. Au niveau du droit national, deux lois récemment adoptées⁽²⁶⁾ concernent les fondations gestionnaires d'actifs à trois égards. Peu inquiétant, le contrôle renforcé des marchés publics inclut désormais les fondations gestionnaires d'actifs incarnant le rôle du pouvoir adjudicateur⁽²⁷⁾. Plus inquiétant, la nouvelle règle relative aux conflits d'intérêts⁽²⁸⁾

⁽²⁴⁾ Ces responsables sont les suivants : le fondateur (*alapító*) et l'associé (*csatlakozó*) exercent le plus souvent les droits du fondateur (art. 7) ; l'organe d'administration (*kuratórium*) (art. 6, al. 1) est responsable de l'administration et contrôlé par le conseil de surveillance (*felügyelőbizottság*) (art. 6, al. 2) ; le commissaire aux comptes (*vagyonellenőr*) contrôle la légalité de la gestion des actifs et le respect des obligations de l'organe d'administration et du conseil de surveillance (art. 8) ; par ailleurs, un auditeur permanent (*állandó könyvvizsgáló*) est également désigné (art. 6, al. 2).

⁽²⁵⁾ Les fonctions publiques concernées sont les suivantes : membre du gouvernement, secrétaire d'État, secrétaire d'État à l'administration publique, secrétaire d'État adjoint, commissaire du gouvernement, officier du gouvernement, commissaire du Premier ministre, officier du Premier ministre, officier ministériel, président du conseil de comté, membre du conseil de comté, bourgmestre principal, bourgmestre, membre du collège communal et membre de l'Assemblée nationale.

⁽²⁶⁾ Loi XXIX de 2022 du 4 octobre 2022 portant modification de certaines lois contenant des dispositions relatives aux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public, à l'Office national des impôts et des douanes, et aux contrôles effectués par l'Office européen de lutte antifraude au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 10 octobre 2022 ; loi XXXI de 2022 du 24 octobre 2022 portant modification de certaines lois contenant des dispositions relatives à la déclaration de patrimoine au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 26 octobre 2022.

⁽²⁷⁾ Art. 3, point 31, art. 5, al. 1, c à f, art. 5, al. 2, art. 9, al. 1, h à i, de la loi XXIX de 2022, précitée ; voy. aussi la loi CXLIII de 2015 du 22 septembre 2015 sur les marchés publics, M.K., 2 octobre 2015.

⁽²⁸⁾ Art. 15, al. 3, de la loi IX de 2021, précitée (traduction libre) : « La fondation, ainsi que les personnes morales créées par ou affiliées à celle-ci, y compris les présidents et les membres de leur conseil d'administration et de leur conseil de surveillance, ainsi que les employés de ces derniers,

ne change pas vraiment la donne : le conflit d'intérêts doit être déclaré par la personne « qui s'estime concernée » et, si le conflit d'intérêts est établi dans son chef, le fonctionnaire public concerné peut tout de même assister aux réunions internes à la fondation gestionnaire d'actifs, prendre la parole et influencer la prise de décision autrement que par son vote qui lui a été retiré – au lieu, par exemple, de ne pas pouvoir être nommé du tout. Très inquiétant, en l'absence de disposition explicite en ce sens, la nouvelle obligation de déclaration du patrimoine généralisée aux fonctionnaires publics⁽²⁹⁾ n'est applicable aux personnes concernées par ledit conflit d'intérêts que dans le cadre de la fonction publique qu'elles exercent, donc non dans le cadre de leur fonction au sein de la fondation gestionnaire d'actifs – un faux pas critique au regard du principe de transparence.

C. Le contexte politique expliquant l'adoption de la loi IX de 2021

Au regard de quelques événements politiques précédant l'adoption de la loi IX de 2021, il ne serait pas déraisonnable de voir en l'administration d'une telle « vague perverse de privatisation »⁽³⁰⁾ non une volonté d'amélioration de

sont tenues de respecter les règles de conflit d'intérêts énoncées dans le présent paragraphe. La personne qui n'est pas ou qui n'est que partiellement en mesure d'exercer ses fonctions de manière impartiale, objective et désintéressée en raison de son intérêt économique ou de tout autre intérêt ou circonstance personnel direct ou indirect (y compris les raisons familiales et affectives, l'affiliation politique ou nationale), est tenue de s'abstenir de toute activité susceptible d'être contraire aux intérêts de la fondation ou de la personne morale affiliée, ou de celui ou de celle qui transfère directement ou indirectement des actifs à ces dernières. Toute personne dans le chef de laquelle existe un conflit d'intérêts, ou le risque ou l'apparence d'un conflit d'intérêts, est tenue de le signaler immédiatement par écrit – ou en cas d'imprévu, de le consigner oralement et dans un procès-verbal – avant la prise de décision. Dans ce cas, le président ou le membre de l'organe concerné fait la notification à l'organe dont il est le président ou le membre, dans les autres cas, la notification doit être faite à celui qui exerce les droits de l'employeur vis-à-vis de la personne. Le notifié est tenu de confirmer par écrit si un conflit d'intérêts a été établi. La fondation publie la décision par voie électronique dans un délai d'une semaine à compter de la décision et pour une durée d'au moins un an. Si un conflit d'intérêts est établi, la fondation est tenue de veiller à ce que la personne concernée ne participe pas à la prise de décision de la fondation, ni à la prise de décision de la personne morale créée par ou affiliée à la fondation. » Voy. aussi : loi XXXVI de 2012 du 16 avril 2012 sur l'Assemblée nationale, M.K., 19 avril 2012 (art. 80) ; loi CXXV de 2018 du 12 décembre 2018 sur l'administration gouvernementale, M.K., 21 décembre 2018 (art. 95, 182 et 225) ; loi CVII de 2019 du 10 décembre 2019 relative aux organismes dotés d'un statut juridique spécial et au statut juridique des personnes qu'ils emploient, M.K., 17 décembre 2019 (art. 51) ; loi CLXXXIX de 2011 du 19 décembre 2011 sur les collectivités locales de la Hongrie, M.K., 28 décembre 2011 (art. 36 et 72) ; loi CXCIX de 2011 du 19 décembre 2011 sur les fonctionnaires publics, M.K., 30 décembre 2011 (art. 85 et 87).

⁽²⁹⁾ Voy. la loi XXXI de 2022, précitée.

⁽³⁰⁾ Voy. A. BÓDIS, « Perverz privatizáció zajlik a mélyben: adjátok vissza az országunkat! », *Válasz Online*, 14 avril 2021, disponible sur <https://www.valaszonline.hu/2021/04/14/vagyonkezelo-alapitvany-privatizaciomelyallampublicisztika/> (consulté le 8 avril 2022).

la gestion des fonds publics, mais une tentative de consolidation de l'élite politique actuelle en cas de défaite électorale.

En effet, la coalition des six partis de l'opposition (*Egységben Magyarországért*) qui s'est organisée en vue des élections législatives de 2022 a soulevé la question de savoir ce qu'il advient du Fidesz une fois que le parti perd son monopole de gouvernance. Grâce à son autonomie vis-à-vis de l'État et à son organisation interne fermée, remplie de personnes proches du Fidesz, la fondation gestionnaire d'actifs délivre une solution *simple yet powerful* en absorbant les fonds publics qu'elle conserve de par sa nature de droit privé en cas de mutation du droit public, permettant la redistribution de l'argent anciennement public recueilli vers le parti. De plus, cette solution est assortie d'un double bonus, car l'administration entrante se retrouvera sans ressources pour financer sa politique relative aux institutions publiques concernées par le système des fondations gestionnaires d'actifs et, coup fatal, elle ne pourra rien y faire tant qu'elle ne disposera pas de majorité des deux tiers pour amender ce régime légal bétonné dans une loi organique⁽³¹⁾.

Une telle instrumentalisation du droit est la raison pour laquelle certains parlent de la création d'un État profond (*deep state*)⁽³²⁾ sous le prétexte que l'État de droit est formellement intact.

Titre II. La confection du droit par la voie de mécanismes d'exception généralisés

La création des fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public ne heurte guère un ordre juridique au sein duquel les mécanismes d'exception connaissent un tel degré de popularité que nous observons un certain renversement conceptuel aboutissant à la généralisation de l'emploi d'exceptions dans le droit hongrois.

Dans le présent titre, nous retracerons le processus d'aménagement de l'ordre juridique hongrois par le parti politique Fidesz qui, selon nous, connaît essentiellement deux grandes étapes, séparables par un changement de stratégie mettant l'emphase non plus sur les pouvoirs constituant et législatif mais sur le pouvoir exécutif. En effet, dans un premier temps, le Fidesz se sert de la majorité constitutionnelle des deux tiers des sièges à l'Assemblée nationale qu'il y détient depuis 2010 pour adopter de nombreuses révisions constitutionnelles et lois organiques (A) puis, dans un second temps, reconnaît et exploite le potentiel de la gouvernance en régime d'exception que le gouvernement maintient sous

⁽³¹⁾ Art. 32 de la loi IX de 2021 et art. 38, al. 6, de la Loi fondamentale, inséré par l'article 7 du neuvième amendement de la Loi fondamentale de la Hongrie du 22 décembre 2020.

⁽³²⁾ Voy. A. BÓDIS, « Perverz privatizáció zajlik a mélyben: adjátok vissza az országunkat! », précité, ainsi que A. JAKAB, « Hibrid rezsimből jogállamba », précité, p. 77, et M. MERÉNYI *et al.*, *Korrupciófigyelő. Negyedik jelentés*, Budapest, TASZ & K-Monitor, 2021, disponible sur https://k.blog.hu/2021/07/15/korrupciofigyelo_epul_a_fidesz_melyallama (consulté le 8 avril 2022).

différents prétextes depuis 2016 (B). C'est donc en ce sens que nous entendons la confection du droit par le Fidesz, dans la mesure où ce concept inclut à la fois la manipulation incessante du cadre constitutionnel et la prolifération de la réglementation décrétales, qui ont en commun la rapidité brusque du processus d'adoption des instruments juridiques et la privation quasi totale des possibilités de contrôle dans le chef de l'opposition politique.

A. La majorité constitutionnelle des deux tiers permettant une manipulation incessante du cadre constitutionnel

En 2010, sa victoire aux élections législatives permet au Fidesz d'acquiescer les deux tiers des sièges à l'Assemblée nationale, l'habilitant à adopter la nouvelle Loi fondamentale⁽³³⁾ et à régler certains domaines d'importance constitutionnelle dans une loi organique (*sarkalatos törvény*)⁽³⁴⁾, formant ensemble le cadre constitutionnel principal de la Hongrie. Sans entreprendre un examen approfondi des douze dernières années⁽³⁵⁾ dépassant largement l'objet de notre analyse, deux remarques relatives à la pratique constituante du parti méritent d'être formulées.

La détention d'une majorité constitutionnelle si importante, exceptionnelle dira-t-on, permet au Fidesz non seulement d'établir un cadre constitutionnel répondant à ses intérêts, besoins et préférences, mais également de modifier à tout moment⁽³⁶⁾ cet ensemble normatif de haut rang tout en bénéficiant d'une liberté considérable. En effet, la Loi fondamentale a connu onze révisions depuis son adoption⁽³⁷⁾. De même, trois cent soixante-cinq lois contiennent en

⁽³³⁾ Adoption le 18 avril 2011, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

⁽³⁴⁾ L'article T, alinéa 4, de la Loi fondamentale exige l'accord des deux tiers des députés présents à l'Assemblée nationale, donc une majorité des suffrages, pour l'adoption d'une loi organique.

⁽³⁵⁾ Sur la mise en place de ce cadre constitutionnel en détail, voy. par exemple P. BÁRD et L. PECH, *How to build and consolidate a partly free pseudo democracy by constitutional means in three steps: The 'Hungarian model'*, Working Paper n° 4, octobre 2019, disponible sur <https://reconnect-europe.eu/publications/> (consulté le 11 avril 2022).

⁽³⁶⁾ L'article S de la Loi fondamentale exige l'accord des deux tiers des députés à l'Assemblée nationale, donc une majorité des membres, pour la révision de la Loi fondamentale. Notons que la révision de la Constitution belge est bien plus exigeante, voy. Ch. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État – Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 223-227.

⁽³⁷⁾ Les dates et l'entrée en vigueur des amendements de la Loi fondamentale se présentent comme suit : 18 juin 2012 (e.v. 19 juin) (1), 9 novembre 2012 (e.v. 10 novembre) (2), 21 décembre 2012 (e.v. 22 décembre) (3), 25 mars 2013 (e.v. 1^{er} avril) (4), 26 septembre 2013 (e.v. 1^{er} octobre) (5), 14 juin 2016 (e.v. 1^{er} juillet) (6), 28 juin 2018 (e.v. 29 juin) (7), 12 décembre 2019 (e.v. 13 décembre) (8), 22 décembre 2020 (e.v. 23 décembre) (9), 24 mai 2022 (e.v. 25 mai) (10) et 19 juillet 2022 (e.v. 23 juillet) (11). Notons que l'amendement de la Loi fondamentale a souvent lieu en fonction d'une finalité politique ou d'un événement incitant le Fidesz à tenter de se débarrasser de certains « ennuis » légaux. Par exemple, au moyen du onzième amendement, dans un esprit de renforcement du narratif historique national relatif à la centralisation du pouvoir, le parti rétablit la dénomination médiévale des entités d'autonomie régionale (le *megye* devient *vármegye*), exprimant une préférence pour un ordre social néo-féodal ; de même, comme nous le verrons, le

tout ou en partie des dispositions organiques dans les trente-cinq domaines pour lesquels la Loi fondamentale requiert l'adoption de ce type d'instrument⁽³⁸⁾. En somme, il s'agit d'un nombre spectaculaire de secteurs affinés grâce à une majorité constitutionnelle.

Certes, la conservation de cette majorité constitutionnelle sur un si long terme⁽³⁹⁾ pourrait donner l'impression que la consolidation du pouvoir du Fidesz répond à une légitimité démocratique⁽⁴⁰⁾. Toutefois, ce serait oublier la réforme des lois électorales⁽⁴¹⁾ qui survient au cours de la première législature et modifie en profondeur la composition et l'attribution des sièges à l'Assemblée nationale. Désormais, il s'agit d'un système mixte qui prévoit l'attribution de 199 sièges en deux temps : 106 sièges sont attribués aux candidats individuels élus dans les circonscriptions et 93 sièges reviennent aux listes de partis. Dans le premier cas, les 106 sièges sont attribués selon la règle du premier élu d'un système majoritaire, autrement dit, la composition de l'Assemblée nationale n'est déjà pas entièrement proportionnelle ou proportionnée vis-à-vis des votes exprimés par les électeurs. Dans le second cas, les listes de partis qui se départagent les 93 sièges attribués selon les règles d'un système proportionnel

septième amendement constitutionnalise quelques enseignements de la Cour constitutionnelle relatifs au droit de l'Union européenne.

