

Numérique et santé : des défis pour le système des compétences de l'Union européenne

*Professeur à l'Université Toulouse Capitole
Chaire Jean Monnet ad personam
IRDEIC¹*

Le « numérique en santé » marie efficacement dans ses applications les techniques du numérique et les objectifs de santé. La dimension européenne du numérique en santé ne peut faire l'économie d'une réflexion sur les bases juridiques, tant il est vrai que le système juridique de l'Union européenne repose sur le principe des compétences d'attribution, c'est-à-dire le principe selon lequel l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités, ce que l'on peut traduire par la formule selon laquelle « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres », l'importance politique du principe pouvant peut-être expliquer la curieuse redondance conduisant à retrouver la formule, à l'identique, à l'article 4, §1 TUE, et à l'article 5, §2 TUE. Et comme si ce n'était pas suffisant, les États membres ont éprouvé le besoin de répéter une troisième fois ce mantra dans une déclaration annexée au traité de Lisbonne²...A ce niveau, c'est de l'exorcisme.

Ce principe signifie, logiquement, que chaque action (chaque acte juridique) de l'Union européenne doit reposer sur une « base juridique appropriée », c'est-à-dire une disposition, dans les traités le plus souvent, qui donne à l'Union européenne la compétence pour adopter ce type d'acte, dans ce domaine, avec cet objectif. Cette exigence a une double signification : il faut bien entendu trouver une telle base juridique, sinon, toute intervention de l'Union serait *a priori* proscrite. Mais il faut aussi voire surtout identifier la « bonne » base juridique, la base appropriée, non pas une base « possible », choisie par commodité et subjectivement par l'auteur de l'acte, mais celle qu'imposent des critères objectifs tels que le contenu de l'acte, son but, ou le contexte dans lequel est adopté l'acte. Et c'est sous ces deux angles que la Cour de justice, depuis plus de 20 ans, juge que « le choix de la base juridique appropriée revêt une importance de nature constitutionnelle³ », la Cour, en l'espèce, ne se payant pas de mots, le caractère constitutionnel étant même double : d'abord, ce choix va permettre de déterminer la procédure à utiliser, le rôle respectif des institutions et dès lors l'équilibre des légitimités pour l'acte en cause ; en bref c'est une question d'équilibre et éventuellement de conflits de pouvoirs ; ensuite, l'identification de la base juridique appropriée exprime toute la logique, la tonalité, la « philosophie » de l'acte au travers de son « centre de gravité ». Il faut comprendre que lorsqu'un acte concerne, par exemple, la mise sur le marché de produits de tabac, il peut être motivé par un objectif de santé publique (réduire la consommation du tabac) ou le souci de bien organiser

¹ Institut de recherche en droit européen, international et comparé.

² Déclaration n°18 concernant la délimitation des compétences.

³ CJCE, 6 déc. 2001, avis n° 2/00, *Protocole de Carthagène*.

le commerce communautaire de produits sur le marché européen. Dès lors, la base juridique de l'acte⁴ révèle et traduit vraiment la philosophie de l'acte⁵.

Il se trouve que face à ce principe majeur gouvernant le système des compétences de l'Union européenne, les politiques de la santé et du numérique constituent des cas très particuliers. Ce sont d'abord des situations extrêmes, uniques à certains égards (I), caractérisées paradoxalement par des compétences multiples (II).

I : Des situations uniques

L'observation des deux secteurs conduit facilement à des impressions paroxysmiques : pour la santé, on serait passé de rien à tout, et le numérique, quant à lui, serait « partout et nulle part ».

A : La compétence sanitaire européenne : de rien à tout...

1// Un retournement complet

a) Ex nihilo...

La situation dans les traités communautaires d'origine est nette : le traité crée un marché commun, une communauté économique, ce qui a deux conséquences. D'abord aucune compétence de cette Communauté dans le domaine de la santé⁶, puisque l'on n'est pas directement ici dans le domaine de la politique économique. Ensuite, et cela traduit la même idée, il faut que cette intégration économique ne perturbe pas les missions traditionnelles des États et notamment celle consistant à assurer la protection de la sécurité et de la santé des personnes. Les libertés de circulation économique constituant le marché commun comportent donc des réserves de manière à permettre aux États membres de déroger à ces libertés pour des raisons de sécurité publique ou de santé publique⁷. En bref, ces missions pures et d'intérêt général non seulement restent l'apanage des États mais en plus, la construction prosaïquement économique et commerciale du marché commun ne doit pas les perturber dans ces nobles tâches... On peut donc presque dire que le domaine de la santé est doublement interdit à l'action européenne : impossibilité pour la Communauté de prendre des actes en matière de santé publique, et possibilité pour les États membres de ne pas respecter le marché commun pour des raisons de santé publique.

b) Ad Principem...

Quelle est la situation aujourd'hui ? L'attribution d'une compétence explicite de l'Union lui permettant de développer une politique de santé publique a été faite par le traité de Maastricht, et le traité sur le fonctionnement de l'Union, dans sa 3^e Partie⁸, comprend donc désormais un Titre XIV intitulé « Santé publique ». Mais on peut même aller au-delà, puisque selon l'incipit de ce Titre, composé du seul article 168, « un niveau élevé de protection de la santé humaine

⁴ Art. 168 TFUE, base de la politique de la santé ou art. 114 TFUE, base de la compétence d'harmonisation pour le fonctionnement du marché intérieur.

⁵ Avec des conséquences diverses qui « impactent » l'acte : qui est le Commissaire responsable, la DG en charge, la commission parlementaire ? A cet égard, on peut relever *a priori* que le fait d'appréhender une question de santé sous l'angle économique et la logique de marché sera sans doute plus préoccupant que le même phénomène dans le domaine numérique.

⁶ De la même façon qu'il n'y a logiquement aucune compétence en matière d'éducation, de culture, de protection de l'environnement ou du consommateur.

⁷ Ex. art 36 et 48 CEE pour les marchandises et les travailleurs.

