

Analyse de la base légale
du programme européen de développement industriel
dans le domaine de la défense

par Frédéric Mauro

Avocat au barreau de Paris et au barreau de Bruxelles, établi à Bruxelles
Conseil en questions de défense européenne

Bruxelles le 22 janvier 2018

Le 6 juin 2017, la Commission a présenté une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le programme européen de développement industriel dans le domaine de la défense (EDIDP selon l'acronyme anglais) visant à soutenir la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'UE¹.

L'article 2 de cette proposition assigne au programme les objectifs suivants :

- a) renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union en soutenant des actions durant leur phase de développement ;
- b) soutenir et optimiser la coopération entre les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises, en ce qui concerne le développement de technologies ou de produits répondant aux priorités en matière de capacités de défense arrêtées d'un commun accord par les États membres au sein de l'Union ;
- c) favoriser une meilleure exploitation des résultats des travaux de recherche en matière de défense et contribuer à faire la jonction entre la recherche et le développement.

La base légale retenue pour cette proposition est l'article 173 du TFUE² qui fait partie du titre XVII (« industrie ») de la troisième partie (« Les politiques et actions internes de l'Union ») et qui dispose que :

- « 1. L'Union et les États membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées.
- « À cette fin, conformément à un système de marchés ouverts et concurrentiels, leur action vise à :
- accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ;
 - encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union, et notamment des petites et moyennes entreprises ;
 - encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises ;
 - favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique.

¹COM (2017) 294 final <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-294-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

²COM (2017) 294 final p. 3.

« 2. Les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions. La Commission peut prendre toute initiative utile pour promouvoir cette coordination, notamment des initiatives en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques. Le Parlement européen est pleinement informé.

« 3. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions des traités. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, peuvent décider de mesures spécifiques destinées à appuyer les actions menées dans les États membres afin de réaliser les objectifs visés au paragraphe 1, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

« Le présent titre ne constitue pas une base pour l'introduction, par l'Union, de quelque mesure que ce soit pouvant entraîner des distorsions de concurrence ou comportant des dispositions fiscales ou relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés. »

Dans l'analyse de la conformité de cette base légale aux traités de l'Union deux questions se posent :

- est-ce que la proposition est conforme dans son objectif et dans son contenu à l'article retenu comme base légale (exigence requise par la jurisprudence de la CJUE) ?
- est-ce que la mise en œuvre de cette proposition affecte l'application des procédures et l'étendue des attributions des institutions prévues par d'autres dispositions des traités pour l'exercice des compétences de l'Union (article 40 TUE) ?

I.- CONFORMITÉ A L'ARTICLE 173 DU TFUE

Il est établi selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que :

« (...) dans le cadre du système des compétences de la Communauté, le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel »³.

et que :

« Parmi de tels éléments figurent notamment, le but et le contenu de l'acte. »⁴.

Et de fait, chaque fois qu'elle en a été saisie, la Cour a pris soin de vérifier avec beaucoup d'attention que l'objectif et le contenu de l'acte étaient en conformité avec ceux de la base légale.

En outre, la Cour a pris soin de préciser que cette appréciation devait être effectuée au cas par cas et « non au regard de la base juridique retenue pour l'adoption d'autres actes communautaires présentant, le cas échéant, des caractéristiques similaires »⁵

³ Arrêt de la CJCE du 26 mars 1987, affaire 45/86 dite des « préférences tarifaires » - Commission contre Conseil des Communautés – point 11.

⁴ Arrêt de la CJCE du 11 juin 199, affaire 45/86 dite du « dioxyde de titane » Commission contre Conseil des Communautés – point 10.

⁵ Arrêt de la CJUE du 8 septembre 2009 (grande chambre), affaire C-411/06 (transfert de déchets) Commission des Communautés européennes et Parlement de l'Union européenne contre le Conseil de l'Union européenne – point 77.

A.- L'objectif de la proposition de règlement

1. L'objectif tel qu'il résulte de la proposition de la Commission

Observons, à titre liminaire, que ce dont il s'agit au travers de l'EDIDP est bien la « Recherche & Développement » ou R&D de défense et plus spécialement les travaux de *Développement* exécutés dans l'industrie. Le mot « développement » est du reste utilisé à chaque alinéa de l'article 2 de la proposition de règlement : « actions durant leur phase de *développement* (a) ; « en ce qui concerne le *développement* de technologies ou de produits » (b) « faire la jonction entre la recherche et le *développement* ».

En agissant ainsi sur les travaux de développements industriels, l'objectif est de déclencher, par effet de levier, une forte croissance des programmes en coopération entre les Etats membres, puisque parmi les critères d'attribution des financements prévus, les bénéficiaires doivent « démontrer que les Etats membres se sont engagés à produire et à acquérir le produit final ou la technologie finale conjointement et de manière coordonnée, notamment par des acquisitions conjointes le cas échéant » (article 10 e) de la proposition de règlement). Sans cette incitation, il a été démontré par la Commission, dans ses travaux préparatoires⁶, que ces programmes ne verraient probablement pas le jour.