⁽³⁸⁾ La liste complète des lois contenant en tout ou en partie des dispositions organiques est disponible sur <https://www.parlament.hu/documents/10181/1205420/Az+Alapt%C3%B6rv%C3%A9ny+elfogad%C3%A1s%C3%A1t+k%C3%B6vet%C5%91en+beny%C3%BAjtot%C3%91et+elfogadott+sarkalatos+r%C3%B6rv%C3%A9nyek/0af78bee-9b54-49fd-97df-2c9ba024c265> (consulté le 29 novembre 2022). Les domaines concernés sont la nationalité (art. G), l'emploi des symboles nationaux (art. I), la protection des familles (art. L), l'acquisition du droit de propriété et l'exploitation des terres arables et forêts (article P), les collectivités locales (art. T, 31, 33 et 35), les régimes d'exception (art. T, XXXI, 49, 50, 51, 51/A, 52, 53), la protection des données personnelles (art. VI), les communautés religieuses (art. VII), le fonctionnement des partis politiques (art. VIII), la campagne électorale et les publicités politiques (art. IX), les services de médias (art. IX), la demande d'asile (art. XIV), le droit de vote (art. XXIII et 2), les minorités nationales (art. XXIX et 2), le mandat des députés et les sessions régulières à l'Assemblée nationale (art. 4), l'enquête parlementaire (art. 7), la rémunération du Président de la République (art. 12), l'organisation des ministères et de l'administration publique (art. 17), les autorités administratives indépendantes (art. 23), la Cour constitutionnelle (art. 24), l'organisation judiciaire (art. 25 et 26), le patrimoine national (art. 38), le système des pensions (art. 40), la Banque nationale de Hongrie (art. 41), le Bureau national d'audit (art. 43), le Conseil budgétaire de l'Assemblée nationale (art. 44), les Forces armées hongroises (art. 45) et la police et les services de sécurité nationale (art. 46).

⁽³⁹⁾ Présence du parti Fidesz à l'Assemblée nationale : en 2010, 262 sièges sur 386 (67,88 %) ; en 2014 et en 2018, 133 sièges sur 199 (66,83 %) ; en 2022, 135 sièges sur 199 (67,84 %). Les statistiques complètes sont disponibles sur <https://www.valasztas.hu>.

⁽⁴⁰⁾ D'après les mots de R. UÍTZ dans J. BARÁT, « Orbán Viktor nagy játszámája », *168 Óra*, 12 avril 2022, disponible sur <https://168.hu/itthon/orban-viktor-nagy-jatszama-232124> (consulté le 19 avril 2022).

⁽⁴¹⁾ Loi CCIII de 2011 du 23 décembre 2011 relative à l'élection des députés à l'Assemblée nationale, *M.K.*, 30 décembre 2011, spéc. art. 3 et 14 à 17, et loi XXXVI de 2013 du 8 avril 2013 relative à la procédure électorale, *M.K.*, 18 avril 2013, telle que modifiée par la loi LXXXIX de 2013 du 10 juin 2013 modifiant la loi XXXVI de 2013 relative à la procédure électorale, *M.K.*, 20 juin 2013.

se voient également attribuer les votes perdus de leurs candidats individuels non élus dans les circonscriptions à titre d'effet « booster » compensatoire. Par ailleurs, le vote n'est pas obligatoire en Hongrie, de sorte que les résultats ne reflètent jamais exactement l'opinion de l'électorat. En pratique, en 2022, sur un total de 8.215.304 électeurs, 5.717.030 électeurs ont participé aux élections, parmi lesquels 3.060.706 ont exprimé leur accord pour le Fidesz, correspondant à 37,25 % de tous les électeurs – ce qui se trouve assez loin de 67,84 % des sièges attribués⁽⁴²⁾.

Il découle des chiffres précédents que la composition de l'Assemblée nationale n'est pas nécessairement représentative de l'opinion des électeurs, ce qui permet de renverser l'impression de légitimité démocratique de la pratique constituante du Fidesz. Il n'en demeure pas moins que le cadre constitutionnel qui en résulte est très efficace, polyvalent, en adéquation avec la volonté de la majorité des électeurs du Fidesz, et qu'aucune érosion de ces qualités ne résulte de sa malléabilité pour ceux qui détiennent les bons outils. En conséquence, un éventuel démantèlement se promet laborieux pour ceux qui ne disposeraient pas d'une majorité des deux tiers à l'avenir.

B. La gouvernance en régime d'exception permettant l'extension des prérogatives gouvernementales

Depuis 2016, il n'est même plus nécessaire de se référer à la majorité constitutionnelle, puisque la survenance de crises successives sert de justification à l'emploi d'un mécanisme d'exception aboutissant à une gouvernance encore plus efficace. Cette dernière consiste en une extension des prérogatives gouvernementales dans le cadre de trois régimes d'exception (*különleges jogrend*) successifs et superposés les uns sur les autres.

Premièrement, en 2016, le gouvernement Orbán décrète la situation de crise d'immigration massive (*tömeges bevándorlás okozta válsághelyzet*) sur la base des articles 80/A à 80/K de la loi relative au droit d'asile modifiée à cette fin⁽⁴³⁾.

Deuxièmement, en 2020, la pandémie de Covid-19 est le prétexte naturel pour franchir une étape supplémentaire et déclarer l'état de danger (*veszélyhelyzet*)⁽⁴⁴⁾ sur la base de l'ancien article 53 de la Loi fondamentale.

⁽⁴²⁾ Les statistiques complètes sont disponibles sur <https://www.valasztas.hu>.

⁽⁴³⁾ Décret gouvernemental n° 41/2016 (III. 9.) relatif la déclaration d'une situation de crise d'immigration massive sur l'ensemble du territoire de la Hongrie et contenant les règles relatives à la déclaration, l'existence et la fin de la situation de crise, M.K., 9 mars 2016 ; art. 80/A à 80/K de la loi LXXX de 2007 du 25 juin 2007 relative au droit d'asile, M.K., 29 juin 2007, insérés par l'article 16 de la loi CXL de 2015 du 4 septembre 2015 modifiant certaines lois relativement à la gestion de l'immigration massive, M.K., 7 septembre 2015.

⁽⁴⁴⁾ Décret gouvernemental n° 40/2020 (III. 11.) relatif à la déclaration de l'état de danger, M.K., 11 mars 2020.

Ce deuxième régime d'exception revêt un niveau de symbolisme plus élevé sur le plan du formalisme par rapport au premier qui n'avait qu'un fondement législatif. Cependant, la base constitutionnelle de l'état de danger n'est pas (encore) explicite à l'époque de sa déclaration⁽⁴⁵⁾.

Troisièmement, en 2022, après deux révisions constitutionnelles⁽⁴⁶⁾, le gouvernement Orbán est juridiquement bien disposé pour déclarer un état de danger (*veszélyhelyzet*) supplémentaire en raison de la guerre en Ukraine⁽⁴⁷⁾ sur la base du nouvel article 51 de la Loi fondamentale dont le texte est mieux adapté pour assurer la flexibilité de cette technique de gouvernance en régime d'exception⁽⁴⁸⁾. Du point de vue du formalisme, c'est donc ce troisième régime d'exception qui est le plus juridiquement fondé et abouti.

Actuellement, les trois sont en vigueur⁽⁴⁹⁾. Leur superposition sert de protection en cascade à trois niveaux pour les pouvoirs étendus du gouvernement :

⁽⁴⁵⁾ L'ancien article 53 disposait (traduction libre) :

« (1) En cas de catastrophes naturelles ou d'accidents industriels menaçant la sécurité des personnes et des biens, et afin d'en prévenir les conséquences, le Gouvernement déclare l'état de danger et peut instaurer des mesures extraordinaires prévues par une loi organique.

(2) En cas d'état de danger, le Gouvernement peut adopter des décrets par lesquels, conformément aux dispositions prévues par une loi organique, il peut suspendre l'application de certaines lois, déroger à des dispositions légales et prendre d'autres mesures extraordinaires.

(3) Le décret du Gouvernement visé à l'alinéa (2) reste en vigueur pendant quinze jours, sauf s'il est prorogé par le Gouvernement sur habilitation par l'Assemblée nationale.

(4) Le décret du Gouvernement cesse de produire effet à la cessation de l'état de danger. »

⁽⁴⁶⁾ Neuvième amendement de la Loi fondamentale du 15 décembre 2022 et dixième amendement de la Loi fondamentale 24 mai 2022.

⁽⁴⁷⁾ Décret gouvernemental n° 180/2022 (V. 24.) du 24 mai 2022 relatif à la déclaration de l'état de danger en raison du conflit armé et de la catastrophe humanitaire en Ukraine en vue de prévenir les conséquences sur la Hongrie ainsi qu'à certaines réglementations en état de danger, M.K., 24 mai 2022.

⁽⁴⁸⁾ Le nouvel article 51 dispose (traduction libre) :

« (1) En cas de conflit armé dans un pays voisin, de situation de guerre ou de catastrophe humanitaire, ou d'incident grave menaçant la sécurité des personnes et des biens, spécialement une catastrophe naturelle ou un accident industriel, et afin d'en prévenir les conséquences, le Gouvernement peut déclarer l'état de danger.

(2) L'état de danger peut être déclaré pour une durée de trente jours.

(3) Si les circonstances ayant donné lieu à la déclaration de l'état de danger persistent, le Gouvernement peut proroger l'état de danger sur habilitation par l'Assemblée nationale.

(4) L'Assemblée nationale se prononce au sujet de l'habilitation prévue au (3) à la majorité des deux tiers des membres présents. »

⁽⁴⁹⁾ Premièrement, pour la situation de crise d'immigration massive, voy. le décret gouvernemental n° 333/2022 (IX. 6.) du 6 septembre 2022 modifiant le décret gouvernemental n° 41/2016 (III. 9.) relatif à la déclaration d'une situation de crise d'immigration massive sur l'ensemble du territoire de la Hongrie et contenant les règles relatives à la déclaration, l'existence et la fin de la situation de crise, M.K., 6 septembre 2022. Deuxièmement, la levée de l'état de danger relatif à la pandémie de Covid-19, est subordonnée à une initiative européenne en ce sens, voy. l'art. 119 de la loi V de 2022 du 24 mai 2022 sur les questions réglementaires relatives à la fin de l'état de danger, M.K., 26 mai 2022. Troisièmement, pour l'état de danger relatif à la guerre en Ukraine, voy. le décret gouvernemental n° 424/2022 (X. 28.) du 28 octobre 2022 relatif à la déclaration de l'état de

une fois la guerre en Ukraine terminée, le gouvernement pourra « espérer » que les répercussions de la pandémie puissent encore être invoquées, et *vice versa*. Si les deux perdent leur actualité, le gouvernement pourra encore compter sur l'effet persistant du succès de sa campagne anti-migrants⁽⁵⁰⁾ légitimant, du moins aux yeux de la population, le maintien de la crise d'immigration massive.

De la sorte, même si l'extension des prérogatives gouvernementales dépasse *de facto* la gestion des crises⁽⁵¹⁾, le prolongement continu et l'interprétation extensive des circonstances ayant donné lieu à la déclaration des trois régimes d'exception permet au Fidesz de contourner le débat parlementaire avec l'opposition dans de nombreux domaines ; en d'autres termes, de confectionner du droit sans « entraves » démocratiques.

Titre III. L'appropriation de l'interprétation de certaines notions de droit européen

Tournée vers l'externe, la politique de Viktor Orbán comporte une contradiction élémentaire en ce que ce dernier entend poursuivre une forme de gouvernement fondamentalement non libéral à l'intérieur d'une Union européenne qui cherche à suivre des principes fortement libéraux⁽⁵²⁾. Selon ses termes, la Hongrie est « le grain de sable dans la machine, le bâton dans les roues, l'épine dans la chair[,] le David que Goliath a intérêt à éviter »⁽⁵³⁾.

Sans entreprendre une analyse approfondie des causes et des conséquences d'une telle stratégie, nous constatons que, à côté des consultations

danger en raison du conflit armé et de la catastrophe humanitaire en Ukraine en vue de prévenir et d'en gérer les conséquences sur la Hongrie ainsi qu'à certaines réglementations en état de danger, M.K., 28 octobre 2022.

⁽⁵⁰⁾ Sur les différentes actions dans le cadre de la campagne anti-migrants, voy. C. CANTAT, « La Hongrie, chien de garde de l'Europe », *Plein droit*, vol. 2016/4, n° 111, pp. 19 à 22.

⁽⁵¹⁾ Par exemple, l'article 14 de la loi V de 2022, précitée, modifie la définition du service minimum au sens de la loi sur la grève pour les établissements d'enseignement public relevant de la loi sur l'éducation publique nationale en limitant considérablement le droit de grève des enseignants ; sur le contexte de l'adoption de cette mesure, voy. not. X., « Thousands march on Hungary's parliament as teachers' crisis continues », disponible sur <https://www.euronews.com/2022/10/06/thousands-march-on-hungarys-parliament-as-teachers-crisis-continues> (consulté le 27 novembre 2022). Pour un aperçu global de la confection du droit lors de la pandémie, voy. G. HALMAI, « From 'illiberal democracy' to autocracy : how Covid-19 helped to destroy the remnants of democracy in Hungary », J. URBANIK et A. BODNAR (dir.), *Periménodas tous varvárous ; law in a time of constitutional crisis : studies offered to Mirosław Wyrzykowski*, Varsovie, C. H. Beck, 2021, pp. 227-239.

⁽⁵²⁾ T. SÁRKÖZY, *op. cit.*, p. 15 : « Az orbáni kormányzásnak alapvető „külső” ellentmondása, hogy alapvetően nem liberális kormányzást kíván folytatni az erősen liberális, hagyományos jogállami elveket – némi módosítással, de – változatlanul követni kívánó Európai Unióban. » (texte original).

⁽⁵³⁾ Discours de Viktor Orbán à l'occasion du 65^e anniversaire de la révolution et de la guerre d'indépendance de 1956, disponible sur <https://miniszterelnok.hu/orban-viktor-unnepi-beszede-az-1956-evi-forradalom-es#szabadsagharc-65-evfordulojan/> (consulté le 1^{er} mai 2022). Traduction libre. « *Mi vagyunk a homok a gépezetben, a bot a küllők között, tüske a köröm alatt. Mi vagyunk az a Dávid, akit jobb, ha elkerül a Góliát.* » (texte original).

nationales et des campagnes d'affichage anti-UE⁽⁵⁴⁾ qui caractérisent les relations houleuses des deux parties, la Hongrie mène sa « guerre d'indépendance nationale permanente » (*permanens nemzeti szabadságharc*)⁽⁵⁵⁾ contre l'Union européenne tout en s'appropriant deux notions issues du Traité sur l'Union européenne lui-même⁽⁵⁶⁾. D'une part, en l'absence de définitions dans le texte de l'article 2 dudit traité, la Hongrie tente de légitimer sa propre conception de l'État de droit (A). D'autre part, elle profite de la controverse relative à la portée de l'article 4 du même traité pour faire valoir, elle aussi, une exception à l'interprétation en droit européen (B).

A. Article 2 TUE : l'État de droit, un concept flexible ?

La première piste, plus facile à réfuter, se fonde sur le caractère symbolique, général et, par conséquent, imprécis du texte de l'article 2 TUE. Plus précisément, bien qu'il élève l'État de droit au rang des valeurs fondamentales communes aux États membres, cet article 2 ne comporte aucune définition claire permettant de circonscrire la notion d'État de droit. Ainsi, cette lacune apparente du droit européen peut profiter à certains États membres qui cherchent à s'associer à une interprétation flexible⁽⁵⁷⁾ de l'État de droit.