⁸ « Les politiques et actions internes de l'Union ».

doit être assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ». La protection de la santé, doublement verrouillée vis-à-vis de la Communauté *économique* européenne, serait donc devenue, depuis l'abandon, du moins terminologique, de cette démarche uniquement économique, un objectif cardinal et général de l'Union européenne, devant participer de toute action et toute politique menée par celle-ci. La Charte des droits fondamentaux reproduit, à son article 35, cette même formule, établissant par là un lien entre cette mission de l'Union et les droits fondamentaux de la personne, c'est-à-dire le même type de lien que celui, traditionnellement reconnu au titre des missions naturelles de l'État vis-à-vis de ses ressortissants, qui avait dicté la situation d'origine des traités européens en matière de santé présentée ci-dessus⁹.

De là à focaliser l'action de l'Union sur la santé, il n'y a qu'un pas, franchi sous l'émotion de la crise COVID 19, avec l'adoption d'une stratégie annoncée par la Présidente de la Commission dans son discours sur l'état de l'Union de 2020, et formalisé dans une communication du 11 novembre 2020¹⁰ intitulée « Construire une Union européenne de la santé¹¹ ».

L'impression est donc que l'on est un peu passé de rien à tout...

Il se trouve d'ailleurs que la création de l'Espace européen des données de santé, première concrétisation véritable du « numérique en santé » européen, est présentée dans son règlement fondateur comme une pièce essentielle de cette Union européenne de la santé¹².

2// Le miroir des apparences

La présentation faite ci-dessus est objectivement indiscutable et correspond à une réalité. Pour autant, la thèse soutenue, celle d'un dépassement du cantonnement économique de l'action européenne, et d'un développement, dans cette logique, des compétences sanitaires de l'Union, pourrait avoir quelque chose de captieux, tant du point de vue de la répartition des compétences entre les États membres et l'Union européenne que vis-à-vis du dépassement de son tropisme économique originel par celle-ci.

Ainsi, si l'article 168 TFUE, on l'a vu, commence en faisant d'un niveau élevé de protection de la santé humaine une obligation pour toutes les politiques et actions de l'Union, il finit sur un tout autre ton : « L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux... ». Autrement dit, et la crise COVID n'a pas montré autre chose, en matière de politique de santé, ce sont toujours les États membres qui sont aux commandes, et l'Union reste au second plan.

Ensuite, quant au dépassement de l'approche économique, la transmutation alchimique du vil plomb mercantile en un or pur, une action régaliennne au service de la santé des personnes, là encore, il faut déchanter : si l'on considère les deux derniers programmes de l'Union en matière de santé publique, on lit, dans le programme d'action 2014-2020, que « le fait de maintenir les

⁹ L'article 9 TFUE, en tant que « disposition d'application générale » répète aussi le message, mais la prise en compte systématique de ce niveau élevé de protection de la santé est un peu noyée dans un ensemble visant aussi le niveau d'emploi, la protection sociale, l'exclusion sociale, ou l'éducation, alors que d'autres considérations (protection des consommateurs ou environnement) bénéficient d'un article spécifique.

¹⁰ COM(2020)724.

¹¹ Comment ne pas penser au projet mort-né de « Communauté européenne de la santé » proposé le 24 septembre 1952 par Paul Ribeyre, Ministre français de la santé publique et de la population.

¹² Cf. la proposition de règlement, COM(2022)197, se référant à quatre reprises à cette Union européenne de la santé.

personnes en bonne santé et en activité plus longtemps ...aura ... des répercussions positives sur la qualité de vie¹³ et sur la productivité et la compétitivité ». Autrement dit, cette action nouvelle de l'Union en matière de santé...vise aussi des objectifs économiques. Et le programme pour les années 2021-2027¹⁴ donne dans le même registre : « La santé est un investissement, ... Assurer plus longtemps le maintien en bonne santé et en activité des personnes ..., aura une incidence positive sur la santé, .., sur la qualité de vie, sur la santé des travailleurs, sur la productivité, la compétitivité et l'inclusion, tout en réduisant les pressions qui s'exercent sur les systèmes de soins de santé nationaux et les budgets nationaux ». Et même si l'on prend la Communication stratégique sur l'Union européenne de la santé du 11 novembre 2020¹⁵, qui est à ce jour la plaidoirie la plus ambitieuse pour développer une action de l'Union en matière de santé, sa première phrase n'est-elle pas ambigüe, affirmant que « la santé est une condition préalable au bon fonctionnement de notre société et de notre économie » ?

Et si, finalement, sur cette question des compétences sanitaires de l'Union, comme le disait Tancredi à Don Fabrizio dans *Le Guépard*¹⁶, il fallait que tout change pour que rien ne change ?

B : La compétence européenne pour le numérique : partout et nulle part...

Il est évident qu'il n'est pas question ici, à la différence de la compétence sanitaire, de comparer la situation d'origine, dans les années 50, à la situation actuelle. On est face à un domaine nouveau, à l'évidence ignoré par les traités initiaux, et il importe seulement de voir comment les traités se sont adaptés à la montée en puissance de ces problématiques. A cet égard, et sous l'angle de la recherche d'une base juridique pour règlementer les activités numériques¹⁷, on est donc parti, là aussi, de rien, pour arriver...à rien de plus. Il n'existe toujours pas, dans les traités, de base juridique permettant à l'Union de développer une politique du numérique, de sorte que la question à se poser consiste à se demander s'il est possible de démentir l'adage « *ex nihilo nihil fit*¹⁸ » : peut-on attendre ou atteindre quelque chose à partir de rien ? Il semblerait que oui, le numérique étant à la fois partout dans l'action contemporaine de l'Union, tout ne n'étant nulle part dans les bases juridiques permettant à celle-ci d'agir, ce qui pourrait signifier qu'en la matière, le réflexe de la recherche des bases juridiques est inopportun ou inapproprié.

1// Un phénomène surprenant

Comme a pu le souligner la plume autorisée de Brunessen Bertrand¹⁹, il y a ici un double phénomène très particulier. Celui, d'abord, d'une « politique spontanée », c'est-à-dire une véritable politique, une « politique à part entière », avec sa logique, ses principes, ses cadres stratégiques et ses développements sectoriels méthodiquement articulés, mais une politique *ex nihilo*, ne concrétisant aucune attribution de compétence à l'Union européenne, cette génération spontanée ayant peut-être dès lors la fragilité des châteaux battis sur du sable, ou des colosses aux pieds d'argile.