Il s'agit donc bien ce faisant d'établir un pont entre la Recherche et Technologie ou R&T de défense – dont celle établie par « l'Action préparatoire de recherche de défense » prévue par le budget européen sur la période 2017-2019 et l'industrialisation proprement dite, dont la responsabilité incombe principalement aux Etats membres ; industrialisation dont il faut s'empresse de dire qu'elle n'est que la deuxième phase d'un projet industriel (celle de la production en série), la première étant précisément la R&D (qui va jusqu'aux étapes de qualification et de certification).

En agissant sur les niveaux intermédiaires de maturité technologique qui conduisent à la réalisation de prototypes et à la qualification, la Commission entend ainsi agir sur le segment le plus vulnérable du processus d'innovation qui intervient en général après ce que les scientifiques appellent le sixième niveau ou TRL 6 (*Technology Readiness Level*), celui des démonstrateurs technologiques, bien connu dans le domaine des *start up* comme étant celui dit de « la vallée de la mort », moment où les subventions publiques accordées à la recherche fondamentale disparaissent et où le projet devient fragile car les besoins de financement croissent pour développer les prototypes et les revenus sont encore inexistantes ou faibles. Qu'il nous soit permis d'observer qu'il s'agit d'un choix judicieux, car c'est bien en créant un « environnement favorable » à la R&D, pour reprendre l'expression de l'article 173, que l'effet de levier à attendre de l'action publique est le plus fort.

Pour autant, gardons à l'esprit que le processus d'innovation n'est pas un processus linéaire et qu'il n'y a pas – nécessairement – de continuité entre les projets qui feront l'objet de la R&T de défense et ceux qui s'inscriront dans la R&D de défense ce qui permettrait de mettre tout dans le même sac. Indubitablement, la R&D penche davantage du côté de l'industrie que de celui de la recherche.

Observons ensuite, que le raisonnement qui prévaut en matière de recherche de défense et qui a conduit à fonder l'action préparatoire de recherche de défense sur l'article 179 TFUE est le même qui prévaut en matière d'industrie⁷. Il est en effet facile d'observer que nulle part dans le titre XIX du TFUE, l'adjectif « civil » n'est accolé au mot « recherche », de la même façon qu'il n'est pas accolé au mot « industrie » ou « politiques d'innovation ». Or, en droit, comme en grammaire, c'est l'adjectif qui restreint le sens et son absence qui l'élargit. La preuve que la recherche de défense est autorisée par le traité réside dans le fait que le règlement relatif au programme de recherche de l'Union « Horizon 2020 » ait dû exclure de façon explicite la recherche de défense de son champ d'application⁸. On peut en déduire par *a contrario*, que si la recherche de défense avait été interdite par le Traité, il eût été inutile de le

⁶ Staff Working Document (2017) 228 final du 22 juin 2017

⁷ 'The Emergence of EU Defense Research Policy – From Innovation to Militarization' Springer 2017 –Ouvrage collectif – p. 301 et suiv. Frédéric Mauro: 'Toward an authentic European Defence Research Strategy – Legal aspects'.

⁸ Règlement (UE) n° 1291/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2013 portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation "Horizon 2020" (2014-2020) et abrogeant la décision no 1982/2006/CE 2. « Art 19 (2). - Les activités de recherche et d'innovation menées au titre d'Horizon 2020 se concentrent exclusivement sur les applications civiles. » http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/legal_basis/fp/h2020-eu-establaclt_en.pdf

prévoir expressément dans le règlement du programme cadre. *Mutatis mutandis*, il n'y a pas de doute sur le fait que « l'industrie de défense » fait partie intégrante de « l'industrie » tout court. Dès lors il ne saurait y avoir d'objection de principe à baser une action en faveur de celle-ci sur la base juridique consacrée à celle-là.

Ces observations liminaires étant effectuées, il nous est maintenant plus facile d'examiner l'objectif du programme au regard de l'article 173.

« Renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union en soutenant des actions durant leur phase de développement » (a) de l'article 2) c'est bien la même chose que concourir à « encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises de l'ensemble de l'Union » (art. 173. 1. deuxième tiret) et « accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels » (art. 173. 1. premier tiret) ;

L'objectif de « soutenir et optimiser la coopération entre les entreprises » (b) de l'article 2) répond quasiment mot pour mot à celui de : « encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises » (art. 173. 1. troisième tiret) sans omettre les petites et moyennes entreprises (art. 173. 1. deuxième tiret)

Enfin, « favoriser une meilleure exploitation des résultats des travaux de recherche en matière de défense et contribuer à faire la jonction entre la recherche et le développement » fait écho à l'objectif de « favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherche et de développement technologique » (art. 173. 1. quatrième tiret).

Il résulte de cette brève analyse que l'objectif assigné à l'EDIDP par la proposition de règlement de la Commission nous paraît en tous points conforme à celui défini par l'article 173 TFUE.