Dans cet ordre d'idées, la Hongrie soutient qu'il n'existe pas une seule définition de l'État de droit⁽⁵⁸⁾ mais des critères⁽⁵⁹⁾ permettant d'évaluer ce

⁽⁵⁴⁾ À titre d'exemple, à l'occasion sa dernière campagne d'affichage datant d'octobre 2022, le gouvernement hongrois a fait la promotion de la consultation nationale relative aux sanctions européennes imposées à la Russie dans le contexte de la guerre en Ukraine à l'aide d'images de bombes portant l'inscription « sanctions », voy. A. TIDEY, « Ukraine war: Hungary comparing EU sanctions on Russia to bombs is 'inappropriate' », disponible sur <https://www.euronews.com/my-europe/2022/10/19/hungary-comparing-eu-sanctions-on-russia-to-bombs-is-inappropriate-says-eu-commission> (consulté le 27 novembre 2022).

⁽⁵⁵⁾ T. SÁRKÖZY, *op. cit.*, p. 77. Traduction libre.

⁽⁵⁶⁾ Traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *J.O.U.E.*, n° 306 (ci-après : Traité sur l'Union européenne ou TUE).

⁽⁵⁷⁾ A. SAJÓ, « A jogállamiság helyreállítása », précité, p. 36.

⁽⁵⁸⁾ « *European autocrats capitalize on the complexity of the Rule of Law principle by claiming it has an ambiguous meaning, relativizing its importance, portraying it as a tool of political rhetoric rather than a legal concept and presenting their own 'illiberal' understanding as if it was a legitimate alternative to the definition used by the European Union* » ; voy. P. BÁRD et B. GRABOWSKA-MOROZ (dir.), *The strategies and mechanisms used by national authorities to systematically undermine the Rule of Law and possible EU responses*, Working Package 8 – Deliverable 2, 31 décembre 2020, p. 21, disponible sur <https://reconnect-europe.eu/publications/> (consulté le 16 avril 2022).

⁽⁵⁹⁾ À l'instar des critères de la Commission de Venise, par exemple. À cet égard, voy. Commission de Venise, *Liste des critères de l'État de droit*, adoptée à Venise les 11-12 mars 2016, 106^e session plénière, qui dispose qu'il n'est « pas indispensable que tous les critères [...] soient simultanément remplis pour que l'évaluation conclue au respect de l'État de droit dans le pays » (point 29), de même que « [l'État de droit ne sera pas] instauré par les mêmes moyens dans tous les contextes juridiques, historiques, politiques, sociaux ou géographiques concrets. Si ses principaux caractères ou 'ingrédients' restent les mêmes, la façon particulière de leur donner réalité peut varier d'un pays

dernier au sein des États membres, et que sa conception formaliste ou « alternative »⁽⁶⁰⁾ de l'État de droit, face à une conception « valorielle »⁽⁶¹⁾ de ce dernier, serait suffisante pour répondre à l'exigence d'État de droit de l'Union européenne⁽⁶²⁾. Or, comme nous le verrons dans la deuxième partie, une telle interprétation flexible ne correspond plus à la réalité de l'ordre juridique de l'Union européenne.

B. Article 4 TUE : l'identité constitutionnelle, une exception à l'interprétation en droit européen ?

La seconde piste, plus dangereuse pour l'intégration européenne en raison du nombre croissant d'États membres tenant des discours en ce sens⁽⁶³⁾, se fonde sur l'obligation de l'Union européenne de respecter l'identité nationale des États membres, y compris leur identité constitutionnelle⁽⁶⁴⁾, conformément à l'article 4, § 2, TUE. À ce propos, puisque l'Union s'efforce de respecter l'identité nationale et constitutionnelle des États membres, n'est-il pas légitime que les États membres puissent déterminer, interpréter eux-mêmes le contenu de leur propre identité ?

Sans surprise, la Loi fondamentale hongroise y apporte une réponse affirmative en son article E, alinéa 2 :

« La Hongrie, dans l'intérêt de sa participation à l'Union européenne en tant qu'État membre, sur la base d'un traité international, et ce dans la mesure nécessaire à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations prévus par les traités fondateurs, est en droit [d'exercer conjointement]⁽⁶⁵⁾ avec d'autres États membres certaines compétences issues de la Loi fondamentale par le biais des institutions de l'Union européenne. L'exercice

à l'autre en fonction du contexte local, et en particulier de l'ordre constitutionnel et des traditions du pays concerné » (point 34).

⁽⁶⁰⁾ P. BÁRD et B. GRABOWSKA-MOROZ (dir.), *op. cit.*, p. 21.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*

⁽⁶²⁾ Voy. aussi C.J. (ass. plén.), 16 février 2022, arrêt *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-156/21, EU:C:2022:97 : la Hongrie estime que « l'État de droit et les principes de l'État de droit doivent pouvoir faire l'objet d'une appréciation différente dans chacun des États membres, ce d'autant plus que les institutions de l'Union n'apprécient pas toujours de manière uniforme les différentes situations juridiques », ce qui résulte en « l'impossibilité de définir la notion d'"État de droit" avec précision » (§ 211).

⁽⁶³⁾ Nous exposerons quelques-uns de ces discours dans la deuxième partie.

⁽⁶⁴⁾ Av. gén. P. Maduro, concl. préc. C.J.C.E., 8 octobre 2008, arrêt *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, C-213/07, EU:C:2008:544, points 31 à 33 ; G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », E. CARPANO et G. MARTI (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2019, pp. 201-202 et 207 ; F. C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », A. VON BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European Constitutional Law*, 2^e éd., Oxford, Hart, 2009, p. 424.

⁽⁶⁵⁾ Traduction libre différente de la traduction française officielle en raison de l'imprécision de cette dernière.

des compétences visé à cet alinéa doit être en conformité avec les droits et libertés fondamentaux prévus par la Loi fondamentale et ne doit pas limiter le droit inaliénable de la Hongrie de déterminer l'intégrité de son territoire, sa population, sa forme de gouvernement et sa structure étatique ».

Dans un arrêt⁽⁶⁶⁾ peu cohérent mais d'autant plus original, la Cour constitutionnelle hongroise a développé sa conception de l'identité constitutionnelle (*alkotmányos önazonosság*) sur la base du deuxième alinéa de l'article E⁽⁶⁷⁾ en recherchant une échappatoire à l'exécution d'une décision du Conseil de l'Union européenne relative à la relocalisation d'urgence de ressortissants de pays tiers dans le contexte de la crise migratoire⁽⁶⁸⁾.

Au départ, la Cour identifie la protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux comme étant la première limite à l'exercice conjoint des compétences avec l'Union prévu à l'article E, alinéa 2, de la Loi fondamentale (point 49). En l'espèce, cela signifie que la Cour se réserve la possibilité de vérifier, malgré la mention expresse contenue dans la décision du Conseil en cause⁽⁶⁹⁾, l'existence d'une potentielle violation de ces valeurs tenant à la relocalisation collective des personnes vers la Hongrie en l'absence d'un examen substantiel complet de leurs situations individuelles (point 3).

Toutefois, au lieu de procéder à une telle vérification *in concreto* (point 29), la Cour préfère raisonner sur le plan des principes en distinguant deux autres limites à l'exercice conjoint des compétences avec l'Union (point 54) : la souveraineté, sur laquelle elle ne s'attarde pas spécialement, et l'identité constitutionnelle⁽⁷⁰⁾, dont elle interprète le contenu notamment au regard de la constitution historique⁽⁷¹⁾ (points 64 et 65).

⁽⁶⁶⁾ Cour constitutionnelle hongroise, n° 22/2016 (XII. 5.), 5 décembre 2016. Pour une analyse approfondie de l'arrêt et de son contexte, voy. G. HALMAI, « Abuse of constitutional identity : the Hungarian constitutional court on interpretation of article E (2) of the fundamental law », *Review of Central and East European law*, 2018, vol. 43, n° 1, pp. 23-42.

⁽⁶⁷⁾ La seconde phrase de l'art. E, al. 2, a été insérée suite à cet arrêt n° 22/2016 par l'art. 2 du septième amendement de la Loi fondamentale du 28 juin 2018.

⁽⁶⁸⁾ Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, *J.O.U.E.*, L 248/80, 24 septembre 2015.

⁽⁶⁹⁾ Décision (UE) 2015/1601 du Conseil, précité, considérant 45.

⁽⁷⁰⁾ L'identité constitutionnelle hongroise est loin de correspondre à une « énumération statique et fermée de valeurs », et ses composantes renvoient notamment au respect des libertés, de la séparation des pouvoirs, de la forme de république de l'État et de l'autonomie des puissances publiques, ainsi qu'à la liberté de culte, à la légalité, au parlementarisme, à l'égalité, à la reconnaissance du pouvoir judiciaire et à la protection des minorités nationales (point 65 de l'arrêt n° 22/2016, précité).

⁽⁷¹⁾ La « constitution historique » (*történeti alkotmány*) sur laquelle se fonde l'identité constitutionnelle englobe les lois fondamentales, les lois organiques, les chartes et les coutumes constitutionnelles relatives à l'exercice de la puissance publique et à l'indépendance de la Hongrie, considérées comme ayant une importance constitutionnelle (« constitution au sens matériel »), adoptées au fil des époques et établies ou non dans un ou plusieurs instruments constitutionnels (« constitution

Ainsi, concrètement et en profitant d'un prétexte opportun, la Cour constitutionnelle hongroise se déclare compétente pour vérifier elle-même⁽⁷²⁾ si les actes relevant du droit de l'Union violent la dignité humaine et les droits fondamentaux (première limite), la souveraineté (deuxième limite) ou l'identité constitutionnelle de la Hongrie fondée sur sa constitution historique (troisième limite)⁽⁷³⁾ (point 69) – compétence imposante dont la conformité au droit communautaire est susceptible de paraître légèrement discutable.

Il n'en demeure pas moins que, en accord avec l'article 4, § 2, TUE, il s'agirait d'une exception à l'interprétation en droit européen. Étant donné que l'Union européenne n'a pas à interférer avec le contenu de l'identité constitutionnelle, l'interprétation que la Cour constitutionnelle hongroise effectue relativement au contenu de l'identité constitutionnelle hongroise devrait être tolérée par l'Union européenne indépendamment de l'interprétation que la Cour de justice pourrait effectuer relativement au contenu de ladite identité constitutionnelle hongroise. Échec et mat ?...

À travers cette première partie, nous avons parcouru l'emploi transversal de l'exception au sein de l'ordre juridique hongrois d'abord dans la législation ponctuelle relative aux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public, ensuite quant à la majorité constitutionnelle et à la superposition des régimes d'exception et, enfin, relativement à l'interprétation des notions d'État de droit et d'identité constitutionnelle provenant du droit de l'Union européenne.

Au-delà de leur analyse effectuée séparément, nous pourrions imaginer une combinaison entre les deuxième et troisième champs juridiques caractérisés par la prééminence de l'exception. D'une part, nous soutenons que la confection du droit par le parti politique Fidesz tant par la majorité constitutionnelle

au sens formel »). La particularité du concept de « constitution historique » consiste en ce que l'élément temporel qui est ajouté au concept de la « constitution au sens matériel » n'exige pas l'effectivité ou l'applicabilité actuelle des normes dont la « constitution » est composée ; autrement dit, le contenu réel de la « constitution » varie d'une période à l'autre en raison de sa nature historique, sans pourtant rompre la continuité constitutionnelle de la Hongrie en tant qu'État. Sur la définition de la « constitution historique » et les problèmes que cette manière de l'entendre engendre, voy. Z. SZENTE, « A historizáló alkotmányozás problémái – a történeti alkotmány és a Szent Korona az új Alaptörvényben », *Közjogi Szemle*, n° 2011/3, 2011, pp. 1 à 13. Sur les notions de « constitution au sens matériel » et « constitution au sens formel », voy. Ch. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État – Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 202 à 207.

⁽⁷²⁾ Sur les incertitudes relatives à la portée de cette auto-habilitation, voy. A. VINCZE et N. CHRONOWSKI, *Magyar alkotmányosság az európai integrációban*, 3^e éd., Budapest, HVG-ORAC, 2018, pp. 294-304.

⁽⁷³⁾ Cour constitutionnelle hongroise, n° 22/2016 (XII. 5.), 5 décembre 2016, point 69 : « Amennyiben valószínűsíthető, hogy az Alaptörvény E) cikk (2) bekezdésén alapuló hatáskörgyakorlás folytán sérül az emberi méltóság, más alapvető jog, Magyarország szuverenitása (ideértve az általa átadott hatáskörök terjedelmét is), illetve történeti alkotmányán alapuló önazonossága, az Alkotmánybíróság erre vonatkozó indítvány alapján, hatáskörei gyakorlása során vizsgálhatja, hogy a vélt sérelem valóban fennáll-e. » (texte original).

des deux tiers que par l'habilitation du gouvernement en régime d'exception sont désormais des éléments déterminants *de iure* de la structure de l'État hongrois, bien que la première corresponde à des modifications subites pas nécessairement désintéressées et quasi non contestées de la Loi fondamentale, et que la seconde dépasse les pouvoirs de gestion de crise *sensu stricto*. D'autre part, l'article 4, § 2, TUE concerne non seulement l'identité constitutionnelle, mais aussi les structures politiques fondamentales des États membres. Or, il n'est pas exclu que les deux mécanismes exceptionnels mentionnés ci-dessus puissent être qualifiés comme étant des éléments relevant de la structure politique fondamentale de la Hongrie. De la sorte, l'Union européenne pourrait se voir privée de la possibilité de remettre en cause tantôt la forme, tantôt le contenu de cet aménagement de l'ordre juridique hongrois et ce, même lorsqu'un éventuel abus par rapport à leur usage « raisonnable » ou un détournement des mécanismes d'exception de leur finalité « initiale » seraient susceptibles d'être constatés. De plus, si le peuple hongrois semble faire confiance au Fidesz au point que ce dernier gouverne avec une majorité constitutionnelle depuis 2010, alors le Fidesz disposerait de toute légitimité (à tempérer au regard des développements ci-dessus) pour définir la structure étatique dans la Loi fondamentale ainsi que pour constitutionnaliser le régime d'exception comme mode ordinaire de gouvernance. Un dernier argument consisterait à dire que, quoi qu'il en soit, ces mécanismes d'exception sont consacrés dans la Loi fondamentale. Ils pourraient donc relever, à titre subsidiaire, de l'identité constitutionnelle de la Hongrie que l'Union européenne est tenue de respecter.

Néanmoins, même si la flexibilité du concept de l'État de droit ou l'imperméabilité de l'identité constitutionnelle sont invoquées, il ne s'en suit pas que la tentative de rendre formellement acceptable ce qui ne l'est pas substantiellement soit tolérée par l'Union européenne.

DEUXIÈME PARTIE. L'ACTION NORMATIVE DE L'UNION EUROPÉENNE

La Hongrie a rejoint l'Union européenne le 1^{er} mai 2004, ce qui a entraîné la signature de traités et, par conséquent, le respect des obligations qui en découlent.

Or, le fonctionnement systémique de l'ordre juridique hongrois, tel que nous l'avons étudié lors de la première partie, semble non seulement entraver la réalisation des missions de l'Union, mais également compromettre les fondements de l'intégration européenne. Pour n'en rappeler que deux, conformément à l'article 4, § 3, TUE, les États membres « prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union », « facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union » au nom du principe de

coopération loyale. De même, dans son avis 2/13, la Cour de justice rappelle l'existence du principe de la confiance mutuelle dans la reconnaissance des valeurs communes précisées à l'article 2 du TUE et partagées par tous les États membres, ainsi que dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre⁽⁷⁴⁾, et lui reconnaît une importance primordiale⁽⁷⁵⁾.