¹³ Jusque-là, tout va bien...

¹⁴ Programme *EU 4 Health* adopté le 24 mars 2021.

¹⁵ Précitée.

¹⁶ Roman de Giuseppe Tomasi di Lampedusa popularisé par le film de Luchino Visconti.

¹⁷ Il faut mettre à part la question de la base juridique spéciale pour l'aspect « protection des données ».

¹⁸ Rien ne vient de rien...La paternité exacte de la formule ou de l'idée est délicate à déterminer, mais Parménide, Lucrèce et Voltaire ont popularisé l'une ou l'autre.

¹⁹ Cf. spécialement son introduction à l'ouvrage : *La politique européenne du numérique*, Bruylant, 2023, p. 17, ou sa chronique Droit européen du numérique, *RTDE* 2022, n°3, spéc. p. 454.

Par ailleurs, le numérique serait « ubiquitaire », présent partout, c'est-à-dire que ne pouvant se rattacher à une base juridique et à une politique particulière, tel le coucou, il s'installerait de façon transversale dans un large ensemble d'autres politiques de l'Union, du marché intérieur aux transports, ou de la concurrence à la politique commerciale, voire à la politique de défense, ou à la protection de la démocratie, des droits et libertés, ou des valeurs.

En somme, l'*alpha* et l'*oméga* de la politique européenne du numérique serait en total décalage avec le système des compétences de l'Union européenne et représenterait un véritable défi pour celui-ci.

2// Un phénomène décalé

On peut essayer de rendre compte du décalage spécifique du numérique par rapport à l'orthodoxie du système des compétences en mettant en évidence des explications et des manifestations de ce phénomène.

a : Les explications

La doctrine balance entre deux types d'explications, le passage par l'attribution d'une compétence à l'Union étant inutile en l'espèce, et la focalisation sur ce préalable étant particulièrement malvenue.

- *Ex unitate vires*. L'inutilité du passage par une attribution de compétence à l'Union viendrait, paradoxalement, de ce qu'une telle compétence ne serait en rien discutée par les États membres. Comme l'a remarqué Brunessen Bertrand²⁰, en matière de numérique, il y aurait un véritable consensus des États membres à la fois sur l'importance géopolitique et économique du numérique, sur le retard des pays européens face à ce phénomène, notamment en raison de la puissance déjà acquise par la puissance technologique et la domination économique des États-Unis et de la Chine, et la faiblesse des États européens pris isolément. Il y aurait donc un consensus acté sur le fait que le seul niveau pertinent d'action ou de réaction serait européen.

- Ne pas s'encombrer *d'impedimenta*. Ce consensus latent des États membres sur la nécessité d'une action commune en matière de numérique reposerait notamment, on l'a vu, sur la conscience aigüe d'un retard européen à combler le plus rapidement possible. Dès lors, le pragmatisme s'imposerait et la Commission comme les États membres s'accorderaient pour éviter la question des compétences et des bases juridiques. Comme l'a écrit Claude Blumann, « face à cette situation, poser la question des compétences, c'est se positionner en gêneur²¹ ». Il faut forcément trouver des bases juridiques disponibles, mais le faire avec imagination et pragmatisme, sans rester englué dans les considérations stériles stigmatisant l'absence de compétence de l'Union en la matière.

b : Les manifestations

Certaines pratiques, ou tendances conduisent à relativiser la démarche traditionnelle sur les compétences exprimées par des bases juridiques dédiées, et à prendre des chemins de traverse.

Par exemple, aborder une problématique en termes d'« espace », ou de « cadre » plutôt que de « politique » supprime le questionnement sur la base juridique. On peut, sous cet angle, avoir

²⁰ *Op.cit.*, p.19.

²¹ « La compétence matérielle de l'Union européenne en matière de numérique », in *La politique européenne du numérique*, op.cit., p. 255.

des compétences nationales faisant l'objet d'une forme de coordination européenne par de tels « cadres » ou « espaces » européens. On trouve aussi dans certains secteurs²² le recours à des « boîtes à outil » en tant qu'instrument de coordination ; par exemple, la Recommandation (UE) 2021/946 de la Commission du 3 juin 2021 concernant une boîte à outils commune de l'Union pour une approche coordonnée en vue d'un cadre européen relatif à une identité numérique²³ est tout à fait significative de la tonalité de cette démarche : « les États membres devraient renforcer leur coopération et définir une boîte à outils en vue d'un cadre européen relatif à une identité numérique. Cette boîte à outils devrait déboucher sur une architecture technique et un cadre de référence, un ensemble de normes et de références techniques communes, ainsi que des bonnes pratiques et des lignes directrices pour la mise en œuvre du cadre européen relatif à une identité numérique »²⁴.

Et ceci déplace le regard vers l'aval de la question de la délimitation, ou du partage des compétences, c'est-à-dire vers la problématique de l'*exercice* des compétences, d'où le succès de l'approche en termes de *gouvernance européenne du numérique*. Est à cet égard significatif le Programme d'action pour la décennie numérique à l'horizon 2030²⁵ se présentant comme établissant « une structure de gouvernance mettant en œuvre la boussole numérique²⁶ », « une forme de gouvernance globale, solide, fiable, souple et transparente, fondée sur une coopération et une coordination étroites entre le Parlement européen, le Conseil, la Commission et les États membres²⁷ ». L'essentiel est dès lors la mise en place de « cibles numériques », d'indicateurs, et de mécanismes de suivi et d'évaluation.

Autre démarche conduisant à se positionner en aval de la question des bases juridiques (ici au sens de *a posteriori*), le raisonnement que l'on trouve, par exemple, dans la Communication « IA. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance », du 19 février 2020²⁸, qui explique que les développeurs et les déployeurs d'IA sont déjà soumis à certaines réglementations de l'Union (sur la protection des données, le respect de la vie privée, la protection des consommateurs, la responsabilité du fait des produits...) mais que les particularités de l'IA (notamment son opacité) peuvent compliquer l'application de ces réglementations et leur contrôle. La question est alors de voir si on doit adapter, modifier, améliorer ces réglementations pour intégrer l'IA. Sous cet angle, la problématique des compétences ou des bases juridiques est négligeable, d'autant que la Cour de justice, en prônant la détermination « contextualisée » de la base juridique d'un acte modificateur, soutient, même s'il faut admettre quelques nuances, une sorte de principe de continuité des bases juridiques²⁹.