2. L'objectif tel qu'il pourrait résulter des modifications du Parlement et du Conseil

Au Parlement européen, devant lequel la proposition de la Commission est actuellement en cours d'examen, trente-sept amendements ont été déposés, visant à transformer, modifier ou préciser les objectifs de l'article 2⁹. En se situant exclusivement du point de vue qui nous occupe, à savoir la conformité de l'objectif du programme à l'article 173 TFUE, les amendements suivants :

- l'amendement n° 5 de la Commission AFET/SEDE saisie pour avis qui vise à modifier le chapeau introductif en lui substituant le texte suivant :

*Dans l'optique de renforcer la défense de l'Union, la collaboration entre ses États membres ainsi que la **liberté d'action**¹⁰ des États membres et de l'Union, et conformément aux priorités communes approuvées par les États membres en matière de capacités de défense,* les objectifs du programme sont les suivants :

- l'amendement n° 13 de la Commission ITRE saisie au fond, qui vise à modifier le a) de l'article 2 par le texte suivant :

⁹ Deux amendements de la Commission ITRE saisie au fond (n°s 13 et 14), quatre de la Commission AFET/SEDE (5, 6, 7 et 8), trois de la Commission IMCO (18, 19 et 20) et vingt-huit amendements émanant de parlementaires en leurs noms propres ou au nom de leur groupe (amendements n°s 208 à 236)

¹⁰ Le concept de « liberté d'action » est utilisé dans le langage stratégique français tel qu'il résulte du Livre blanc de 2008 (pp 69 et 133) pour désigner la composante industrielle de l'autonomie stratégique, à savoir la capacité d'effectuer les recherches nécessaires, puis de produire, de maintenir, de modifier, de vendre et d'exporter des équipements de défense. Voir également en ce sens Frédéric Mauro et Klaus Thoma *in* étude réalisée pour le Parlement européen, mars 2016 : 'the future of European Defence Research' p. 37 et Antoine Bouvier *in* Revue de l'école polytechnique (« la jaune et la rouge ») novembre 2017, p. 58 : « Coopération européenne, taille critique et autonomie stratégique ».

a) renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union et consolider l'autonomie stratégique de l'Union en matière de défense en soutenant des actions réalisées sur le territoire de l'Union durant leur phase de développement;

- l'amendement n° 19 de la Commission IMCO saisie pour avis qui vise à compléter le texte du c) de l'article 2 par le texte suivant :

c) favoriser une meilleure exploitation des résultats des travaux de recherche en matière de défense et contribuer à faire la jonction entre la recherche et le développement dans le respect des priorités en matière de capacités de défense convenues d'un commun accord entre les États membres de l'Union ;

- l'amendement n° 20 de la même Commission qui vise à insérer un c) bis ainsi rédigé :

c bis) favoriser la croissance d'une industrie de la défense européenne qui soit autonome et consolidée au sein du marché unique, tout en garantissant la sécurité de l'approvisionnement.

- les amendements 209, 210 et 211 des membres du Parlement, introduisent également la notion d'autonomie stratégique dans les objectifs visés au a) de l'article 2, ainsi que l'amendement n° 235 qui reprend le contenu de l'amendement n° 20 précité.

Pour ce qui le concerne, le Conseil de l'Union européenne a adopté son orientation générale le 12 décembre 2017 dont l'article 2 est ainsi rédigé :

« Les objectifs du programme sont les suivants :

« a) renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense dans l'ensemble de l'Union, ce qui contribue à l'autonomie stratégique de l'Europe, en soutenant des actions durant leur phase de développement ;

« b) soutenir et optimiser la collaboration entre les États membres et la coopération transfrontière entre les entreprises dans l'ensemble de l'Union, y compris les PME et les sociétés à moyenne capitalisation, en ce qui concerne le développement de technologies ou de produits en conformité avec les priorités en matière de capacités de défense arrêtées d'un commun accord par les États membres dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, tout en améliorant la souplesse des chaînes d'approvisionnement. Le cas échéant, les actions, initiatives et priorités régionales et internationales, y compris dans le contexte de l'OTAN, lorsqu'elles servent les intérêts de l'Union en matière de sécurité et de défense définis dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune, et compte tenu de la nécessité d'éviter les doubles emplois, peuvent également être prises en considération à cet égard dès lors qu'elles n'excluent pas la possibilité pour n'importe quel État membre d'y participer ;

« c) favoriser une meilleure exploitation des résultats des travaux de recherche en matière de défense et contribuer au développement à l'issue de la phase de recherche et, par conséquent, soutenir la compétitivité de l'industrie européenne de la défense sur le marché intérieur et le marché mondial, y compris par le biais de la consolidation, s'il y a lieu. »

Ces amendements et modifications envisagées soulèvent deux séries de questions.

a) Est-ce que le fait d'assigner au programme « l'autonomie stratégique » parmi ses objectifs altère sa conformité avec l'article 173 TFUE ?

La réponse peut faire débat, mais encore faut-il s'entendre au préalable sur ce qu'est l'autonomie stratégique¹¹.