Étant donné que l'Union européenne est une communauté de droit en ce que ni les États membres, ni les institutions européennes n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité⁽⁷⁶⁾, la deuxième partie étudiera l'action normative de l'Union européenne face à l'attitude de la Hongrie (titre II) après avoir choisi la base de son action normative (titre I).

Titre I. L'interprétation des notions d'État de droit et d'identité constitutionnelle en droit européen

En réponse à l'interprétation hongroise, nous examinerons comment l'Union européenne interprète les notions d'État de droit (A) et d'identité constitutionnelle (B), ce qui permettra de déterminer le fondement juridique suffisant et approprié pour adresser des critiques à la Hongrie.

A. Article 2 TUE : l'État de droit et la cristallisation graduelle d'une définition consolidée

L'article 2 du TUE désigne l'État de droit comme étant l'une des valeurs communes aux États membres de l'Union relevant, de la sorte, de l'identité même de l'Union⁽⁷⁷⁾, guidant, de plus, l'action extérieure de l'Union (art. 21 TUE), et dont le respect conditionne l'adhésion à l'UE (art. 49 TUE). En ce qui concerne le droit dérivé, « les règlements UE visent toujours à renforcer le respect d'un certain nombre de sous-composantes de l'État de droit qui sont sélectionnés sur la base d'objectifs spécifiques poursuivis par chacun des règlements concernés et qui reflètent des priorités et contextes différents »⁽⁷⁸⁾. De même, des définitions plus ou moins élaborées de l'État de droit apparaissent dans des propositions, des décisions et des communications de la Commission⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁴⁾ C.J., 18 décembre 2014, avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 168.

⁽⁷⁵⁾ C.J., avis 2/13, précité, point 191. Sur la confiance mutuelle en détail, voy. C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020.

⁽⁷⁶⁾ C.J.C.E., 23 avril 1986, arrêt *Parti écologiste 'Les Verts' c. Parlement européen*, 294/83, EU:C:1986:166, point 23.

⁽⁷⁷⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité, § 232, et C.J. (ass. plén.), 16 février 2022, arrêt *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-157/21, EU:C:2022:98, § 264.

⁽⁷⁸⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, Work Package 7 – Deliverable 2, London, 2020, p. 11.

⁽⁷⁹⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, pp. 12-16.

Ensuite, au fil du temps, la Cour de justice a pu établir une liste non exhaustive de principes inclus dans la notion de l'État de droit⁽⁸⁰⁾ (légalité⁽⁸¹⁾, sécurité juridique⁽⁸²⁾, interdiction de l'arbitraire des pouvoirs exécutifs⁽⁸³⁾, protection judiciaire effective par des tribunaux indépendants et impartiaux⁽⁸⁴⁾, contrôle judiciaire effectif comprenant le respect des droits de l'homme⁽⁸⁵⁾ et égalité devant la loi⁽⁸⁶⁾) et identifier six « repères constitutionnels » liés à l'État de droit :

- « 1) Article 2 TEU is not declaratory but has a substantive dimension;
- 2) The Court has clearly embraced Article 2 TEU as the hard core of the EU law and made it justiciable;
- 3) Article 2 TEU is not only political, but imposes legal duties which are enforceable by, and before, the Court through Article 19 TEU;
- 4) Article 19 TEU serves as the jurisdictional trigger irrespective of any linkage to substantive EU law other than Article 2 TEU and the duty to respect the values spelt out therein;
- 5) Member States are under a legal duty to have independent courts as a general matter of state organisation;
- 6) The general obligation to guarantee judicial independence of national courts is directly grounded in the Treaties (Article 2 TEU as a rationale and Article 19 TEU as a jurisdictional trigger) »⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁰⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, pp. 16-18.

⁽⁸¹⁾ C.J.C.E., 29 avril 2004, arrêt *Commission des Communautés européennes contre CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, § 63.

⁽⁸²⁾ C.J.C.E., 12 novembre 1981, arrêt *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Srl Meridionale Industria Salumi et autres ; Ditta Italo Orlandi & Figlio et Ditta Vincenzo Divella c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 212-217/80, EU:C:1981:270, § 10 ; C.J.C.E., 13 novembre 1984, arrêt *Firma A. Racke c. Hauptzollamt Mainz*, 283/83, EU:C:1984:344, § 15.

⁽⁸³⁾ C.J.C.E., 21 septembre 1989, arrêt *Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes*, 46/87 et 227/88, EU:C:1989:337, § 19 ; C.J. (gde ch.), 16 mai 2017, arrêt *Berlioz Investment Fund SA c. Directeur de l'administration des contributions directes*, C-682/15, EU:C:2017:373, § 51.

⁽⁸⁴⁾ C.J.C.E., 25 juillet 2002, arrêt *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C50/00 P, EU:C:2002:462, §§ 38-39 ; C.J. (gde ch.), 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, C-64/16, EU:C:2018:117, §§ 31, 37, 41.

⁽⁸⁵⁾ C.J.C.E. (gde ch.), 3 septembre 2008, arrêt *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-402/05 P et C-415/05 P, § 316 ; C.J. (gde ch.), 28 mars 2017, arrêt *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e.a.*, C-72/15, EU:C:2017:236, §§ 73 et 75.

⁽⁸⁶⁾ C.J. (gde ch.), 14 septembre 2010, arrêt *Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne, Council of the Bars and Law Societies of the European Union, Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Association européenne des juristes d'entreprise (AEJE), American Corporate Counsel Association (ACCA)*, C-550/07 P, § 54 ; C.J. (gde ch.), 16 juillet 2015, arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, EU:C:2015:480, § 42.

⁽⁸⁷⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, p. 19.

Dès lors que l'État de droit a toujours fait partie de l'ordre juridique de l'Union européenne, du moins de manière implicite⁽⁸⁸⁾, la Commission n'a point innové en substance lorsqu'elle a formulé une définition consolidant les éléments constitutifs de l'État de droit pour la première fois⁽⁸⁹⁾ et qui, par ailleurs, a servi de source d'inspiration pour le règlement 2020/2092⁽⁹⁰⁾.

Autrement dit, l'État de droit est un « principe méta » qui englobe plusieurs composantes et dicte d'autres principes. Ainsi, « s'entendre sur [son] noyau dur ne consiste jamais à imposer l'uniformité, mais plutôt à faire respecter [des] caractéristiques fondamentales de l'ordre juridique qui sont essentielles à son fonctionnement et, plus largement, à sa survie »⁽⁹¹⁾.

À cet égard, le fait que les traités ne définissent pas explicitement l'État de droit n'implique pas qu'il s'agisse d'une notion vague dépourvue d'effet juridique. Pour prendre un exemple, le fonctionnement du marché intérieur n'est aucunement entravé par le fait que les traités ne contiennent pas de définition explicite des notions de taxe d'effet équivalent, interdites par l'article 30 du TFUE au nom de la libre circulation des marchandises, puisque la Cour de justice a pu préciser ces notions dans sa jurisprudence⁽⁹²⁾. Au contraire,

⁽⁸⁸⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, p. 7, ainsi que L. PECH, *The Rule of Law in the EU : The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Working Paper n° 7, London, mars 2020, pp. 7-16.

⁽⁸⁹⁾ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, *Poursuivre le renforcement de l'État de droit au sein de l'Union*, 3 avril 2019, Bruxelles, COM(2019) 163, p. 1 : « L'État de droit est consacré à l'article 2 du traité sur l'Union européenne comme l'une des valeurs fondatrices de l'Union. Il garantit que toutes les autorités publiques agissent toujours dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de la démocratie et des droits fondamentaux, et sous le contrôle de juridictions indépendantes et impartiales. L'État de droit est une notion qui recouvre, entre autres, le principe de légalité, lequel suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable, démocratique et pluraliste, et les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, de contrôle juridictionnel effectif y compris le respect des droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs et d'égalité devant la loi. Ces principes ont été confirmés par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme ». Une définition similaire se trouvait déjà dans la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit*, 2014, Bruxelles, COM(2014) 0158, p. 4.

⁽⁹⁰⁾ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, 16 décembre 2020, *J.O.U.E.*, L 433 I/1, 22 décembre 2020 (art. 2).

⁽⁹¹⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, p. 19.

⁽⁹²⁾ Par marchandise, il faut entendre « tout produit appréciable en argent et susceptible, comme tel, de former l'objet d'une transaction commerciale » (C.J.C.E., 10 décembre 1968, arrêt *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, 7-68, EU:C:1968:51). Par taxe d'effet équivalent, il faut entendre « une charge pécuniaire, fut-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle

les multiples références à l'État de droit et à ses composantes essentielles dans le droit primaire et secondaire de l'UE, qui mettaient l'accent sur des aspects différents de l'État de droit, et ce même avant l'élaboration de la définition consolidée citée ci-dessus, démontrent qu'une prétendue absence générale de définition n'a jamais été en cause⁽⁹³⁾ ; il a simplement été remédié au caractère éparpillé de la définition de l'État de droit.

À la lumière des développements qui précèdent, contrairement à ce que la Hongrie soutient, il n'est question ni d'une absence de définition de l'État de droit dans le droit européen, ni d'un concept flexible dont le contenu est déterminable « à la carte », mais bien d'un principe contraignant et non équivoque dont les pièces sont enfin rassemblées en une définition achevée⁽⁹⁴⁾ correspondant à une notion d'État de droit à laquelle les États membres adhèrent et « qu'ils partagent, en tant que valeur commune à leurs traditions constitutionnelles propres, et qu'ils se sont engagés à respecter de manière continue »⁽⁹⁵⁾. De la sorte, même si les États membres « disposent d'une certaine marge d'appréciation pour assurer la mise en œuvre des principes de l'État de droit, il n'en découle nullement que cette obligation de résultat peut varier d'un État membre à l'autre »⁽⁹⁶⁾.

En conséquence, en l'absence de controverse, il nous est parfaitement envisageable d'analyser le droit hongrois au regard de l'État de droit tel qu'il est défini en droit européen et de regarder, dans le titre suivant, si le formalisme hongrois résiste à l'épreuve de la définition consolidée de l'Union européenne.

n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale » (C.J.C.E., 1^{er} juillet 1969, arrêt *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, 24-68, EU:C:1969:29). Voy. également P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 69-78.

⁽⁹³⁾ L. PECH et J. GROGAN (dir.), *Meaning and Scope of the EU Rule of Law*, précité, p. 21.

⁽⁹⁴⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité, § 232 : les valeurs contenues dans l'article 2 du TUE, y compris l'État de droit, « sont concrétisées dans des principes contenant des obligations juridiquement contraignantes pour les États membres » ; voy. aussi C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précité, § 264.

⁽⁹⁵⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité, § 234, et C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précité, § 266.

⁽⁹⁶⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité, § 233, et C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précité, § 265.

B. Article 4 TUE : l'identité constitutionnelle, un principe interprétatif permettant de moduler l'application du droit européen ou un tempérament à la primauté du droit de l'Union ?

La notion d'identité constitutionnelle, contenue dans l'article 4 du TUE, sert de fondement aux résistances nationales plus ou moins fermes⁽⁹⁷⁾ vis-à-vis de l'« ingérence » du droit de l'Union dans le droit constitutionnel national, question intrinsèquement liée au principe de primauté⁽⁹⁸⁾. Dans les lignes qui suivent, nous explorerons quelques aspects de la controverse persistante entre l'Union européenne et les États membres résultant de la connexité entre ces deux notions afin d'en tirer une conclusion à propos de la position hongroise relative à l'identité constitutionnelle.

I. PRIMAUTÉ ABSOLUE DU DROIT EUROPÉEN : LA VISION « CLASSIQUE » BASÉE SUR LES PRINCIPES DU DROIT DE L'UNION

Dans la vision « classique » de l'Union européenne, la primauté du droit européen sur le droit national⁽⁹⁹⁾ est absolue⁽¹⁰⁰⁾. Cela signifie qu'en cas de conflit entre le droit national et le droit de l'Union, tout juge national peut écarter⁽¹⁰¹⁾ la norme nationale déclarée inapplicable *in casu* en raison de son incompatibilité avec une norme issue du droit de l'Union⁽¹⁰²⁾. Toutefois, étant donné que la Cour de justice ne dispose pas de la compétence d'invalider une norme issue du droit national, celle-ci continue à s'appliquer dans les situations purement internes⁽¹⁰³⁾. À l'inverse, si les juridictions nationales peuvent reconnaître la validité des actes de droit dérivé, elles ne sont pas compétentes pour

⁽⁹⁷⁾ Pour une analyse comparative des conflits d'identité constitutionnelle, voy. L. D. SPIEKER, « Framing and Managing Constitutional Identity Conflicts : How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts », *Common Market Law Review*, vol. 57, n° 2, 2020, pp. 361-398. Sur la position de la Pologne qui mériterait une analyse plus transversale en raison de l'implication d'une dimension additionnelle relative à l'indépendance du pouvoir judiciaire, voy. F. ZOLL, *Primacy of EU law and jurisprudence of Polish Constitutional Tribunal*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 732.475, June 2022, disponible sur [https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document/IPOL_STU\(2022\)732475](https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document/IPOL_STU(2022)732475) (consulté le 27 novembre 2022).

⁽⁹⁸⁾ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2018, pp. 630-633.

⁽⁹⁹⁾ C.J.C.E., 15 juillet 1964, arrêt *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, 6-64, EU:C:1964:66.

⁽¹⁰⁰⁾ C.J.C.E., 17 décembre 1970, arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11-70, EU:C:1970:114.

⁽¹⁰¹⁾ C.J. (gde ch.), 22 juin 2010, arrêt *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363.

⁽¹⁰²⁾ C.J.C.E., 9 mars 1978, arrêt *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49.

⁽¹⁰³⁾ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, pp. 626-627 ; C.J.C.E., 26 avril 1988, arrêt *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, 74/86, EU:C:1988:198.

déclarer l'invalidité de ceux-ci⁽¹⁰⁴⁾ ; en effet, cette compétence revient exclusivement à la Cour de justice qui assure l'uniformité de l'interprétation du droit de l'Union⁽¹⁰⁵⁾ au moyen du renvoi préjudiciel (art. 267 TFUE), clé de voûte du système juridictionnel de l'Union⁽¹⁰⁶⁾.

En application de ces principes, l'identité constitutionnelle, que l'Union est tenue de respecter en vertu de l'article 4, § 2, TUE, est une notion relevant du droit européen et, même si les États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation⁽¹⁰⁷⁾ quant à la détermination des éléments constitutifs de leurs identités constitutionnelles respectives⁽¹⁰⁸⁾, il revient à la Cour de justice et à elle seule, et non aux juridictions constitutionnelles nationales, d'invalider un acte de droit dérivé même si un ou plusieurs États membres estiment que celui-ci porte atteinte à leur identité constitutionnelle⁽¹⁰⁹⁾. Ainsi, l'identité constitutionnelle n'a qu'un rôle limité qui consiste simplement à *moduler* l'application du droit européen⁽¹¹⁰⁾, et aucunement à la relativiser ou à l'écarter au nom d'une exception.

2. PRIMAUTÉ RELATIVE DU DROIT EUROPÉEN : LE PRINCIPE D'ATTRIBUTION DES COMPÉTENCES ET LE CONTRÔLE DE L'ULTRA VIRES

En vertu du principe d'attribution contenu dans l'article 5, § 2, TUE, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités.