Donc il ne s'agit pas dire que la politique européenne du numérique ne respecte pas les règles relatives aux compétences, mais juste qu'elle trouve des moyens juridiquement valables pour se développer malgré l'absence d'attribution de compétence explicite pour l'instant dans les traités.

²² La 5G, la numérisation de la justice, ou la e-santé...

²³ JOUE n° L 210 du 14 juin 2021, p. 51–54.

²⁴ Cons. 10.

²⁵ Décision 2022/2481 du PE et du Conseil du 14 décembre 2022, JOUE n° L 323 du 19 déc. 2022, 4-26.

²⁶ Cons. 5.

²⁷ Cons. 22.

²⁸ COM(2020)65 (Livre blanc).

²⁹ Sur ce principe, cf. M. Blanquet, « Les compétences », in (M. Blanquet dir.) Chronique de droit général de l'Union européenne, *Cahiers de droit européen* 2022-n°2-3, p. 614.

II : Des compétences multiples

Cette multiplicité, dans un cas comme dans l'autre, résulte en fait d'un fractionnement de la compétence sanitaire comme de la compétence numérique de l'Union européenne. Si la compétence sanitaire est éclatée, et est la seule dans ce cas, la compétence numérique est dispersée, s'appuyant sur une collection hétéroclite de bases juridiques.

A : Une compétence sanitaire éclatée

Un des plus grands efforts du traité établissant une Constitution européenne, et un de ses apports indiscutablement « constitutionnalisants » consistait à doter l'Union d'un système clair de distribution des compétences, fondé sur le principe d'attribution, toujours, mais surtout établissant une claire typologie des compétences de l'Union, jusque-là absente des traités, ce qu'avait tenté de compenser la Cour de justice, par une jurisprudence riche mais nécessairement parcellaire. Le traité de Lisbonne reprend cela à l'identique. L'essentiel de l'apport de ces traités consiste donc à préciser la distinction entre trois grandes catégories³⁰. L'article 3 TFUE identifie cinq domaines de compétence exclusive de l'Union, pour lesquels l'Union peut seule légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires, les États membres ne le pouvant que sur habilitation de l'Union ou pour la mise en œuvre du droit de l'Union³¹. L'article 6 TFUE, quant à lui, établit la liste des compétences permettant à l'Union d'appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres ; là, la compétence européenne ne remplace pas les compétences nationales³², et les actes juridiquement obligatoires pouvant être adoptés ne sauraient comporter d'harmonisation des dispositions nationales. C'est une formalisation, une systématisation d'un type particulier de compétence qu'illustre depuis le traité de Maastricht la compétence européenne de santé publique. L'article 6 TFUE confirme que « la protection et l'amélioration de la santé humaine » relève de ce type de compétence pour l'Union. Enfin, sont définies les compétences partagées : dans ce cas de figure, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement obligatoires. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou décidé de cesser de l'exercer³³. C'est la situation de principe, les deux traités successifs précisant que les compétences attribuées à l'Union et non situées expressément parmi les compétences exclusives et d'appui sont des compétences partagées. Dès lors, le texte se borne à lister les principales compétences partagées (marché intérieur, agriculture, transport, énergie, environnement, protection des consommateurs, ou « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique »). Reconnaissons que si la typologie éclaire de manière générale le système européen des compétences, ce n'est pas vraiment le cas pour le secteur de la santé qui apparaît dans deux catégories, ce qui est un cas unique, à la fois dans le traité constitutionnel et celui de Lisbonne : « la protection et l'amélioration de la santé humaine » est une compétence d'appui, seconde, de l'Union, mais les « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique » marquent une compétence partagée entre l'Union et les États membres, et donc un titre de compétence plus opératoire pour l'Union.

³⁰ Quelques compétences particulières s'ajoutent et sont « hors-catégorie », comme en matière de politique économique et de l'emploi, ou pour la politique étrangère et de sécurité commune.

³¹ En matière extérieure, l'Union a aussi compétence exclusive pour conclure un accord lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif, ou qu'elle est nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne, ou qu'elle affecte un acte interne de l'Union.

³² Art. 2, §5 TFUE.

³³ Art. 2, §2 TFUE.

Cette distinction, nouvelle³⁴, s'éclaire avec l'article 168 TFUE, consacré spécifiquement à la santé publique, qui précise que *par dérogation* au caractère de compétence d'appui, de coordination ou de complément affectant le titre de compétence de l'Union pour « la protection et l'amélioration de la santé humaine », et conformément à l'article 4, 2, k TFUE³⁵, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribuent à la réalisation des objectifs visés à l'article 168 (à savoir l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale, la lutte contre les grands fléaux, l'information et l'éducation en matière de santé, la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. S'ajoutent la réduction des effets nocifs de la drogue sur la santé, et, par ailleurs, la protection de la santé quant au tabac et à l'abus d'alcool) en adoptant certaines « mesures » afin de faire face aux enjeux communs de sécurité.