Nous retiendrons ici la définition de l'autonomie stratégique la plus simple et la plus conforme à l'étymologie, comme étant la capacité d'un Etat à déterminer librement la façon de conduire la guerre selon ses propres règles. Nous serons néanmoins d'accord avec la doctrine la plus récente¹² pour dire que l'autonomie stratégique comporte trois composantes :

- une **composante politique** qui est la capacité de prendre librement des décisions de défense et de les mettre en œuvre ;
- une **composante opérationnelle** qui consiste à pouvoir planifier et conduire, à partir de ses propres informations et avec ses propres forces des opérations militaires et/ou civiles ;
- une **composante industrielle** qui est celle couverte par le concept français de « liberté d'action » précité et qui nous intéresse plus particulièrement ici.

Ceci étant dit, est-ce que l'objectif de « contribuer » (Conseil de l'UE) ou de « consolider » (Commission ITRE) « l'autonomie stratégique », ne fût-ce que dans sa composante industrielle, serait un objectif différent de celui de « renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union » ?

Il nous semble logique au contraire de penser que l'objectif de renforcement de l'autonomie stratégique dans sa dimension industrielle est inclus tout entier dans l'objectif de développement de la compétitivité et de la capacité d'innovation de la défense de l'Union. Ne peut-on voir le premier objectif comme un sous ensemble plus restreint du second ? En favorisant l'émergence des technologies critiques de nature à assurer l'autonomie stratégique le programme établira nécessairement les conditions favorables au développement de l'industrie de défense de l'Union voire de l'industrie tout court de l'Union, du fait de la porosité des technologies militaires et civiles.

En d'autres termes, le programme ne vise pas à favoriser toute l'innovation mais seulement l'innovation de défense et plus particulièrement celle destinée à assurer l'autonomie stratégique dont l'Union a besoin pour conduire ses opérations militaires de façon autonome. Dans tous les cas, il s'agit d'innovation et de compétitivité industrielle et par conséquent, l'adjonction de l'objectif de « liberté d'action » ou « d'autonomie stratégique industrielle » n'altère en rien la conformité de la proposition de règlement avec l'article 173.

¹¹ Le concept d'autonomie stratégique a été utilisé pour la première fois dans le Livre blanc sur la défense français de 1994, puis à nouveau dans le Livre blanc de 2008 où il a été défini comme la somme des trois libertés d'appréciation, de décision et d'action, cette dernière correspondant à la maîtrise industrielle de ses propres armes. Il a été repris dans le Livre blanc français de 2013 et de façon abondante dans la revue stratégique française de 2017. Il a également été employé au niveau européen depuis 2010 dans un rapport du Parlement européen sur « la mise en œuvre de la stratégie européenne de sécurité et la politique de sécurité et de défense commune » le 10 mars 2010 dont le rapporteur était M. Arnaud Danjean, puis dans la communication de la Commission de 2013 intitulée « vers un secteur de la défense et de la sécurité plus compétitif et efficace » et depuis lors dans la quasi-totalité des documents stratégiques européens. Il a fait depuis l'objet d'une abondante littérature doctrinale : Aude-Emmanuelle Fleurant et Yannick Quéau, note d'analyse du GRIP 1^{er} septembre 2014 : « l'industrie de défense française : une autonomie stratégique sous contrainte » ; Felix Arteaga, Tomas Jermalavicius, Alessandro Marrone, Jean-Pierre Maulny, Marcin Terlikowski rapport n° 8 du groupe ARES (Armament Industry European Research Group) novembre 2016 : « appropriate level of European Strategic Autonomy » ; Jolyon Howorth, Egmont policy brief, n° 85 mai 2017 : « Strategic autonomy and EU-NATO cooperation : squaring the circle » ; Gergely Varga, KKI studies 07/2017 « Towards European Strategic Autonomy – evaluating the new CSDP initiatives » ; Vincenzo Caporini, Keith Hartley, Jean-Pierre Maulny, Dick Zandee rapport ARES n° 22 de novembre 2017 ; Felix Arteaga, ARI 102/2017 Elcano Royal Institute 12 décembre 2017 : « Strategic autonomy and European defence » ; Ronja Kempin et Barbara Kunz – notes de l'Ifri/notes du Cerfa n° 141 décembre 2017 publication conjointe avec le SWP (Stiftung Wissenschaft und Politik) « France, Germany, and the Quest for European Strategic Autonomy ».

¹² Note de l'IFRI/SWP précitée de décembre 2017.

b) Est-ce que le fait de demander une coordination des actions, avec les plans capacitaires prévus par les Etats membres, prévus dans le cadre de la PESC ou dans tout autre cadre, altère la conformité du programme avec l'article 173 ?

Le concept d'autonomie stratégique est un concept relatif et contingent. Il est relatif, car il y a une grande variété de degrés dans l'autonomie et on peut l'être plus ou moins. Il est contingent, car il dépend de la question ultime : quelle guerre s'agit-il de mener de façon autonome ?

S'agit-il de la **défense territoriale** des Etats membres de l'Union européenne, qui est du ressort des Etats-membres eux-mêmes, de l'OTAN et, en dernier ressort, des forces de dissuasion des deux Etats européens dotés de l'arme nucléaire ?

S'agit-il de la « **défense commune** » visée à l'article 42 du TUE qui pourrait être décidée par le Conseil européen statuant à l'unanimité, et dont on peut imaginer, bien qu'elle ne soit pas définie, qu'il pourrait s'agir d'une défense intégrée et tous azimuts ou encore d'une « **défense européenne** » c'est-à-dire d'une défense de l'Union, par l'Union et pour l'Union ?