Ce principe est le fondement de la théorie relative à l'*ultra vires*, élaborée par la Cour constitutionnelle allemande⁽¹¹¹⁾, selon laquelle la *Kompetenz-Kompetenz* des États membres empêche que l'Union européenne étende elle-même ses propres compétences dont elle ne dispose que grâce à l'attribution opérée par les États membres, ce qui a pour conséquence que tout acte de droit dérivé adopté en vertu d'une telle extension des compétences de l'Union est qualifié d'*ultra vires* et doit être écarté⁽¹¹²⁾. À cet effet, même si la Cour

⁽¹⁰⁴⁾ C.J.C.E., 22 octobre 1987, arrêt *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, EU:C:1987:452.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁶⁾ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, pp. 791-813.

⁽¹⁰⁷⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité, § 233, et C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précité, § 265.

⁽¹⁰⁸⁾ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, pp. 630-633.

⁽¹⁰⁹⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, p. 212.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, pp. 208-211.

⁽¹¹¹⁾ CCRFA, 12 octobre 1993, *Traité de Maastricht*, BVerfGE 89.

⁽¹¹²⁾ Cette théorie trouve une application générale récente dans la critique formulée par la Cour constitutionnelle allemande à l'égard de la Cour de justice qui aurait agi *ultra vires* en n'effectuant qu'un contrôle limité face à un large pouvoir d'appréciation accordé à la Banque centrale européenne, ce qui ne donnerait pas un effet suffisant au principe d'attribution et ouvrirait la voie

constitutionnelle allemande accepte la présomption selon laquelle l'Union agit généralement dans le champ de ses compétences⁽¹¹³⁾, elle s'engage à contrôler elle-même la validité d'un acte de droit dérivé qui semblerait témoigner d'une telle extension interdite des compétences de l'Union⁽¹¹⁴⁾.

Il en va de même au regard de l'identité constitutionnelle allemande dont le pouvoir des États membres de décider eux-mêmes du cercle de compétences de l'Union ferait partie intégrante⁽¹¹⁵⁾. De la sorte, la Cour constitutionnelle allemande ne conçoit pas que les États membres puissent opérer un transfert de compétences au profit de l'Union qui heurterait leur identité constitutionnelle⁽¹¹⁶⁾, et elle se réserve le droit de contrôler les actes de droit dérivé qui présenteraient un doute à cet égard.

En cela, l'identité constitutionnelle serait une exception à l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice de contrôler la validité des actes de droit dérivé, du moins dans le cadre du transfert de compétences à l'Union européenne⁽¹¹⁷⁾.

3. PRIMAUTÉ RELATIVE DU DROIT EUROPÉEN : LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE NATIONALE

Ce second tempérament se situe dans la continuité directe du premier puisqu'il ajoute un élément supplémentaire à la théorie de l'*ultra vires* de la Cour constitutionnelle allemande.

Dans la mesure où la Cour de justice ne se prononcerait « que » sur la conformité d'un acte de droit dérivé au principe d'attribution des compétences de l'Union dans le cadre du contrôle de la validité dudit acte, la Cour constitutionnelle allemande se prononcerait à nouveau à propos de l'acte⁽¹¹⁸⁾.

à une érosion continue des compétences des États membres, voy. l'extrait cité dans R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 211 et A. MOOIJ et S. BARONCELLI, « What kind of Judicial Review for the European Central Bank? All institutions are equal but some are more technical than others », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (à paraître), 21 pages, disponible sur <https://doi.org/10.1177/1023263X221105650> (consulté le 4 novembre 2022), à propos des *Headnotes to the Judgment of the Second Senate of 5 May 2020*, 2 BvR 859/15 et C.J. (gde ch.), 11 décembre 2018, arrêt *Heinrich Weiss e.a.*, C-493/17, EU:C:2018:1000.

⁽¹¹³⁾ CCRFA, 6 juillet 2010, *Honeywell*, 2 BVerfGE 2661/06, rendu en réponse à C.J., 12 juillet 2012, arrêt *Solvay SA c. Honeywell Fluorine Products Europe BV e.a.*, C-616/10, EU:C:2012:445.

⁽¹¹⁴⁾ R. SCHÜTZE, *op. cit.*, pp. 207-211.

⁽¹¹⁵⁾ CCRFA, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, 2 BVerfGE 2/08 et G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, p. 206.

⁽¹¹⁶⁾ R. SCHÜTZE, *op. cit.*, pp. 212-213.

⁽¹¹⁷⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, pp. 205-207.

⁽¹¹⁸⁾ CCRFA, ord., 14 janvier 2014, *Gauweiler*, 2 BvR 2728/13 ; voy. également av. gén. P. Cruz Villalón, concl. préc. arrêt *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:7, points 30-69, spéc. points 45-46 : « [le] fait qu'il revient à la Cour [de justice] de donner son

Cette fois, cela impliquerait non seulement un contrôle de la validité de l'acte de droit dérivé qui serait éventuellement adopté *ultra vires*, tel qu'il a été exposé ci-dessus, mais aussi la vérification que l'acte litigieux ne porte pas atteinte à l'identité constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne, la *Kompetenz-Kompetenz* étant un élément constitutif de celle-ci. Pour ce faire, la Cour constitutionnelle allemande devrait nécessairement interpréter le contenu de l'identité constitutionnelle qui, contrairement à la vision de l'Union, ne pourrait pas être mise en balance avec d'autres intérêts, quels qu'ils soient⁽¹¹⁹⁾, et dont l'Allemagne devrait pouvoir décider sans intervention de la part de l'Union, conformément à l'article 4, § 2, TUE.

Dans l'hypothèse où les compétences de contrôle de la Cour de justice et de la Cour constitutionnelle allemande ne coïncident pas tout à fait, cette dernière pourrait maintenir sa compétence pour exercer ce double contrôle⁽¹²⁰⁾. Autrement dit, les deux Cours seraient compétentes pour interpréter la notion d'identité constitutionnelle relevant *a priori* du droit européen, ce qui constituerait une exception à l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice d'interpréter le droit européen⁽¹²¹⁾.

4. EXCEPTION À LA PRIMAUTÉ DU DROIT EUROPÉEN : LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE NATIONALE ?

Selon le Conseil constitutionnel français⁽¹²²⁾, l'identité constitutionnelle serait une exception à la primauté du droit de l'UE. Ainsi, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives européennes, le Conseil constitutionnel se réserverait le droit de méconnaître l'exigence de transposition d'une directive et, par conséquent, la primauté du droit européen, afin de préserver l'identité constitutionnelle de la France⁽¹²³⁾.

Cependant, le fait d'invoquer une disposition nationale, fut-elle d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire

interprétation, contraignante pour les juridictions nationales, du droit de l'Union dans le cadre du contrôle de l'acte litigieux [...] n'exclut pas [...] l'exercice d'un contrôle subséquent ("en outre") par le Bundesverfassungsgericht lorsqu'il est "manifeste" que l'acte litigieux a enfreint le principe d'attribution des compétences ».

⁽¹¹⁹⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, p. 206.

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, pp. 206-207.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, pp. 205-207.

⁽¹²²⁾ Cons. const. fr., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; Cons. const. fr., 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de la communication audiovisuelle* ; Cons. const. fr., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* ; Cons. const. fr., 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

⁽¹²³⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, pp. 203-204.

d'un État membre⁽¹²⁴⁾. En effet, même si les deux ont trait aux compétences de l'UE et des États membres, la primauté joue au niveau de la forme (hiérarchie des normes) alors que l'identité constitutionnelle intervient au niveau du fond (contenu des normes). Par conséquent, cette interprétation de l'identité constitutionnelle comme une exception à la primauté du droit européen n'est pas pertinente et n'a aucune incidence sur la primauté du droit européen⁽¹²⁵⁾, elle est donc écartée pour le surplus.

5. EXCEPTION À L'INTERPRÉTATION EXCLUSIVE EN DROIT EUROPÉEN : LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE NATIONALE

Pour sa part, la position de la Hongrie, exposée dans la première partie, consiste en ce que la Cour constitutionnelle hongroise serait compétente pour interpréter le contenu de l'identité constitutionnelle hongroise au regard de la constitution historique du pays afin de garantir que l'exercice des compétences dans le chef de l'Union ne porte pas atteinte à l'identité constitutionnelle de la Hongrie⁽¹²⁶⁾.

À cet égard, même si la jurisprudence récente⁽¹²⁷⁾ de la Cour de justice implique que « *the national constitutional identities, and components thereof, of the Member States, cannot be contrary to the identity of the EU* »⁽¹²⁸⁾, nous sommes encore loin d'une clarification suffisante pour faire disparaître les résistances nationales. En conséquence, faute de décision prononcée par la Cour de justice à propos de cette controverse au sujet des limites du droit de l'Union européenne, il n'est pas étonnant que les cours constitutionnelles nationales essayent de remédier à cette instabilité juridique⁽¹²⁹⁾ en leur propre faveur. Par tant, à l'heure de l'écriture de ces lignes, il n'est pas (encore) possible, en droit de l'Union européenne, de critiquer la Hongrie sur le fondement de sa conception de l'identité constitutionnelle.

⁽¹²⁴⁾ C.J. (gde ch.), 20 février 2013, arrêt *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, C-399/11, EU:C:2013:107, point 59.

⁽¹²⁵⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, p. 204.

⁽¹²⁶⁾ Voy. *supra*, art. E, al. 2, de la Loi fondamentale hongroise et Cour constitutionnelle hongroise, 5 décembre 2016, n° 22/2016 (XII. 5.). Même si la Cour constitutionnelle hongroise cible l'identité constitutionnelle fondée sur la constitution historique et non la sauvegarde des clauses d'éternité, l'influence allemande sur la position hongroise est clairement identifiable, voy. A. VINCZE et N. CHRONOWSKI, *op. cit.*, pp. 300-301.

⁽¹²⁷⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), précité et C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précité.

⁽¹²⁸⁾ P. FARAGUNA et T. DRINÓCZI, « Constitutional Identity in and on EU Terms », *Verfassungsblog*, 21 février 2022, disponible sur <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> (consulté le 26 novembre 2022).

⁽¹²⁹⁾ G. MARTI, « L'exception fondée sur l'identité constitutionnelle, reflet de la spécificité de l'UE », précité, p. 213.

Titre II. Le cadre normatif de l'Union européenne relatif à l'État de droit

En vertu de l'article 19, § 1^{er}, TUE, tant la Cour de justice de l'Union européenne que les juridictions nationales participent à l'exercice du pouvoir judiciaire de l'Union, ce qui constitue une manifestation éloquent du caractère « interconnecté de l'écosystème juridique »⁽¹³⁰⁾. Cette interconnexion suppose l'existence d'une confiance mutuelle dans le respect de l'État de droit et exige un contrôle juridictionnel indépendant et impartial afin de garantir la mise en œuvre effective, adéquate et harmonieuse du droit européen dans chacun des États membres. Ainsi, toute perturbation de cet équilibre risque d'affecter le fonctionnement de l'ensemble de l'ordre juridique de l'Union européenne, voire, tôt ou tard, de provoquer son effondrement⁽¹³¹⁾. Autrement dit, l'État de droit est non seulement une valeur partagée de l'Union, mais aussi une condition de sa survie. C'est la raison pour laquelle les tentatives d'écrasement de l'État de droit doivent impérativement être traitées, qu'elles soient symptomatiques, visant une ou plusieurs composantes du principe de l'État de droit, et/ou systémiques, affaiblissant l'État de droit de manière globale.

Dès lors, le présent titre passera en revue, dans un ordre croissant d'efficacité, l'inventaire des mécanismes visant à évaluer et à renforcer l'État de droit au sein de l'Union (section 1), ainsi que, dans le cas où ces derniers permettent d'y conclure, les mécanismes de sanction des violations de l'État de droit (section 2) et d'autres voies d'action dont dispose l'Union en lien avec l'État de droit (section 3).

Section I. Le préalable : les mécanismes d'évaluation et de renforcement de l'État de droit

Cette section dresse l'inventaire des mécanismes européens d'évaluation (A) et de renforcement (B) de l'État de droit en fonction de leur finalité principale ou unique.

A. LES MÉCANISMES VISANT PRINCIPALEMENT OU UNIQUEMENT À ÉVALUER L'ÉTAT DE DROIT AU SEIN DE L'UE

I. Dialogue annuel relatif à l'État de droit

Premièrement, le *dialogue annuel relatif à l'État de droit*⁽¹³²⁾ vise à créer un dialogue entre tous les États membres au sein du Conseil afin de

⁽¹³⁰⁾ L. PECH, *The Rule of Law in the EU : The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Working Paper n° 7, précité, p. 16.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*

⁽¹³²⁾ Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 16936/14, 3362^e réunion, Affaires générales, Bruxelles, 16 décembre 2014, pp. 20-21. Selon le communiqué de presse,

promouvoir et de préserver l'État de droit. Cependant, le Conseil s'appuie peut-être en vain sur le dialogue qui ne conduit qu'à une « absence totale de résultats tangibles » en raison du choix de sujets inadaptés aux enjeux relatifs à l'État de droit⁽¹³³⁾ et du manque de volonté de coopérer dont la Hongrie fait preuve.

2. Semestre européen

Deuxièmement, le *semestre européen* fournit un cadre pour la coordination des politiques économiques, budgétaires et sociales dans l'ensemble de l'Union européenne. Dans ce cadre, sur la base d'un rapport préparé par la Commission⁽¹³⁴⁾, le Conseil a adopté une recommandation par pays pertinente destinée à la Hongrie⁽¹³⁵⁾ que cette dernière a laissée sans réponse jusqu'à l'initiation de la procédure contenue dans le règlement 2020/2092 à son encontre, sur laquelle nous reviendrons.

3. Tableau de bord de la justice dans l'UE

Troisièmement, le *tableau de bord de la justice dans l'UE*⁽¹³⁶⁾ est un outil d'évaluation évolutif qui renseigne annuellement sur le degré d'indépendance des systèmes judiciaires nationaux au niveau de l'Union et constitue l'une des sources principales des rapports annuels de la Commission, sans pourtant renseigner les autres instances sur les conséquences systémiques des facteurs évalués.

le dialogue est fondé sur l'apport d'éléments concrets et a lieu dans le respect des principes d'objectivité, de coopération loyale, de non-discrimination et d'égalité de traitement de tous les États membres, sans préjudice du principe d'attribution des compétences et du respect des identités nationales des États membres inhérentes à leurs structures politiques et constitutionnelles fondamentales. En outre, le dialogue est institué en complémentarité avec les autres institutions européennes et les organisations internationales et il est tenu compte de leurs instruments et leur expertise.

⁽¹³³⁾ L. PECH, *The Rule of Law in the EU : The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Working Paper n° 7, précité, p. 24.

⁽¹³⁴⁾ Commission Staff Working Document, Country Report Hungary 2019, SWD(2019) 1016 final, 27 février 2019.

⁽¹³⁵⁾ Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la Hongrie pour 2019 et portant avis du Conseil sur le programme de convergence de la Hongrie pour 2019, 9 juillet 2019, *J.O.U.E.*, C 301/101, 5 septembre 2019.

⁽¹³⁶⁾ Mis en place par la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Le tableau de bord de la justice dans l'UE. Un outil pour promouvoir une justice effective et la croissance, COM(2013) 160 final, 27 mars 2013. Pour la dernière évaluation, voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Tableau de bord 2021 de la justice dans l'UE, COM(2021) 389 final, 8 juillet 2021.