Cette compétence partagée de l'Union, cette « véritable » compétence de l'Union assortie d'une base juridique vraiment normative, qui « déroge » à la compétence « de base », pour ne pas dire « basique » dont l'Union doit se contenter pour « la protection et l'amélioration de la santé humaine » peut donc être identifiée à l'article 168, §4 TFUE, qui détaille les trois « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique » : on y retrouve d'abord les deux « apports d'Amsterdam » : les « mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang³⁶ », et les « mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique³⁷ ». L'introduction de ces « mesures », permettant à l'Union de dépasser le registre habituel de son action normative sanitaire (limité aux « mesures d'encouragement » et aux recommandations), en 1997, correspondait, conjoncturellement, à proposer des réponses aux crises respectives du sang contaminé et de la « vache folle », et plus fondamentalement, à une logique dérogatoire : les produits d'origine humaine ne sont pas « des marchandises comme les autres », et les problèmes d'origine agricole mais dérivant vers un souci de santé publique ne sont pas « des problèmes agricoles comme les autres ». Le traité constitutionnel, répondant à la Convention européenne³⁸ selon laquelle « on devrait envisager d'élargir sur certains points les compétences existantes dans le domaine de la santé publique », avait ajouté deux « enjeux communs de sécurité » : des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical ; et des mesures concernant la surveillance des menaces transfrontalières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. Le premier ajout se voulait significatif d'une nouvelle approche, bienvenue, pour les médicaments et dispositifs médicaux, qui avaient longtemps relevé de la direction générale Entreprises et Industrie de la Commission, leur intégration à la direction générale Santé et consommateurs ne datant que de 2010, cette « compétence partagée » devant consacrer une démarche relevant désormais plus de considérations de santé publique que de visées

³⁴ L'expression de ces « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique » est apparue dans le traité constitutionnel.

³⁵ Le caractère de compétence partagée pour les « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique ».

³⁶ Art. 168, §4, a) TFUE.

³⁷ Art. 168, §4, b) TFUE.

³⁸ Conclusion du Groupe de travail XI (Europe sociale), dans son rapport final du 4 février 2003.

économiques soucieuses de la compétitivité d'un secteur industriel important. Il a été repris par le traité de Lisbonne et est devenu le troisième « enjeu commun de sécurité ».

En revanche, on ne peut que déplorer l'abandon du « quatrième mousquetaire constitutionnel », c'est à dire la surveillance des menaces transfrontalières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. Il faut admettre que le mieux étant parfois l'ennemi du bien, le zèle des constituants, sans doute pleinement convaincus de la nécessité de renforcer les possibilités d'action de l'Union face à ce type de menace sanitaire, les avait conduits à en faire à la fois un enjeu commun de sécurité mais aussi un nouvel objectif fixé à l'action « complémentaire » de l'Union européenne, le résultat étant donc totalement incohérent, la structure même du traité, sur ce point, l'étant tout autant puisque cet article III-278, identifiant donc des titres de compétence partagée, ouvrait, dans le traité, une section « Santé publique » figurant dans un chapitre intitulé « domaines où l'Union peut décider de mener une action d'appui, de coordination ou de complément ». Si le traité constitutionnel gérât donc très mal l'éclatement de la compétence sanitaire européenne, le traité de Lisbonne a rétabli la cohérence, mais sans que l'on puisse vraiment s'en réjouir puisque la solution a consisté à maintenir la surveillance des menaces transfrontalières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci en tant que compétence seconde de l'Union, ne faisant que « compléter les politiques nationales », et à supprimer ces missions de la liste des enjeux communs de sécurité. Là où - il est vrai dans une incohérence fâcheuse - le traité constitutionnel aurait pu donner des armes efficaces pour mieux faire face à la crise de la Covid 19, le traité de Lisbonne a rétabli la cohérence mais a privé l'Union de ces instruments qui auraient été si utiles.

B : Une compétence numérique dispersée

Il faut ici distinguer deux situations. Il est vrai que l'absence de base juridique dédiée concerne l'action essentielle de réglementation du numérique et c'est la situation qui sera évoquée ici. On se bornera à signaler un cas particulier touchant au numérique mais sous un autre angle, celui de la protection des données personnelles. Même si l'action de l'Union en la matière avait commencé avant même de pouvoir identifier une base juridique spécifique, en utilisant la base « marché intérieur³⁹ », le traité d'Amsterdam inscrit dans le traité CE un article (art. 286) consacré à la protection des données personnelles. Pour autant, le contenu de ce texte aurait pu ne pas apparaître comme une base juridique, puisqu'il s'agit simplement de préciser que les textes communautaires sur la protection des données personnelles s'appliquent aux institutions et organes communautaires⁴⁰. De surcroît, son positionnement dans les « Dispositions générales et finales » n'était guère valorisant. Le traité constitutionnel prévoyait, à l'article I-51, une véritable base juridique permettant à l'Union d'adopter des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles par l'Union elle-même ou par les États membres, et à la libre circulation de ces données, avec un positionnement très « signifiant » puisque cet article figurait dans le titre VI du traité : « La vie démocratique de l'Union ». Il y avait même une double dimension valorisante puisqu'avec quelques redondances

³⁹ La Directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*JOCE* n° L 281 du 23 nov. 1995, p. 31-50) a été prise sur la base de l'article 100A CE.

⁴⁰ Il a cependant servi de base (partielle) au Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, *JOCE* n° L 8 du 12 janv. 2001, p.1-22.

mais une indiscutable cohérence, cet article I-51 était une sorte de double de l'article II-68, c'est-à-dire l'article de la Charte des droits fondamentaux (insérée dans la Constitution) consacré à cette protection des données personnelles comportant les mêmes éléments que l'article I-51, à l'exception de la dimension « base juridique », remplacée par des précisions (traitement loyal des données, importance du consentement de la personne...). Bref, la protection des données personnelles était placée sous le double sceau de la démocratie et des droits fondamentaux, ce qui correspondait à une vision, une conception de la problématique plutôt séduisante.

La situation actuelle, avec le traité de Lisbonne, est différente. L'article 16 TFUE, qui reprend en substance le texte de l'article I-51, figure désormais dans le Titre II du TFUE « Dispositions d'application générale », à l'image de la protection de la santé humaine (qui ne fait qu'une apparition dans un bric-à-brac mêlant le niveau d'emploi, la protection sociale, la lutte contre l'exclusion sociale, ou le niveau d'éducation et de formation⁴¹). Il y a cependant une différence. Dans ce Titre II, on trouve les clauses d'intégration ou de transversalité, comme l'article 9 (c'est-à-dire ce que doit prendre en considération l'Union dans toutes ses politiques et actions (environnement, santé, emploi, protection des consommateurs, bien-être animal...), mais aussi (article 15) des principes de bonne gouvernance (ouverture, droits d'accès aux documents, transparence des travaux...), plus, donc, la protection des données personnelles et un autre transfuge de l'article I-51 du traité constitutionnel, le statut des églises. C'est en général présenté comme une promotion par rapport à l'article 286 CE que de passer des dispositions finales au début du traité, même si, dans la version Amsterdam, il s'agissait de dispositions « générales et finales », et ici de dispositions « d'application générale », ce qui n'est donc pas révolutionnaire. De surcroît, on peut noter que le reste du Titre VI du Traité constitutionnel (« La vie démocratique de l'Union ») dont on avait jugé que l'inscription en son sein de la protection des données personnelles éclairait sous un certain jour cette problématique, se retrouve pour l'essentiel dans le Titre II du TUE (« Dispositions relatives aux principes démocratiques »), dont la protection des données personnelles a donc été exclue, ce qui peut être vu comme un refus, finalement, de relier à ces principes démocratiques la protection des données personnelles.