S'agit-il, comme souhaite le circonscrire le Conseil de l'UE, du concept plus modeste, mais plus réaliste, de « politique étrangère et de sécurité commune » (PESC) en ce qu'il inclut la « **politique européenne de sécurité et de défense** » (PSDC), entendue au sens de l'article 42 (1) du TUE comme une « capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires » pour des « missions en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale » en d'autres termes des opérations extérieures de gestion de crises.

S'agit-il enfin d'une « **Union européenne de défense et de sécurité** », termes utilisés lors de l'élaboration du traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE), puis tombés dans l'oubli et qui ont connu une seconde jeunesse avec l'établissement de la Coopération structurée permanente ? Bien que ce concept n'ait toujours pas été défini on peut imaginer qu'il pourrait couvrir aussi bien les opérations extérieures que la lutte contre le terrorisme à l'intérieur de nos frontières, la cyberguerre, et d'une façon générale l'ensemble des menaces évoquées dans le « niveau d'ambition de l'Union européenne » tel que fixé dans le plan de mise en œuvre de la Stratégie globale¹³.

En réalité le but stratégique recherché importe peu au juriste chargé d'examiner la conformité du dispositif même s'il est fondamental de le connaître pour ceux qui auront à conduire le programme. Le concept d'autonomie stratégique – qu'il soit défini ou non – ne contredit en aucune façon l'objectif de renforcer la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union. Il ne fait que le restreindre en le précisant et en le focalisant sur le but recherché.

Le fait que l'EDIDP puisse incidemment contribuer à la PESC/PSDC ne nous semble en rien interdit. Une telle contribution est même hautement souhaitable du point de vue de l'efficacité de la dépense publique, à la condition toutefois que cette contribution n'affecte pas les intérêts et les priorités de l'Union en matière de PESC, ce qui serait contraire à l'article 40 TUE, comme nous allons l'examiner plus bas.

Au demeurant, la réciproque est vraie : la mise en œuvre des dispositions du titre V concernant la PSDC, et en particulier le fait pour les Etats membres d'avoir établi entre eux la coopération structurée permanente, ambitionne de contribuer à la compétitivité de l'industrie de l'Union. C'est du reste ce que prévoit expressément l'article 173 point 3 : « L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 (politique industrielle), au titre des actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions *des traités* ». Le pluriel utilisé pour « traités » montre bien la complémentarité qui peut exister entre la PSDC et les autres politiques européennes, dans le respect des priorités et des procédures de chacune.

Sans que cela ait d'incidence sur la conformité du règlement par rapport aux traités observons toutefois le flou de la formule « priorités en matière de capacités de défense arrêtées d'un commun accord par les Etats membres dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune ». S'agit-il d'un document existant et si oui lequel (EUGS, LoA, CDP...) ? Ou bien d'un futur Livre blanc encore à écrire ?

¹³ Conclusions du Conseil de l'UE du 14 novembre 2016 14149/16 point 7 c)

B.- Le contenu de la proposition de règlement

L'examen de la conformité du contenu de la proposition de règlement EDIDP par rapport à l'article 173 nous semble plus facile à conduire.

En effet, l'article 3 fixe le budget du programme à 500 millions d'euros. L'article 3 prévoit que cette somme pourra être dépensée sous forme de subventions, d'instruments ou de marchés publics et que les types de financement seront choisis en fonction de leur capacité à atteindre les objectifs spécifiques des actions et à produire des résultats. L'article 5 liste les types d'instruments financiers susceptibles d'être utilisés.

L'article 6 définit les actions éligibles à un financement de l'Union, à savoir : la conception d'un produit, le prototypage, les essais, la qualification, la certification et enfin les études de faisabilité. Toutes ces actions constituent le lot commun de la R&D avant l'industrialisation et reflètent celles visées à l'article 173. De surcroît, le point 2 de ce même article 6 dispose que l'action considérée doit être mise en place dans le cadre d'une « coopération » d'au moins trois entreprises établies dans au moins deux Etats membres, ce qui concourt à l'objectif de « coopération entre entreprises » prévues par l'article 173.

L'article 7 définit les entités éligibles comme étant celles établies dans l'Union, détenues et contrôlées par des ressortissants des Etats membres et dont les infrastructures, installations, les biens et ressources sont situés sur le territoire de l'Union. Cette restriction du champ du programme aux entreprises de l'Union semble conforme au premier alinéa de l'article 173 du TFUE qui définit son champ d'application « à la compétitivité de l'industrie de l'Union ». Un élargissement du programme à toutes les entreprises, y compris celles qui ne font pas partie de « l'industrie de l'Union » serait vraisemblablement contraire à l'article 173 et encourrait la censure de la CJUE.