B. LES MÉCANISMES VISANT PRINCIPALEMENT OU UNIQUEMENT À RENFORCER L'ÉTAT DE DROIT AU SEIN DE L'UE

1. Cadre pour l'État de droit

Quatrièmement, à titre de procédure « pré-article 7 » et en présence de menaces systémiques envers l'État de droit, la Commission peut activer le *cadre pour l'État de droit*⁽¹³⁷⁾ et initier un dialogue avec l'État membre en cause pour trouver une solution permettant d'éviter la mise en œuvre de l'article 7 du TUE. Après une évaluation effectuée par la Commission, cette dernière formule une recommandation destinée à l'État membre, lequel est chargé d'assurer le suivi de cette recommandation. Malgré son focus sur les menaces systémiques, le cadre n'a pas été mis en œuvre à l'encontre de la Hongrie.

2. Définition de l'État de droit

Cinquièmement, nous avons déjà évoqué la *définition consolidée à l'État de droit* que la Commission a proposée⁽¹³⁸⁾ dans la lignée de l'exigence de protection juridictionnelle effective et la concrétisation de l'État de droit, et qui sert de source d'inspiration tant pour la législation européenne (*cfr* art. 2 du règlement 2020/2092, précité) que pour le contrôle de la Cour de justice (*cfr* arrêts C-156/21 et C-157/21, précités).

3. Cycle d'examen de l'État de droit et rapports annuels

Sixièmement, dans le cadre de son Plan d'action de 2019, la Commission établit le *cycle d'examen de l'État de droit*⁽¹³⁹⁾, dont le grand avantage est qu'il prévoit un *rapport annuel* relatif à la situation de l'État de droit dans

⁽¹³⁷⁾ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, COM(2014) 158 final, 11 mars 2014. Les menaces systémiques sont définies à la page 7 comme suit : « Il faut que l'ordre politique, institutionnel et/ou juridique d'un État membre en tant que tel, sa structure constitutionnelle, la séparation des pouvoirs, l'indépendance ou l'impartialité du pouvoir judiciaire ou le système de contrôle juridictionnel, y compris la justice constitutionnelle lorsqu'elle existe, soit menacé(e), par exemple en raison de l'adoption de nouvelles mesures ou de l'existence de pratiques répandues dans les autorités publiques, et de l'absence de voies de recours à l'échelon national. Le cadre sera activé lorsque les "mécanismes de protection de l'état de droit" nationaux ne sembleront pas en mesure de mettre fin à ces menaces. »

⁽¹³⁸⁾ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, Poursuivre le renforcement de l'État de droit au sein de l'Union. État des lieux et prochaines étapes envisageables, COM(2019) 163 final, 3 avril 2019.

⁽¹³⁹⁾ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Renforcement de l'État de droit au sein de l'Union. Plan d'action, COM(2019) 343 final, 17 juillet 2019.

les États membres⁽¹⁴⁰⁾ servant de fondement pour d'autres évaluations dans le cadre d'autres mécanismes. Cependant, étant donné qu'il s'appuie sur des sources d'information variées, allant des institutions étatiques aux organisations de la société civile présentant des visions potentiellement opposées, les rapports annuels ne parviennent pas nécessairement à des conclusions non équivoques à tous égards. En particulier, ces rapports annuels ne permettent pas de rendre compte de la nature systémique des violations de l'État de droit par la Hongrie, puisqu'ils ne parviennent pas à fournir le cadre plus large et la contextualisation nécessaire à la compréhension de l'ampleur desdites violations⁽¹⁴¹⁾. À nouveau, l'ambition de la Commission est à saluer, mais ce n'est qu'un demi-succès.

À ce stade, l'Union européenne ne dispose donc d'*aucun* mécanisme d'évaluation ou de renforcement qui permettrait de rendre compte des violations *systémiques* de l'État de droit par la Hongrie.

Section 2. L'action : les mécanismes de sanction des violations de l'État de droit

Dans cette section, nous découvrirons l'effet du défaut de mécanismes d'évaluation et de renforcement *systémiques* de l'État de droit sur l'efficacité des mécanismes de sanction.

Dans un premier temps, nous présenterons les sanctions « constitutionnelles », c'est-à-dire celles qui sont prévues par les traités, selon le degré d'implication de la Cour de justice de l'Union européenne dans le mécanisme de sanction : soit la Cour n'intervient pas (A), soit elle intervient mais elle n'est pas l'instance qui déclenche le mécanisme (B), soit elle est l'instance à l'origine de la sanction (C).

Dans un second temps, nous étudierons la nouvelle stratégie de l'Union européenne fondée sur des mécanismes qui n'ont pas été conçus initialement dans une finalité de protection de l'État de droit ; nous les classerons selon

⁽¹⁴⁰⁾ En ce qui concerne la Hongrie, voy. Document de travail des services de la Commission, Rapport 2020 sur l'État de droit. Chapitre consacré à la situation de l'État de droit en Hongrie, accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapports 2020 sur l'État de droit, La situation de l'État de droit dans l'Union européenne, SWD(2020) 316 final, 30 septembre 2020 ; Document de travail des services de la Commission, Rapport 2021 sur l'État de droit. Chapitre consacré à la situation de l'État de droit en Hongrie, accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapports 2021 sur l'État de droit, La situation de l'État de droit dans l'Union européenne, SWD(2021) 714 final, 20 juillet 2021.

⁽¹⁴¹⁾ P. BÁRD, *A Bizottság 2020. évi jogállamisági jelentésének értékelése*, pp. 3-4, disponible sur <http://www.ekint.org/alkotmanyossag/2021-05-06/bard-petra-a-bizottsag-2020-evi-jogallamisagi-jelentesenek-ertekelese> (consulté le 1^{er} avril 2022).

qu'ils comportent une conditionnalité explicite (D) ou implicite (E) relative à l'État de droit⁽¹⁴²⁾.

A. LES SANCTIONS CONSTITUTIONNELLES N'IMPLIQUANT PAS LA COUR DE JUSTICE

1. Volet prévention de l'article 7, § 1^{er}, TUE

Le volet prévention du mécanisme de protection des valeurs communes définies à l'article 2 du TUE, mieux connu sous l'appellation « procédure article 7 » ou encore « option nucléaire », se situe au plus haut niveau de protection des valeurs dites constitutionnelles de l'Union et vise à faire constater un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2, dont l'État de droit. Le mécanisme fait intervenir plusieurs instances avec une prise de décision finale par le Conseil à une majorité de 4/5, sans doute dans le but d'avoir un regard aussi avisé et consensuel que possible sur un enjeu d'une telle importance. Cependant, cette division du pouvoir décisionnel a pour effet que la procédure lancée contre la Hongrie en 2018⁽¹⁴³⁾ stagne à ce jour.

2. Volet sanction de l'article 7, §§ 2 à 4, TUE

L'étape suivante, qui n'a pas encore été franchie à l'encontre de la Hongrie, est le volet sanction de la « procédure article 7 ». Il vise, lors d'une première phase (§ 2), à faire constater la violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2 du TUE par le Conseil européen statuant à l'unanimité. Ensuite, lors d'une seconde phase (§ 3), le Conseil prononce à la majorité qualifiée une décision de suspension des droits découlant de l'application des traités, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de l'État membre en cause au sein du Conseil ; par contre, les obligations incombant à l'État membre en cause en vertu des traités restent contraignantes. Les développements au sujet de l'article 7, § 1^{er}, peuvent être réitérés ici *mutatis mutandis* en ce qui concerne l'unanimité exigée au sein du Conseil européen, qui ne serait éventuellement jamais atteinte en raison du soutien d'autres États membres à l'égard de celui en cause, entravant peut-être à jamais l'exécution du mécanisme.

⁽¹⁴²⁾ Classification empruntée de L. FROMONT et A. VAN WAAYENBERGE, « Trading rule of law for recovery? The new EU strategy in the post-Covid era », *European Law Journal*, vol. 27, n° 1-3, pp. 132-147.

⁽¹⁴³⁾ Résolution du Parlement européen relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, 2017/2131(INL), 12 septembre 2018. Notons que cette résolution du Parlement européen a fait l'objet d'un recours en annulation par la Hongrie devant la Cour de justice, rejeté par celle-ci, voy. C.J. (gde ch.), 3 juin 2021, arrêt *Hongrie c. Parlement européen*, C-650/18, EU:C:2021:426.

B. LA SANCTION CONSTITUTIONNELLE IMPLIQUANT EN PARTIE LA COUR DE JUSTICE

Le recours en manquement, prévu aux articles 258, 259 et 260 du TFUE, combine le recours juridictionnel et la nécessité d'une mise en œuvre effective du droit de l'Union, étendus au respect de l'État de droit. Sur l'initiative de la Commission, précédée éventuellement par celle d'un autre État membre, et après la mise en demeure de l'État membre en cause, la Cour de justice est saisie afin de constater un manquement à une des obligations qui incombent à l'État membre en cause en vertu des traités. Si l'État membre en cause ne se conforme pas à ses obligations, la Commission le met en demeure une deuxième fois avant de saisir à nouveau la Cour de justice, laquelle peut imposer le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à l'État membre en cause.

Depuis 2010, la Hongrie n'a fait l'objet que de six recours en manquement relativement à la retraite anticipée des juges⁽¹⁴⁴⁾, à la violation de l'indépendance de l'autorité de protection des données⁽¹⁴⁵⁾, à la modification de la loi relative au droit d'asile⁽¹⁴⁶⁾, à la liberté de l'enseignement⁽¹⁴⁷⁾, au financement des ONG depuis l'étranger⁽¹⁴⁸⁾ et à la criminalisation des organisations soutenant les demandeurs d'asile⁽¹⁴⁹⁾. Il s'agit de thématiques spécifiques certes éloquentes, cependant, il manque à nouveau l'explication contextuelle qui les relierait les unes avec les autres.

C. LES SANCTIONS INDIRECTES PAR LA COUR DE JUSTICE

I. Recours en annulation des actes de droit dérivé, articles 263 et 277 du TFUE

Lorsqu'elle est invitée à statuer sur un recours en annulation d'une norme comportant une dimension relative à l'État de droit, la Cour de justice peut saisir l'occasion pour qualifier la position du droit de l'Union à cet égard, tout comme elle l'avait fait dans les cas des recours en annulation de la résolution du Parlement européen relative à l'enclenchement de la procédure visée à l'article 7, § 1^{er}, du TUE⁽¹⁵⁰⁾ et le règlement 2020/2092

⁽¹⁴⁴⁾ C.J., 6 novembre 2012, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-286/12, EU:C:2012:687.

⁽¹⁴⁵⁾ C.J. (gde ch.), 8 avril 2014, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-288/12, EU:C:2014:237.

⁽¹⁴⁶⁾ C.J. (gde ch.), 17 décembre 2020, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-808/18, EU:C:2020:1029 ; loi LXXX de 2007 du 25 juin 2007 relative au droit d'asile, M.K., 29 juin 2007.

⁽¹⁴⁷⁾ C.J. (gde ch.), 6 octobre 2020, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-66/18, EU:C:2020:792.

⁽¹⁴⁸⁾ C.J. (gde ch.), 18 juin 2020, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-78/18, EU:C:2020:476.

⁽¹⁴⁹⁾ C.J. (gde ch.), 16 novembre 2021, arrêt *Commission européenne c. Hongrie*, C-821/19, EU:C:2021:930.

⁽¹⁵⁰⁾ C.J. (gde ch.), 3 juin 2021, arrêt *Hongrie c. Parlement européen*, C-650/18, EU:C:2021:426.

relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union⁽¹⁵¹⁾.

2. Renvoi préjudiciel, articles 19 TUE et 267 TFUE

Les développements relatifs au recours en annulation peuvent être réitérés *mutatis mutandis* au sujet du renvoi préjudiciel⁽¹⁵²⁾.

D. MÉCANISMES DE LA NOUVELLE STRATÉGIE COMPORTANT UNE CONDITIONNALITÉ EXPLICITE

1. Régime général de conditionnalité, règlement 2020/2092

En vigueur depuis janvier 2021, le régime général de conditionnalité, prévu par le règlement 2020/2092, est un nouveau mécanisme qui conçoit plusieurs types de violations de l'État de droit (art. 3) qui, lorsqu'elles portent atteinte ou risquent de porter atteinte à la bonne gestion financière du budget de l'Union ou à la protection des intérêts financiers de l'Union (art. 4), peuvent être sanctionnées par l'adoption de plusieurs types de mesures telles que la suspension des paiements, l'interdiction de contracter de nouveaux engagements juridiques ou la réduction d'un avantage économique (art. 5). Notons qu'il s'agit d'un mécanisme subsidiaire qui ne s'applique que si aucun autre mécanisme ne permet de mieux protéger le budget de l'Union (art. 6).

Par deux arrêts du 16 février 2022, la Cour de justice a rejeté les recours en annulation contre le règlement 2020/2092⁽¹⁵³⁾ et les lignes directrices sur l'application de celui-ci ont enfin été adoptées⁽¹⁵⁴⁾.

Dans le cadre de la procédure enclenchée contre la Hongrie fin avril 2022⁽¹⁵⁵⁾, la Commission a constaté des violations de l'État de droit, en particulier des principes de sécurité juridique et d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif concernant l'« incapacité chronique » à éviter les irrégularités lors des procédures de marchés publics, les conflits d'intérêts au sein des fon-

⁽¹⁵¹⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21), à lire avec C.J., *Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précités.

⁽¹⁵²⁾ À titre d'exemple, voy. C.J. (gde ch.), 23 novembre 2021, *Procédure pénale c. IS*, C-564/19, EU:C:2021:949.

⁽¹⁵³⁾ C.J., *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-156/21) et C.J., *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* (C-157/21), précités.

⁽¹⁵⁴⁾ Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'application du règlement (UE, Euratom) 2020/2092 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union*, 18 mars 2022, J.O.U.E., C 123/12. Voy. aussi la Résolution du Parlement européen sur l'État de droit et les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 2022/2535(RSP), 10 mars 2022, P9_TA(2022)0074.

⁽¹⁵⁵⁾ Commission européenne, *Proposition de décision d'exécution du Conseil relative à des mesures de protection du budget de l'Union contre les violations des principes de l'État de droit en Hongrie*, 18 septembre 2022, COM(2022) 485 final, 2022/0295(NLE), points 5 et 11 et s.

dations gestionnaires d'actifs (examinées au premier titre de la première partie) et la lutte contre la corruption⁽¹⁵⁶⁾. Pour la première fois, elle a permis de constater le caractère systémique de « [c]es lacunes, faiblesses, limites et risques recensés [qui] sont répandus et étroitement liés »⁽¹⁵⁷⁾. En ce sens, la Commission a proposé la suspension de 65 % des engagements pris dans le cadre de trois programmes de la politique de cohésion au titre du cadre financier pluriannuel 2021-2027 ou des engagements d'approbation, ainsi que l'interdiction de conclure de nouveaux engagements juridiques avec des fondations gestionnaires d'actifs⁽¹⁵⁸⁾.