Au-delà de ce cas particulier de la compétence de protection, la compétence de réglementation du numérique, elle, n'a toujours pas de base juridique spécifique. Cette compétence est donc dispersée « façon puzzle », entre une base juridique « marché intérieur » commode, puissante, mais peut-être envahissante, et une collection de bases juridiques sectorielles plus ou moins adaptées.

1// La domination du marché intérieur⁴²

⁴¹ Art. 9 TFUE.

⁴² L'essentiel des réglementations européennes du numérique repose sur la base juridique « marché intérieur » (art. 114 TFUE) : Le *Digital Market Act* (DMA), Règlement 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, *JOUE* n° L 265 du 12 oct. 2022, p. 1-66, le *Digital Services Act* (DSA), Règlement 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques, *JOUE* n° L 277 du 27 oct. 2022, p. 1-102, le *Data Governance Act* (DGA), Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données, *JOUE* n° L 152 du 3 juin 2022, p. 1-44, le *Data Act*, Règlement (UE) 2023/2854 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données, *JOUE*, L, du 22 déc. 2023, reposent tous les quatre sur une base juridique unique : l'article 114 TFUE. Le

a) Une problématique générale

C'est un fait difficilement contestable : l'approche du numérique par l'Union européenne a principalement reposé sur une idée qui simplifie les questions de compétence à deux titres car elle permet d'utiliser une base juridique puissante, l'article 114 TFUE, c'est-à-dire la base juridique autorisant l'Union à arrêter des mesures relatives au rapprochement des dispositions nationales ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, et elle supprime tout doute à la fois sur la compétence de l'Union pour le faire, et sur le test de subsidiarité légitimant l'exercice de cette compétence partagée par l'Union plutôt que par les États membres⁴³. Cette idée consiste à voir la réglementation du numérique comme la structuration juridique d'un « marché unique numérique ».

Plusieurs raisonnements conduisent à cette démarche. Le premier repose sur une mise en parallèle du marché unique physique ou matériel et du marché unique numérique. La Communication du 19 mai 2010 portant une « stratégie numérique pour l'Europe⁴⁴ » explique ainsi que tout ce que l'Union a fait en matière de marché intérieur doit fonctionner de la même façon « en ligne ». Même chose avec la Communication « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », du 19 février 2020⁴⁵ : « les règles qui s'appliquent hors ligne (des règles de concurrence aux règles du marché unique, en passant par la protection des consommateurs et de la propriété intellectuelle, la fiscalité et les droits des travailleurs) doivent également s'appliquer en ligne ».

Autre raisonnement, élargissant le droit du marché unique au sens strict (droit des libertés de circulation) au droit du marché européen⁴⁶ : l'idée est ici qu'il faut compléter ce droit du marché européen pour le numérique. La Communication « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », du 19 février 2020⁴⁷ explique qu'il importe de garantir des conditions de concurrence équitables pour les entreprises mais que la politique de la concurrence ne peut, à elle seule, résoudre tous les problèmes systémiques qui peuvent se poser dans l'économie des plateformes, les particularités de ce type d'activité désarmant en quelque sorte les règles du droit de la concurrence, d'où la nécessité d'adopter d'autres règles. On retrouve la même idée dans le Règlement 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (DMA)⁴⁸ qui observe que « le droit existant de l'Union ne répond pas, ou pas efficacement, aux entraves au bon fonctionnement du marché intérieur dues au comportement de contrôleurs d'accès qui n'occupent pas nécessairement de position dominante au sens du droit de la concurrence », ce qui les met à l'abri d'un certain nombre de règles de droit de la concurrence ; l'objet du règlement est donc simplement de « compléter l'application du droit de la concurrence », sans pour autant le remplacer. Le règlement DMA souligne son caractère « complémentaire⁴⁹ », c'est-à-dire différent par rapport aux règles de concurrence qui

règlement relatif aux exigences de cybersécurité applicables aux produits comportant des éléments numériques, dit « *Cyberésilience Act* » (CRA), adopté par le Conseil le 10 octobre 2024, repose sur la même base juridique.

⁴³ Pour une réflexion sur cette subsidiarité, cf. C. Blumann, *op.cit.*, p. 272.

⁴⁴ COM(2010)245.

⁴⁵ COM(2020)67.

⁴⁶ Il fonctionne comme un marché unique du fait des libertés de circulation mais obéit aux lois du marché et spécialement au droit européen de la concurrence.

⁴⁷ COM(2020)67.

⁴⁸ Précité.

⁴⁹ La communication du 19 février 2020 « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », précitée, préfère l'adjectif « supplémentaire »

ont pour objet d'assurer une concurrence non faussée sur le marché, alors que le DMA veille « à ce que les marchés sur lesquels les contrôleurs d'accès opèrent sont et restent contestables et équitables, indépendamment des effets réels, éventuels ou présumés sur la concurrence sur un marché donné du comportement d'un contrôleur d'accès couvert par ce règlement ».

Un autre raisonnement situe la problématique dans le temps : la stratégie numérique de 2010⁵⁰ explique que les Européens « ne peuvent accepter qu'un marché unique, conçu avant l'avènement de l'internet, soit encore aussi incomplet en ligne ».