Notons toutefois, que l'article 7 prévoit que si les actions considérées sont mises en place dans le cadre de la coopération structurée permanente elles pourront bénéficier d'un financement majoré. L'article 11.2 prévoit que cette majoration peut atteindre 10 points de pourcentage. Ce « bonus » en faveur des actions menées dans le cadre de la PSDC/CSP conforte les propositions de modification suggérées par le Conseil de l'UE, dans le sens d'une coordination entre les actions choisies dans le cadre de l'EDIDP et les plans capacitaires susceptibles d'être établis dans le cadre de la PSDC.

L'article 10 établit les critères d'attribution des financements qui sont, de façon cumulative, l'excellence, la « contribution à l'innovation et au développement technologique des industries de la défense et, partant à l'encouragement de l'autonomie industrielle de l'Union dans le domaine des technologies de défense », la viabilité et enfin la contribution à la compétitivité de l'industrie européenne de défense, ce qui passe par la démonstration que les Etats membres se sont engagés à produire et à acquérir le produit final ou la technologie finale conjointement et de manière coordonnée.

Enfin, relevons que l'article 14 prévoit que « les fonds de l'Union sont alloués selon le règlement financier EU- Euratom 966/2012 sur la base des critères d'attribution précités. Ce dernier article, comme plusieurs autres dispositions fait directement écho au dernier alinéa de l'article 173 TFUE qui exclut que la politique industrielle mise en œuvre par l'Union puisse provoquer de quelconques « distorsions de concurrence ».

Il ressort ainsi clairement de l'analyse que, par son contenu, le règlement EDIDP concourt entièrement à la satisfaction de l'objectif fixé à l'article 173 TFUE.

Nous n'avons rien relevé dans les amendements émanant du Parlement européen ni dans le texte adopté par le Conseil de l'UE qui soit de nature à modifier cette appréciation.

II.- CONFORMITÉ À L'ARTICLE 40 DU TUE

Cette question mérite d'être examinée, dans la mesure où un amendement a été déposé devant le Parlement européen tendant au rejet de la proposition de règlement de la Commission au motif qu'il existerait de sérieux doutes sur sa base légale¹⁴. L'exposé des motifs soulève, de façon confuse mais néanmoins justifiée, la question de la conformité de la proposition de règlement à l'article 40 du TUE.

Rappelons que l'article 40 TUE dispose :

« La mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union visées aux articles 3 à 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

« De même, la mise en œuvre des politiques visées auxdits articles n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union au titre du présent chapitre. »

Le premier alinéa de cet article était anciennement l'article 47 du traité UE (traité de Maastricht) dont l'objectif était de protéger l'acquis communautaire résultant du traité CE (traité de Rome) de toute intrusion législative de la part des Etats membres¹⁵.

Lors de la longue élaboration du traité de Lisbonne, un second alinéa a été ajouté à l'article 40 afin de protéger de façon symétrique les actes des Etats membres pris sur la base du TUE dans le domaine de la PESC des décisions des instances communautaires au titre des politiques européennes, telles que, par exemple, la politique de coopération au développement.

C'est cette préoccupation qui pourrait être invoquée par les auteurs de l'amendement – à rebours des droits du Parlement – pour contester non pas la base légale, mais la conformité de la proposition de règlement EDIDP.

Afin d'examiner cette conformité, plusieurs étapes dans le raisonnement juridique s'imposent.

A.- La proposition de règlement EDIDP aurait-elle pu être fondée sur le titre V du traité UE relatif à la politique étrangère et de sécurité commune ?

Concernant la PESC proprement dite, l'article 25 du TUE dispose que :

« L'Union conduit la politique étrangère et de sécurité commune :

« a) en définissant les orientations générales ;

« b) en adoptant les décisions qui définissent :

« i) les actions à mener par l'Union ;

¹⁴ Amendement n° 35 – Martina Werner, Jens Geier, Constanze Krehl, Eugen Freund, Arne Lietz
L'amendement est ainsi motivé : *'There are serious doubts about the legal basis for the Programme. The Commission chose art. 173 TFEU as the single legal basis for the regulation. This neglects that the Programme has two different goals, one being the competitiveness and innovation capacity of the defence industry, the other being the improvement of the "strategic autonomy" of the Union (p. 2 in the Commission proposal). Art. 173 omits the second goal of the programme. As both goals are inextricably linked and none of them could be identified as inferior, the programme would need to have a dual legal basis. This is supported by ECJ ruling C-411/06 which clearly points out that a dual legal basis has to be taken as a starting point when two purposes are equal to each other.'*

¹⁵ Arrêt du 20 mai 2008 (grande chambre) dans l'affaire C-91/05 dit CEDEAO, Commission des Communautés européennes et Parlement de l'Union européenne contre le Conseil de l'Union européenne point 59 : « En prévoyant qu'aucune disposition du traité UE n'affecte les traités instituant les Communautés européennes ni les traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés, l'article 47 UE vise, conformément aux articles 2, cinquième tiret, UE et 3, premier alinéa, UE, à maintenir et à développer l'acquis communautaire. »

- « ii) les positions à prendre par l'Union ;
- « iii) les modalités de la mise en œuvre des décisions visées aux points i) et ii)
- « et
- « c) en renforçant la coopération systématique entre les Etats membres pour la conduite de leur politique. »

La définition d'orientations générales fait incontestablement partie du domaine de la politique internationale et de la diplomatie.