En réponse, la Hongrie a proposé dix-sept mesures correctives⁽¹⁵⁹⁾ qui ont été traduites dans un pack de réformes correspondant à l'adoption de cinq lois modifiant une trentaine de lois « au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne »⁽¹⁶⁰⁾. Cette opération a fait l'objet

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibid.*, point 57.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*, point 58. Voy. aussi la Résolution du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2018/0902R(NLE)), 15 septembre 2022, P9_TA(2022)0324.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, points 154 à 156.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, point 82 : « i. Renforcer la prévention, la détection et la correction des actes illicites et irrégularités dans le cadre de la mise en œuvre des fonds de l'Union grâce à la création d'une nouvelle Autorité pour l'intégrité ; ii. Mettre en place un groupe de travail chargé de la lutte contre la corruption ; iii. Renforcer le cadre de lutte contre la corruption ; iv. Garantir la transparence de l'utilisation du soutien de l'Union par les fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public ; v. Introduire une procédure spécifique en cas d'infractions spéciales liées à l'exercice de l'autorité publique ou à la gestion de biens publics ; vi. Renforcer les mécanismes d'audit et de contrôle afin de garantir la bonne utilisation du soutien de l'UE ; vii. Réduire la part des procédures d'appels d'offres financées par des fonds de l'Union qui sont clôturées avec une soumission unique ; viii. Réduire la part des procédures d'appels d'offres financées par le budget national qui sont clôturées avec des soumissions uniques ; ix. Mettre au point un outil de déclaration des soumissions uniques permettant de suivre les marchés publics clôturés avec une soumission unique et d'en rendre compte ; x. Développer le système électronique de passation des marchés publics (EPS) afin d'accroître la transparence ; xi. Élaborer un cadre de mesure des performances évaluant l'efficacité et le rapport coût/efficacité des marchés publics ; xii. Adopter un plan d'action visant à accroître le niveau de concurrence dans le cadre des marchés publics ; xiii. Dispenser une formation destinée aux micro, petites et moyennes entreprises sur les pratiques en matière de marchés publics ; xiv. Mettre en place un régime d'aide destiné à compenser les coûts liés à la participation aux passations de marchés publics des micro, petites et moyennes entreprises ; xv. Appliquer Arachne ; xvi. Renforcer la coopération avec l'OLAF ; et xvii. Adopter un acte législatif garantissant une plus grande transparence des dépenses publiques ».

⁽¹⁶⁰⁾ Loi XXVII de 2022 du 4 octobre 2022 relative au contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 10 octobre 2022 ; loi XXVIII de 2022 du 4 octobre 2022 portant modification de certaines lois au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 10 octobre 2022 ; loi XXIX de 2022 du 4 octobre 2022 portant modification de certaines lois contenant des dispositions relatives aux fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public réalisant une mission de service public, à l'Office national des impôts et des douanes, et aux contrôles effectués par l'Office européen de lutte antifraude au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 10 octobre 2022 ; loi XXXI

d'une évaluation conjointe du Comité Helsinki Hongrie, de K-Monitor et de Transparency International Hungary, qui ont conclu à l'insuffisance substantielle des nouvelles mesures⁽¹⁶¹⁾. À l'issue de l'évaluation relative à l'avancement de la mise en œuvre des mesures correctrices proposées par la Hongrie, la Commission est parvenue à une conclusion similaire et a maintenu sa proposition relative aux trois mesures de protection du budget de l'Union⁽¹⁶²⁾.

E. MÉCANISMES DE LA NOUVELLE STRATÉGIE COMPORTANT UNE CONDITIONNALITÉ IMPLICITE

1. Facilité pour la reprise et la résilience, règlement 2021/241

La facilité pour la reprise et la résilience (FRR) est un instrument économique qui vise à octroyer des financements dans le but d'atténuer les conséquences économiques et sociales de la pandémie de Covid-19⁽¹⁶³⁾. Tout comme le régime général de conditionnalité, la FRR prévoit la suspension de tout ou partie des engagements ou des paiements lorsqu'il ressort de l'évaluation de la Commission que l'État membre ne met pas en œuvre une bonne gouvernance économique, déviant des intérêts financiers de l'Union⁽¹⁶⁴⁾.

2. Semestre européen

Déjà évoqué ci-dessus, le semestre européen adresse des recommandations par pays pertinentes aux États membres, notamment en ce qui concerne le renforcement de l'État de droit. Ainsi, nous pourrions imaginer que chaque politique de financement de l'Union européenne contienne une conditionnalité

de 2022 du 24 octobre 2022 portant modification de certaines lois contenant des dispositions relatives à la déclaration de patrimoine au regard du contrôle de l'utilisation des ressources budgétaires de l'Union européenne, M.K., 26 octobre 2022 ; loi XLIV de 2022 du 23 novembre 2022 relative à la Direction Générale de l'Audit des Aides Européennes et modifiant certaines lois adoptées à la demande de la Commission européenne afin d'assurer le bon déroulement de la procédure de conditionnalité, M.K., 24 novembre 2022.

⁽¹⁶¹⁾ Hungarian Helsinki Committee, K-Monitor, Transparency International Hungary, *Half-hearted promises, disappointing delivery. An Assessment of the Hungarian Government's New Measures to Protect the EU Budget and Related Recommendations*, 7 octobre 2022, disponible sur <https://transparency.hu/wp-content/uploads/2022/10/Assessment-of-measures-to-protect-EU-budget.pdf> (consulté le 26 novembre 2022).

⁽¹⁶²⁾ Communication de la Commission au Conseil sur les mesures correctives notifiées par la Hongrie au titre du règlement (UE, Euratom) 2020/2092 pour la protection du budget de l'Union, 30 novembre 2022, COM(2022) 687 final, points 155-156.

⁽¹⁶³⁾ Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil établissant la facilité pour la reprise et la résilience, 12 février 2021, J.O.U.E., 18 février 2021, L 57/17, art. 4.

⁽¹⁶⁴⁾ Règlement 2021/241, précité, art. 10 et 19 ; voy. aussi L. FROMONT et A. VAN WAEYENBERGE, « Trading rule of law for recovery? The new EU strategy in the post-Covid era », précité, pp. 138-141.

relative à la mise en œuvre de ces recommandations parvenant à obtenir des réformes relatives à l'État de droit via des mécanismes économiques⁽¹⁶⁵⁾.

Conclusion intermédiaire

À la lumière des développements de la section 2, nous concluons à l'inefficacité relative des sanctions constitutionnelles et à l'efficacité potentielle de la nouvelle stratégie vis-à-vis des violations systémiques de l'État de droit par la Hongrie.

En particulier, nous identifions trois impasses normatives transversales au sujet des mécanismes de sanction constitutionnels.

Premièrement, nous remarquons que le degré d'efficacité du mécanisme de sanction constitutionnel est *proportionnel* au degré d'implication de la Cour de justice lors de la procédure et *inversement proportionnel* à l'importance du niveau de protection des valeurs constitutionnelles de l'Union.

D'un côté, plus la Cour de justice est impliquée dans le mécanisme de sanction constitutionnel, plus ce dernier est efficace. *Primo*, la Cour de justice n'intervient pas dans la procédure prévue à l'article 7 du TUE, qu'il s'agisse du volet prévention ou du volet sanction, et effectivement, la procédure enclenchée contre la Hongrie stagne depuis sa mise en œuvre. *Secundo*, dès que c'est à son tour, la Cour de justice statue avec son efficacité habituelle sur les recours en manquement, après avoir « attendu » que la Commission ait mis deux fois en demeure l'État membre en cause. *Tertio*, n'étant pas « ralenti » par l'appréciation de la Commission, le recours en annulation et le renvoi préjudiciel fonctionnent également avec leur degré d'efficacité habituel.

De l'autre côté, plus la Cour de justice est impliquée dans le mécanisme de sanction constitutionnel, plus ce dernier s'éloigne du niveau de protection le plus élevé des valeurs constitutionnelles de l'Union. En effet, la procédure de l'article 7 du TUE concerne les violations des valeurs communes visées à l'article 2 du TUE, alors que le recours en manquement vise les manquements aux obligations découlant des traités qui peuvent également être d'une nature autre que constitutionnelle et, quant à eux, le recours en annulation et le renvoi préjudiciel ne contrôlent qu'indirectement le respect de ces valeurs.

Deuxièmement, nous observons que l'importance constitutionnelle de l'enjeu, en l'espèce, la sauvegarde de l'État de droit au sein de l'Union, est *inversement proportionnelle* à l'efficacité décisionnelle qui s'y rapporte. En effet, il n'est pas surprenant qu'un haut niveau de protection des valeurs constitutionnelles implique le plus grand nombre d'institutions dans la mise en œuvre

⁽¹⁶⁵⁾ L. FROMONT et A. VAN WAeyENBERGE, « Trading rule of law for recovery? The new EU strategy in the post-Covid era », précité, p. 139.

du mécanisme de sanction constitutionnel⁽¹⁶⁶⁾, bien que la complexification de la prise de décision ne soit pas nécessairement avantageuse sur le plan de l'efficacité.

Troisièmement, nous constatons que malgré son omniprésence au niveau des mécanismes relatifs à l'État de droit, la Commission demeure fort inactive.

Bien qu'elle ne soit qu'une parmi les trois instances à l'origine de l'initiative enclenchant la procédure prévue à l'article 7 du TUE et qu'elle n'y intervienne plus, c'est toujours la Commission qui est à l'origine des deux « procédures article 7 ». De même, c'est la Commission qui renvoie l'affaire à la Cour de justice. En ce qui concerne les mécanismes d'évaluation et de renforcement de l'État de droit, la Commission est à l'origine du tableau de bord de la justice dans l'UE, c'est elle qui adopte le cadre de l'État de droit et qui rédige les rapports annuels par pays sur l'État de droit. Il semblerait donc que la Commission cherche à multiplier les occasions pour son intervention et à éliminer ces occasions pour les autres⁽¹⁶⁷⁾.

Or, ayant identifié les failles de ces mécanismes, c'est en partie en raison de (l'absence de) l'intervention de la Commission que l'efficacité des mécanismes est réduite. À sa décharge, du moins partielle, sa tâche n'est point facilitée par l'information dont elle pourrait disposer grâce aux mécanismes d'évaluation et de renforcement qu'elle a créés et qui ne traitent pas des violations de l'État de droit de manière systémique.

A contrario, dans le cadre de la nouvelle stratégie de l'Union ou de la voie financière ou budgétaire encore peu développée, empruntée suite à l'impasse à laquelle la voie constitutionnelle ou institutionnelle a mené, il semblerait que cette fois, l'Union ne se laissera pas faire et que le régime général de conditionnalité pourra conserver son potentiel à « frapper là où ça fait le plus mal ».

Toutefois, nous précisons que la Commission, à nouveau à l'origine de la mise en œuvre du régime général de conditionnalité, pourrait sombrer dans l'apathie de la même manière que lors de la mise en œuvre des sanctions constitutionnelles. De même, nous signalons qu'une protection sélective de certaines composantes de l'État de droit pourrait avoir pour effet que les composantes « pures » soient reléguées au second plan par rapport aux composantes économiquement « intéressantes »⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ Procédure de l'article 7, §§ 1^{er} et 2 à 4, du TUE – potentiellement quatre ; recours en manquement – deux ; recours en annulation et renvoi préjudiciel – la Cour de justice seule.

⁽¹⁶⁷⁾ Par exemple, la Commission a rejeté la proposition du Parlement européen d'instaurer un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, voy. Résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, 2015/2254(INL), 25 octobre 2016. Néanmoins, les tensions interinstitutionnelles de l'Union dépassent l'objet de notre analyse purement normative.

⁽¹⁶⁸⁾ L. FROMONT et A. VAN WAEYENBERGE, « Trading rule of law for recovery? The new EU strategy in the post-Covid era », précité, p. 143.

Section 3. D'autres voies d'action envisageables

Dans la présente section, nous explorons quelques voies d'action de l'Union européenne qui ne constituent pas expressément des mécanismes relatifs à l'État de droit, mais qui pourraient contribuer, directement ou indirectement, au renforcement de celui-ci.

I. MODIFIER LES TRAITÉS

Une première voie d'action serait la révision des traités. D'une part, cette révision pourrait avoir lieu dans le but de renforcer, *de manière transversale*, la protection de l'État de droit et d'autres valeurs fondamentales de l'Union. D'autre part, nous pourrions envisager une révision des *procédures* relatives aux mécanismes constitutionnels de sanction des violations de l'État de droit, avec un allègement des conditions de majorité, une diminution du nombre d'instances intervenant dans la prise de décision, ou encore une diminution du caractère incontournable de l'article 7 du TFUE qui bloque la création d'autres sanctions⁽¹⁶⁹⁾ du même niveau de protection mais éventuellement plus efficaces. Par contre, l'exigence de majorité pour la révision des traités constitue une faiblesse importante de cette solution.

2. MAINTENIR LE STATU QUO

Une solution peu constructive consisterait à ne pas traiter le problème des exigences de l'État de droit qui ne sont pas rencontrées par certains États membres. À cet égard, une indifférence totale ne serait pas viable en raison de l'interconnexion qui caractérise l'ordre juridique de l'Union et provoquerait son effondrement.

L'hypothèse d'une coopération renforcée, dans les conditions des articles 20 du TUE et 326 à 334 du TFUE, entre États membres qui partagent effectivement, et non seulement formellement, les valeurs communes à l'Union européenne, serait techniquement viable. Cependant, procéder de cette manière serait non seulement regrettable, mais conduirait également à une dissonance cognitive considérable par rapport à la valeur fondamentale de l'Union qu'est l'intégration.

⁽¹⁶⁹⁾ Un des arguments principaux de la Hongrie à l'encontre du régime général de conditionnalité s'appuyait justement là-dessus dans l'affaire *Hongrie c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* du 16 février 2022, précitée.

3. S'APPUYER SUR LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, TUE, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait partie du droit primaire au même titre que les traités. Néanmoins, il s'agit d'un instrument à la portée quelque peu complexe.

D'un côté, en son article 51, § 1^{er}, il est précisé que les dispositions de la Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union, ainsi qu'aux États membres, mais uniquement lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'Union. Cela couvre l'application du droit primaire, des règlements et des décisions, la transposition d'une directive, l'application du droit national résultant de la transposition d'une directive ou lié à une directive transposée⁽¹⁷⁰⁾. Par contre, les droits fondamentaux garantis par la Charte n'ont pas vocation à s'appliquer en dehors de ces situations, ce qui signifie que la Cour de justice « ne peut apprécier, au regard [des droits fondamentaux garantis par] la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union »⁽¹⁷¹⁾.

De l'autre côté, l'article 52 de la Charte distingue entre, d'une part, des *droits*, directement invocables devant les juridictions, et, d'autre part, des *principes*, nécessitant une mise en œuvre par la législation de l'Union et des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union pour pouvoir être invoqués devant une juridiction (§ 5). À cet égard, il n'existe pas de liste claire qui permettrait de qualifier les dispositions de la Charte de principe ou de droit, c'est la Cour de justice qui effectue la qualification au cas par cas : dès qu'une disposition est suffisamment claire et inconditionnelle, elle sera qualifiée de droit directement invocable qui ne nécessitera donc pas l'adoption d'une législation pour pouvoir être mise en œuvre⁽¹⁷²⁾.

Les violations systémiques de l'État de droit peuvent être abordées sous l'angle des droits fondamentaux. Toutefois, il importe tout d'abord de noter que les deux concepts sont mis sur un pied d'égalité par l'article 2 du TUE à titre de valeurs fondamentales qui ne se recoupent pas entièrement. Quatre hypothèses sont envisageables.