Enfin, on peut rencontrer l'idée que le marché unique se prolongerait en un marché unique numérique qui garantirait les libertés de circulation du marché unique, mais appliquées aux activités numériques. Comme Céline Castets-Renard l'a montré, cette idée de prolongement est contestable, au sens où le marché unique numérique possède une liberté de circulation en plus, la libre circulation des données, qui lui est propre⁵¹. Qu'à cela ne tienne ! La solution, explicitée par exemple dans la Communication « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », du 19 février 2020⁵² consiste à revendiquer la construction d'un « véritable marché unique européen des données », ce qui est précisé, le même jour, par la Communication « Une stratégie européenne pour les données⁵³ » confirmant que « l'objectif est de créer un espace européen unique des données, un véritable marché unique des données, ouvert aux données provenant du monde entier... L'espace européen des données offrira aux entreprises de l'Union la possibilité de tirer parti de l'ampleur du marché unique ».

Donc, soit on considère qu'il existe un double numérique du marché intérieur, soit on crée un volet supplémentaire pour le marché intérieur.

b) Une ambivalence induite

Dans l'absolu, comme on a pu le noter, adopter cette perspective de marché pour le numérique pourrait ne pas apparaître comme aussi choquant que la même pratique en matière de santé. Pour autant, ce serait oublier que l'appréhension juridique du numérique, la « politique » du numérique consiste à gérer un balancement entre les avantages incontestables que peuvent apporter ces technologies, et les risques qu'elles peuvent engendrer, notamment vis-à-vis de certains droits fondamentaux. C'est ce qui apparaît clairement dans les objectifs affichés par le Règlement DSA⁵⁴, à savoir contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et garantir un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable dans lequel les droits fondamentaux consacrés par la Charte sont dûment protégés : il s'agit donc nettement d'un « balancement » entre le bon fonctionnement du Marché intérieur et la protection des droits fondamentaux.

Cette ambivalence peut se traduire autrement, le marché intérieur n'étant plus aussi visible, même si la problématique reste la même : par exemple dans le règlement sur la gouvernance européenne des données (*Data Governance Act*) du 30 mai 2022⁵⁵ expliquant que les technologies numériques ont transformé « l'économie et la société », touchant tous les secteurs d'activité et la vie quotidienne. S'agissant des données, le règlement précise que l'innovation

⁵⁰ Précitée.

⁵¹ Cf. Céline Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruylant, 2020, Introduction, §4.

⁵² Précitée.

⁵³ COM(2020)66.

⁵⁴ Précité.

⁵⁵ Cons 2.

fondée sur les données apportera des avantages considérables *aussi bien aux citoyens de l'Union qu'à l'économie.*

On peut enfin identifier une vision à la fois encore plus globale et encore plus fine, par exemple dans la proposition de règlement sur l'IA du 21 avril 2021⁵⁶ : on retrouve le fait que l'intelligence artificielle peut procurer de nombreux avantages économiques et sociétaux dans l'ensemble des secteurs économiques et des activités sociales. La précision est déjà apportée ici que l'IA peut donner des avantages concurrentiels aux entreprises et à l'économie européenne. Mais l'essentiel apparaît ensuite : les éléments et techniques qui rendent possibles les bénéfices socio-économiques de l'IA peuvent aussi être à l'origine de nouveaux risques ou de conséquences négatives pour les personnes ou la société. D'où ce que la Commission présente comme une « approche équilibrée » correspondant à l'intérêt de l'Union : préserver son avance technologique et faire en sorte que les Européens puissent bénéficier de nouvelles technologies dont le développement et le fonctionnement respectent les valeurs de l'Union et les droits et principes fondamentaux. On peut ici noter que la Commission se réfère parfois⁵⁷ à « la promotion d'une IA digne de confiance qui soit conforme aux valeurs et aux intérêts de l'Union », ce « couple » valeurs/intérêts pouvant interroger. On retrouve cette *approche équilibrée* quand le Conseil européen exprime le souhait de faire de l'Union un acteur mondial de premier plan dans le développement d'une « intelligence artificielle sûre, fiable et éthique⁵⁸ ». Le lien est fait entre la sûreté de l'IA et le respect des droits fondamentaux et des valeurs de l'Union. Par exemple, la Commission synthétise un des objectifs de sa proposition comme consistant à « veiller à ce que les systèmes d'IA mis sur le marché de l'Union et utilisés soient sûrs et respectent la législation en vigueur en matière de droits fondamentaux et les valeurs de l'Union⁵⁹ ».

Cependant, ici comme en matière de protection de la sécurité alimentaire par exemple, ce bel équilibre apparaît comme relatif. En effet, on va retrouver, pour rendre compte de la protection des utilisateurs, la notion de « confiance » qui trahit une démarche dont la majeure est le fonctionnement du marché. Ainsi, le 19 février 2020, la Commission a publié son livre blanc intitulé « Intelligence artificielle - Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance⁶⁰ », l'excellence correspondant à l'objectif de promotion de l'IA et la confiance étant censée représenter l'objectif lié à la prise en compte des risques. Et la proposition de règlement sur l'IA se positionne dans la concrétisation du second objectif, en ciselant un cadre juridique pour une IA digne de confiance, ce que la Commission explicite : il s'agit de donner aux personnes et aux autres utilisateurs la confiance d'adopter des solutions fondées sur l'IA, tout en encourageant les entreprises à développer ces solutions.

Par ailleurs, la proposition de règlement sur l'IA révèle que l'idée n'est pas seulement d'adopter « une approche équilibrée » mais une « approche réglementaire horizontale équilibrée et

⁵⁶ COM(2021)206. La proposition est principalement fondée sur la base « marché intérieur ».

⁵⁷ Dans sa proposition IA encore, dans la rubrique « Cohérence avec les autres politiques de l'Union ».

⁵⁸ Conclusions de la Réunion extraordinaire du Conseil européen (1er et 2 octobre 2020). Le Parlement européen a également adhéré, dans plusieurs résolutions, à l'idée d'une IA éthique (notamment Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes, 2020/2012(INL).

⁵⁹ Point 1.1 (Justification et objectifs de la proposition).