Les « actions à mener par l'Union », sont les « actions opérationnelles » de l'article 28 que l'Union entend mener « lorsqu'une situation internationale l'exige », c'est-à-dire les opérations de gestion de crise qui constituent l'essence même de la PESC/PSDC.

Quant aux « positions à prendre par l'Union », cette notion fait référence à l'article 29 du TUE qui dispose que : « le Conseil adopte des décisions qui définissent la position de l'Union sur une question particulière de nature géographique ou thématique. Les Etats membres veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions de l'Union ».

Même le « renforcement de la coopération systématique entre les Etats membres pour la conduite de la politique » semble concerner principalement les positions des Etats en matière de politique étrangère.

Dans ces conditions, ce serait sans aucun doute solliciter exagérément les textes que de fonder une politique industrielle, même réduite à sa composante R&D, sur une telle base légale.

A défaut de se fonder sur les dispositions spécifiques à la « politique étrangère », serait-il possible de considérer que l'action de l'Union puisse s'appuyer sur le volet « sécurité commune », c'est-à-dire la section 2 du chapitre 2 du titre V dédiée à la PSDC ?

Nous savons que la PSDC est définie par l'article 42 (1) du TUE comme le fait pour l'Union de disposer d'une « capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires » et de l'utiliser pour mener des « *missions en dehors de l'Union* » afin d'assurer « *le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale (...)* ». Il est entendu que cette capacité opérationnelle globale de l'Union repose sur les « *capacités fournies par les Etats membres* » afin d'exécuter lesdites missions.

Dans le but de renforcer ces capacités et donc la capacité autonome de l'Union, l'article 45 (1) TUE dispose que :

« L'Agence européenne de défense, visée à l'article 42, paragraphe 3, et placée sous l'autorité du Conseil a pour mission : (...)

« d) de *soutenir la recherche en matière de technologie de défense, de coordonner et de planifier les activités de recherche conjointes et des études de solutions techniques répondant aux besoins opérationnels futurs* ;

« e) de contribuer à identifier et, le cas échéant, de mettre en œuvre, toute mesure utile pour *renforcer la base industrielle et technologique du secteur de la défense et pour améliorer l'efficacité des dépenses militaires.* »

Dans ces conditions, il est difficile d'imaginer que la CJUE puisse conclure qu'aussi bien la finalité que le contenu du règlement vise à satisfaire les objectifs des articles 42 (1) et 45 TUE¹⁶ ne serait-ce que pour la raison que l'Agence européenne de défense (AED) n'est que peu impliquée dans le programme.

¹⁶ Il en irait différemment si, en vertu de l'article 42 (2) le Conseil avait décidé de la constitution d'une « défense commune », c'est-à-dire intégrée, car alors il serait possible de considérer le programme EDIDP comme un programme d'équipement des forces, dans sa partie recherche de défense.

La proposition de règlement n'assigne en effet que deux rôles à l'AED :

- celui de possible entité chargée de gérer une partie de l'exécution du programme :

« Considérant 6. La Commission peut confier une partie de l'exécution du programme à des entités visées à l'article 58, paragraphe 1, point c), du règlement (UE, Euratom) no 966/2012. Elle peut confier ce rôle à l'Agence européenne de défense, étant donné l'expertise de cette dernière dans le domaine. »

et

« Art. 4 point 3. L'assistance financière de l'Union est exécutée par la Commission conformément aux dispositions du règlement (UE, Euratom) no 966/2012 soit de manière directe, soit de manière indirecte en confiant des tâches d'exécution budgétaire aux entités énumérées à l'article 58, paragraphe 1, point c), dudit règlement. »

- celui d'observateur

« Considérant 22. Afin de mettre à profit son expertise dans le secteur de la défense, il convient que le statut d'observateur au sein du comité d'États membres soit accordé à l'Agence européenne de défense. »

et

« Art. 16.- La Commission est assistée par un comité. Ledit comité est un comité au sens du règlement (UE) n°182/2011. L'Agence européenne de défense est invitée en qualité d'observateur. »

Il faut admettre, même si on peut le regretter, que ce rôle est loin des ambitions de l'article 45 du TUE.

Si toutefois, pour les besoins de la démonstration, on suppose qu'il soit possible de fonder la proposition du règlement EDIDP sur la base du Titre V, c'est-à-dire admettre qu'il y a une dualité de base légale, alors il faudrait passer à la question suivante.

B.- S'il y a bien dualité de base légale, peut-on considérer qu'il y a une base prépondérante ?

La jurisprudence de la CJUE en cas de dualité de base légale est clairement établie depuis longtemps¹⁷. Comme la Cour l'a explicité dans son arrêt du 10 janvier 2006 (affaire C-178/03 Commission des Communautés européennes contre Parlement et Conseil) deux hypothèses sont à considérer :

« 42. Si l'examen d'un acte communautaire démontre qu'il poursuit une double finalité ou qu'il a une double composante et si l'une de celles-ci est identifiable comme principale ou prépondérante, tandis que l'autre n'est qu'accessoire, l'acte doit être fondé sur une seule base juridique, à savoir celle exigée par la finalité ou composante principale ou prépondérante (voir arrêts du 30 janvier 2001, Espagne/Conseil, C-36/98, Rec. p. I-779, point 59; du 11 septembre 2003, Commission/Conseil, C-211/01, Rec. p. I-8913, point 39, et du 29 avril 2004, Commission/Conseil, C-338/01, Rec. p. I-4829, point 55).