Premièrement, nous pourrions considérer que *l'État de droit comprend par définition* les droits fondamentaux⁽¹⁷³⁾, ce qui nous fait retomber dans les impasses normatives constitutionnelles exposées ci-dessus.

⁽¹⁷⁰⁾ Voy. C.J. (gde ch.), 26 février 2013, arrêt *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibid.*, § 19.

⁽¹⁷²⁾ À titre d'exemple, le droit à une limitation de la durée maximale du travail, à des périodes de repos journalier et hebdomadaire et à une période annuelle de congés payés, garanti par l'article 31, § 2, de la Charte, est qualifié comme droit, voy. C.J. (gde ch.), 6 novembre 2018, arrêt *Stadt Wuppertal c. Maria Elisabeth Bauer et Volker Willmeroth c. Martina Broßonn*, C-569/16 et C-570/16, EU:C:2018:871, § 85.

⁽¹⁷³⁾ Voy. la définition consolidée de l'État de droit, précitée : « les autorités publiques agissent toujours dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de la démocratie et des droits

Deuxièmement, nous pourrions considérer que les droits fondamentaux englobent un droit au respect de l'État de droit. À part la seule mention de l'État de droit dans son préambule, la Charte ne contient pas de disposition relative à un tel droit. Il en résulte que le respect de l'État de droit « pur » ne peut être contrôlé sur la base unique des droits fondamentaux en droit de l'Union.

Troisièmement, nous pourrions envisager la *coexistence* de l'État de droit avec les droits fondamentaux, ce qui correspond à la pratique actuelle et au contrôle « habituel » ou « de principe » de la Cour de justice ayant trait au respect des droits fondamentaux à titre principal et seulement de manière *incidente* ou à titre subsidiaire à celui de l'État de droit.

Quatrièmement, indépendamment de notre choix d'approche, les normes de droit national qui se caractérisent par la coexistence des deux notions dans leur chef, mais qui ne relèvent pas de la mise en œuvre du droit de l'Union, *échappent* de toute manière au contrôle sur la base de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela est d'autant plus vrai pour les violations systémiques dont la constatation est encore moins aisée.

Par conséquent, à part la troisième hypothèse qui ne fournit aucune plus-value au *statu quo*, la solution d'appui sur la Charte est techniquement impossible à appliquer.

4. REMÉDIER À L'INACTION DE LA COMMISSION

Premièrement, il pourrait être envisagé de *scinder la pratique* de la Commission en établissant une distinction claire entre les recours en manquement concernant des manquements « généraux » aux obligations découlant des traités et ceux qui concernent les valeurs communes constitutionnelles de l'article 2 du TUE⁽¹⁷⁴⁾, à l'instar des lignes directrices en droit administratif. Ainsi, pour les manquements généraux, la Commission pourrait garder son attitude sélective (ou compétence « discrétionnaire ») en vue de préserver sa réputation de sévérité en la matière, tandis que pour les manquements impliquant l'article 2, nous pourrions envisager un filtrage moins sélectif, ou encore une « automatisation » du renvoi vers la Cour de justice (ou compétence « liée »). L'avantage en serait que la Cour de justice aurait davantage l'occasion d'affiner la notion d'État de droit à travers sa jurisprudence, renforçant la protection de celui-ci. L'inconvénient en serait une éventuelle perte d'autorité et la relativisation de la gravité de la mise en œuvre du mécanisme. Néanmoins, dans l'état actuel des choses, la volonté de minimisation des risques dans le chef de la Commission est certainement contre-productive en ce qui concerne l'État de droit.

fondamentaux » et « contrôle juridictionnel effectif y compris le respect des droits fondamentaux ».
(174) D. HEGEDŰS, « Az uniós értékek védelmének politikai-intézményi háttere. Avagy miért nem volt képes az Európai Unió érdemben fellépni a demokratikus normák leépülésével szemben Magyarországon », *Fundamentum*, vol. 2-3, 2020, p. 15.

Deuxièmement, un *recours en carence* pourrait être intenté contre la Commission dans les conditions de l'article 265 du TFUE et dans le cas où, en violation des traités et malgré l'invitation à agir, elle s'abstient de statuer⁽¹⁷⁵⁾.

Troisièmement, la Commission pourrait adopter une approche plus constructive à l'égard des *initiatives du Parlement européen* visant à défendre les valeurs communes inscrites à l'article 2 du TUE. À cet effet, la Commission pourrait s'appuyer sur les résolutions du Parlement européen⁽¹⁷⁶⁾ et sur le soutien politique de ce dernier pour envisager des possibilités d'action politique, au lieu de se résoudre à s'en abstenir.

5. POURSUIVRE LA CRÉATION D'UN SECOND BLOC DE SANCTIONS FINANCIÈRES DES VIOLATIONS (SYSTÉMIQUES) DE L'ÉTAT DE DROIT

Dans la continuité du régime général de conditionnalité, outre la conditionnalité qui pourrait renforcer la mise en œuvre des recommandations par pays pertinentes issues du semestre européen, nous pourrions envisager notamment le renforcement du rôle de l'OLAF sur la base des articles 310, § 6 et 325 du TFUE et au moyen de l'extension, par le droit dérivé, de ses prérogatives relatives à l'enquête sur les fraudes au détriment du budget de l'UE et sur les affaires de corruption⁽¹⁷⁷⁾. Dans ce cadre, l'Union pourrait également adopter un instrument législatif permettant la collaboration entre l'OLAF et le Parquet européen nouvellement institué même lorsque l'État membre en cause n'y prend pas partie (ce qui est actuellement le cas de la Hongrie).

⁽¹⁷⁵⁾ À titre d'exemple, une telle invitation à agir est contenue dans Résolution du Parlement européen sur l'État de droit et les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 2022/2535(RSP), 10 mars 2022, P9_TA(2022)0074. Voy. aussi R. SCHÜTZE, *op. cit.*, pp. 388-390.

⁽¹⁷⁶⁾ Résolution du Parlement européen sur la loi hongroise sur les médias, 10 mars 2011, P7_TA(2011)0094 ; Résolution du Parlement européen sur la constitution hongroise révisée, 5 juillet 2011, P7_TA(2011)0315 ; Résolution du Parlement européen sur les récents événements politiques en Hongrie, 2012/2511(RSP), 16 février 2012, P7_TA(2012)0053 ; Résolution du Parlement européen sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012), 2012/2130(INI), 3 juillet 2013, P7_TA(2013)0315 (sur la base du « rapport Tavares ») ; Résolution du Parlement européen sur la situation en Hongrie, 2015/2700(RSP), 10 juin 2015, P8_TA(2015)0227 ; Résolution du Parlement européen sur la situation en Hongrie, 2015/2935(RSP), 16 décembre 2015, P8_TA(2015)0461 ; Résolution du Parlement européen sur la situation en Hongrie, 2017/2656(RSP), 17 mai 2017, P8_TA(2017)0216.

⁽¹⁷⁷⁾ Le renforcement de la coopération avec l'OLAF a fait partie des demandes adressées à la Hongrie dans le cadre de la procédure relative au régime général de conditionnalité. Dans ce cadre, la Hongrie a créé le Bureau de coordination OLAF au sein de l'Office national des impôts et des douanes par la loi XXIX de 2022, précitée.

6. MULTIPLIER LES INTERVENTIONS LÉGISLATIVES PONCTUELLES DANS LE CADRE D'UNE INTÉGRATION POSITIVE

À côté du *rapprochement des législations* via le contrôle effectué par la Cour de justice, correspondant à une intégration négative dans le domaine constitutionnel du droit de l'UE, un traitement plutôt constructif du problème du non-respect de l'État de droit consisterait à procéder à une *harmonisation* via l'adoption d'instruments législatifs, correspondant à une intégration positive dans le but de parfaire le marché intérieur dans les conditions de l'article 114 du TFUE. En effet, « [l]e respect de l'État de droit est essentiel non seulement pour les citoyens de l'Union, mais aussi pour les activités des entreprises, l'innovation, l'investissement, la cohésion économique, sociale et territoriale et pour le bon fonctionnement du marché intérieur, qui ont besoin d'un cadre juridique et institutionnel solide pour prospérer pleinement »⁽¹⁷⁸⁾.

Par exemple, le droit dérivé adopté en ce sens pourrait établir au nom du marché intérieur des préférences administratives correspondant indirectement et en réalité à des exigences de respect de l'État de droit. Le cas du *plafonnement du prix* de six produits alimentaires de base par le gouvernement hongrois⁽¹⁷⁹⁾ nous servira d'illustration théorique. La *dimension liée à la violation de l'État de droit* est la composante de l'arbitraire du pouvoir exécutif qui consiste à adopter, dans l'exercice de sa compétence décrétaie étendue en raison de l'état de danger, une mesure économique de plafonnement de prix afin de renforcer le soutien de sa base électorale, composée majoritairement de petits pensionnés. La *mesure économique arbitraire* consiste à plafonner le prix du filet de poulet sous prétexte de l'inflation, alors que, par exemple, le prix de la cuisse de poulet continue à augmenter. La *dimension liée au marché intérieur* est que la préférence des consommateurs à l'égard du filet de poulet cause une augmentation du prix de la cuisse de poulet, dont ni la production, ni l'exportation ne sont plus rentables, ayant pour effet de créer une distorsion du prix de la cuisse de poulet au niveau de l'ensemble du marché intérieur et entravant potentiellement la libre circulation des marchandises. À cet effet, l'article 35 du TFUE prévoit l'interdiction des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation (« MEERQ-exportation »), c'est-à-dire de « toute réglementation (commerciale) des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce

⁽¹⁷⁸⁾ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, 16 décembre 2020, J.O.U.E., L 433 I/1, 22 décembre 2020, considérant 11.

⁽¹⁷⁹⁾ Décret gouvernemental n° 6/2022 (I. 14.) du 14 janvier 2022 relatif à l'application différente en état de danger de la loi LXXXVII de 1990 sur la fixation des prix, M.K., 14 janvier 2022. En vertu de ce décret, les prix du sucre blanc, de la farine de blé, de l'huile de tournesol, des cuisses de porc, du filet de poulet et du lait demi-écrémé sont fixés à leur niveau du 15 octobre 2021.

intracommunautaire »⁽¹⁸⁰⁾ ; le plafonnement des prix, tel que décrit ci-dessus, correspond à cette définition. Dès lors, si la Cour de justice devait contrôler cette mesure du gouvernement hongrois, ce dernier devrait invoquer une dérogation ou une exigence impérative – éventuellement plus convaincante que l'inflation – afin de justifier l'adoption de la mesure dont il lui incombera également de prouver l'aptitude et la nécessité. Ainsi, une harmonisation au niveau de l'UE, établissant des préférences administratives consistant à encadrer ou à modaliser la réglementation nationale relative au plafonnement des prix émanant du pouvoir exécutif, permettrait à la fois d'éviter l'atteinte décrite ci-dessus à la liberté de circulation des marchandises au sein du marché intérieur et de renforcer indirectement le respect de l'État de droit en Hongrie.

Un autre exemple serait l'adoption d'un instrument législatif au niveau de l'UE qui permettrait une harmonisation du statut des fondations. En effet, les fondations gestionnaires d'actifs d'intérêt public, réalisation des missions de service public, instituées en Hongrie, exercent une activité économique qui se distingue du but désintéressé « habituel » des fondations « normales ». Cependant, leur activité de gestion d'actifs ne répond pas aux critères d'activité économique en droit européen de la concurrence, à savoir, l'offre de biens et de services sur le marché (i), l'endossement du risque économique et financier lié à l'activité entreprise (ii) et la capacité de l'organisation en cause de générer une marge bénéficiaire (iii)⁽¹⁸¹⁾. Par conséquent, malgré l'atteinte qu'elles portent à l'État de droit, leur activité de gestion de sommes immenses et de biens ayant appartenu auparavant au patrimoine national, les fondations gestionnaires d'actifs *échappent totalement* aux réglementations du droit européen de la concurrence. De la sorte, la voie du droit dérivé pourrait être envisagée afin de leur imposer une certaine réglementation européenne qui, de manière incidente, contribuerait à atténuer la violation de l'État de droit par ces fondations gestionnaires d'actifs.

CONCLUSION

En arrivant au terme de notre analyse, nous contemplons un tableau plutôt sombre.

D'un côté, nous regardons la Hongrie, dont l'ordre juridique voit la confection du droit reposer sur un formalisme et sur une tendance à généraliser

⁽¹⁸⁰⁾ Sur l'évolution de la définition, voy. C.J.C.E., 11 juillet 1974, arrêt *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, 8-74, EU:C:1974:82 ; C.J.C.E., 20 février 1979, arrêt *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]*, 120/78, EU:C:1979:42 ; C.J.C.E., 8 novembre 1979, arrêt *P.B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 15/79, EU:C:1979:253 ; C.J. (gde ch.), 21 juin 2016, arrêt *New Valmar BVBA c. Global Pharmacies Partner Health Srl*, C-15/15, EU:C:2016:464 ; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 92-112.

⁽¹⁸¹⁾ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2020, pp. 114-115.

l'emploi des mécanismes d'exception. Premièrement, la création de la fondation gestionnaire d'actifs d'intérêt public réalisant des missions de service public alimente une vague perverse de privatisation des fonds publics et des biens nationaux en toute légalité. Deuxièmement, la majorité constitutionnelle et le régime d'exception sont deux outils juridiques qui, ensemble, ouvrent une gamme infinie de possibilités pour façonner un ordre juridique entier en fonction de n'importe quel intérêt politique. Troisièmement, la tentative de la Hongrie de légitimer son interprétation relative à un État de droit formaliste et à une identité constitutionnelle intouchable par l'Union compromet les fondements de l'intégration européenne.

De l'autre côté, nous regardons l'Union européenne, dont l'action normative est relativement limitée. À cet égard, la controverse relative à l'identité constitutionnelle entre les positions de l'Union européenne et les États membres exclut toute critique sur ce fondement à l'égard de la Hongrie. À l'inverse, même si l'État de droit dispose d'une définition univoque et nuancée en droit de l'Union européenne, son cadre normatif reste à améliorer. À l'heure actuelle, il n'existe aucun mécanisme d'évaluation ou de renforcement de l'État de droit au niveau de l'UE qui permettrait de rendre compte des violations systémiques de l'État de droit par la Hongrie. De même, les mécanismes de sanction constitutionnels sont confrontés à plusieurs impasses que, certes, une nouvelle lignée de sanctions financières pourrait potentiellement surmonter. En imaginant d'autres voies d'action contribuant indirectement au renforcement de l'État de droit, nous constatons que trois voies d'action permises par le cadre juridique actuel de l'UE ne sont pratiquement pas viables. Pour le surplus, l'une des solutions consiste en une prise de position politique risquée, l'autre n'a pas encore suffisamment mûri pour ressortir son plein potentiel. Finalement, c'est la solution la plus compliquée à mettre en œuvre qui semble être la réponse la plus constructive aux violations systémiques de l'État de droit.

Bien sûr, la réalité est plus complexe que la simple analyse normative que nous avons effectuée. À cet égard, la lutte interinstitutionnelle au sein de l'UE ainsi que la *creative compliance* dont la Hongrie fait preuve ne contribuent pas à améliorer l'efficacité de l'action de l'Union européenne. En tout état de cause, l'Union vient d'atteindre une limite dans son action normative – et la prochaine étape consiste à déterminer la nature de l'action à suivre.