« 43. À titre exceptionnel, s'il est établi, en revanche, que l'acte poursuit à la fois plusieurs objectifs ou qu'il a plusieurs composantes, qui sont liés d'une façon indissociable, sans que l'un soit second et indirect par rapport à l'autre, un tel acte devra être fondé sur les différentes bases juridiques correspondantes (voir, en ce sens, notamment, arrêts du 19 septembre 2002, Huber, C-336/00, Rec. p. I-7699, point 31; du 12 décembre 2002, Commission/Conseil, C-281/01, Rec. p. I-12049, point 35, et du 11 septembre 2003, Commission/Conseil, précité, point 40).

¹⁷ Arrêt du 26 mars 1987 dans l'affaire 45/86 « préférences tarifaires » Commission contre Conseil des Communautés – points 11 et 13 ; arrêt de la Cour du 11 juin 1991 dans l'affaire C-300/89 Commission c/ Conseil des Communautés, points 10, 13, 17 et 21.

Pour établir s'il existe une base légale principale ou prépondérante, la Cour a utilisé occasionnellement la notion de « centre de gravité »¹⁸. Compte tenu de ce qui a été dit au A il semble difficile que la Cour puisse considérer que le centre de gravité de la proposition de règlement soit plus proche du titre V du TUE que de l'article 173 du TFUE et ce quand bien même le texte définitif prévoirait la prise en compte des plans capacitaires établis d'un commun accord entre les Etats membres. De telles modifications déplaceraient peut-être légèrement le centre de gravité du programme, mais n'en modifierait pas le contenu ni l'objectif prépondérant.

Si pour les besoins de la démonstration, on considère que le règlement EDIDP ne repose pas sur une base légale prépondérante et qu'au contraire il poursuit plusieurs objectifs et comporte deux composantes liées d'une façon indissociable, sans que l'une soit seconde et indirecte par rapport à l'autre, que se passerait-il alors ?

C.- Que se passerait-il si les bases légales sont inextricablement liées ?

Là encore deux hypothèses sont à considérer.

Lorsque les deux bases légales sont compatibles, l'acte doit être fondé sur les deux. C'est ce qu'avait considéré la Cour dans l'arrêt de 2006 précité. En l'occurrence elle avait annulé un règlement relatif à l'exportation et l'importation de produits chimiques dangereux car « il comportait, tant sur le plan de la finalité poursuivie par ses auteurs que sur celui de son contenu, deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre, relevant, l'une, de la politique commerciale commune et, l'autre, de la politique de protection de la santé humaine et de l'environnement. En application de la jurisprudence citée au point 43 du présent arrêt, ce règlement devait donc être fondé sur les deux bases juridiques correspondantes, soit, en l'occurrence, les articles 133 CE et 175, paragraphe 1, CE. » (point 56 de l'arrêt)

A contrario, le recours à une double base juridique est exclu lorsque « les procédures prévues pour l'une et l'autre de ces bases sont incompatibles et/ou lorsque le cumul de bases juridiques est de nature à porter atteinte aux droits du Parlement » (point 57 de l'arrêt de 2006). C'est ce que la Cour a jugé aux points 17 à 21 de l'arrêt Dioxyde de titane précité et également dans les arrêts du 25 février 1999, Parlement/Conseil, C-164/97 et C-165/97, point 14, et du 29 avril 2004, Commission/ Conseil, précité, point 57.

Il est évident que si les bases légales étaient inextricablement liées, nous serions dans cette seconde hypothèse puisque le Titre V du TUE est basé sur le principe de l'intergouvernementalité qui s'exerce au sein du Conseil et réduit à peu de choses le rôle du Parlement européen et de la Cour de justice de l'Union (article 24 (1) deuxième alinéa). Au contraire les décisions fondées sur l'article 173 se prennent conformément à la procédure législative ordinaire (article 173 point 3), ce qui confère aussi bien au Parlement, qu'à la CJUE et au Comité économique et social la plénitude de leurs attributions.

Dans ce cas, la Cour devrait apprécier la base légale qu'il conviendrait malgré tout de favoriser et nul ne peut prédire quelle serait sa décision. Mais compte tenu de ce qui a été dit aux points A et B il est peu probable que le raisonnement juridique conduisant à l'annulation puisse prospérer jusque-là.

Conclusion

Il résulte de tout ce qui précède que, selon nous, la proposition de règlement proposée par la Commission pour le règlement EDIDP est en tous points conformes aux traités européens et qu'il est improbable que la Cour de Justice de l'Union Européenne vienne à l'annuler pour erreur de base légale.

¹⁸ Arrêt du 11 juin 1991 C-300/89 précité, points 7 et 9 et Arrêt du 10 janvier 2006 précité point 40.