⁶⁰ COM(2020)65.

proportionnée⁶¹ » et c'est cette « proportion » qui peut inquiéter, paradoxalement pour une caractéristique synonyme de bonne mesure. La proposition, à cet égard, « se limite aux exigences **minimales**⁶² nécessaires pour répondre aux risques et aux problèmes liés à l'IA, sans restreindre ou freiner indûment le développement technologique ni augmenter de manière disproportionnée les coûts de mise sur le marché de solutions d'IA⁶³ ». Et la relativité de l'équilibre (un équilibre relatif n'est-il pas une sorte de déséquilibre ?) se confirme quand la Commission, s'agissant de la base juridique appropriée pour son initiative, admet que celle-ci « a pour objectif principal d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁶⁴ ».

2// Les instruments d'émancipation vis-à-vis du marché intérieur

Selon Brunessen Bertrand, la politique européenne du numérique s'émanciperait désormais du marché intérieur⁶⁵. Il est donc intéressant de se demander quelles autres bases juridiques que l'article 114 TFUE peuvent porter cette émancipation, et on peut notamment⁶⁶ identifier une base juridique « compétence d'appui », une base juridique « compétence partagée atypique », et une base juridique « compétence partagée ».

a) Une base « compétence d'appui

On peut considérer, sans trop risquer de contradiction, que le numérique participe d'une politique « industrielle », mais en termes de compétences, et de base juridique, on est ici *a priori* face à une grande faiblesse et donc un support peu utile. Le Titre « Industrie », qui date du traité de Maastricht (art. 173 TFUE) se caractérise en effet par le fait que ce sont « L'Union et les États membres » qui veillent à ce que la compétitivité de l'industrie européenne soit assurée : c'est donc ostensiblement une compétence d'appui, de coordination et de complément, non une compétence partagée. Outre que les objectifs soient timides (accélérer l'adaptation de l'industrie, encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises, encourager un environnement favorable à la coopération entre entreprises, favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel), il est seulement prévu que « les États membres se consultent mutuellement en liaison avec la Commission et, pour autant que de besoin, coordonnent leurs actions »...c'est dire la faiblesse de cet instrument. Ajoutons que le § 3 de l'article 173 précise que « l'Union contribue à la réalisation des objectifs visés...au travers des politiques et actions qu'elle mène au titre d'autres dispositions des traités ». Bref, encore une fois *a priori*, ce n'est vraiment pas un outil utile. Pour autant, la décision 2022/2481 du Parlement européen et de Conseil du 14 décembre 2022 établissant le programme d'action

⁶¹ Point 1.1.

⁶² C'est nous qui soulignons.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Point 2.1.

⁶⁵ Chronique précitée, *RTDE* 2022, p. 454.

⁶⁶ On n'approfondira pas les ressources, pourtant utilisées parfois, de bases telles que les articles 82 et 87 TFUE, c'est-à-dire des bases juridiques tirées de l'Espace de liberté, de sécurité, et de justice, qui ont par exemple constitué la base de la « directive PNR » (directive 2016/681 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *JOUE* n° L 119, du 4 mai 2016, p.132.

pour la décennie numérique à l'horizon 2030⁶⁷, qui concrétise la « Boussole numérique⁶⁸ » est juridiquement basée sur cet article 173 TFUE.

b) Une base « compétences partagée atypique »

Le numérique, au-delà d'être un marché et un secteur industriel, est aussi un important domaine de « recherche et développement technologique » et c'est là aussi un titre de compétence de l'Union européenne datant de l'Acte unique et qui fait l'objet des articles 179 à 190 TFUE. Il s'agit d'une compétence partagée mais atypique car, à la différence des compétences partagées ordinaires, dont la liste non exhaustive figure à l'article 4§2 TFUE, celle-ci relève du §3 précisant qu'en l'espèce, l'exercice de cette compétence ne peut pas avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur, ce qui signifie qu'un des principes essentiels du partage des compétences...partagées, le principe de préemption, ou de substitution, ne joue pas. Quoi qu'il en soit, cette compétence correspond à l'objectif de réalisation d'un « espace européen de la recherche » dans lequel, certes, il s'agit de favoriser le développement de la compétitivité de l'Union, y compris celle de son industrie, mais concrètement, cette compétence se limite à adopter et mettre en œuvre des programmes de recherche, de développement technologique, et de démonstration. La logique dominante est celle de la Méthode ouverte de coordination (on est donc dans une simple coordination), l'article 181 TFUE le montrant : la Commission peut prendre, en étroite collaboration avec les États membres, des initiatives pour promouvoir la coordination entre les politiques nationales et celle de l'Union, avec la détermination d'objectifs, d'indicateurs, l'organisation de l'échange des meilleures pratiques, et d'une évaluation périodique. C'est à l'inverse des notions de politique et d'action législative de l'Union. La base juridique associée (article 182 TFUE) permet pourtant au Conseil et au Parlement européen d'adopter, par la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social européen, un « programme-cadre pluriannuel » mais cela se limite à cette dimension programmatique⁶⁹.

Il est à noter que le traité de Lisbonne a modifié ce Titre sur la Recherche et le développement technologique, qui est devenu (Titre XIX du TFEU) : « Recherche et développement technologique *et Espace* », l'article 189 précisant que l'Union élabore une politique spatiale européenne. On pourrait penser qu'un jour, sur ce modèle, une spécification spéciale soit prévue, le « Numérique » suivant l'exemple du « Spatial ». Pour autant, on l'a vu, le potentiel reste limité.

c) L'illusion de la compétence partagée ?

L'importance des réseaux, et de « l'interconnexion » en matière numérique conduit aussi à envisager la mobilisation de la compétence en matière de « réseaux transeuropéens » (Titre XVI, articles 179 à 172 TFUE). C'est *a priori* prometteur car on est en présence d'une véritable compétence partagée (article 4, §2, h) TFUE) grâce à laquelle l'Union dispose d'un véritable pouvoir normatif, lui permettant d'adopter des « orientations » identifiant des projets d'intérêt commun, soutenir de tels projets, ou mettre en œuvre toute action nécessaire pour assurer

⁶⁷ Précitée.

⁶⁸ Communication du 9 mars 2021, COM(2021) 118, la Boussole étant censée orienter l'action de l'Union à l'horizon 2030.

⁶⁹ On laisse de côté l'article 187 TFUE permettant au Conseil de créer des « entreprises communes » nécessaires à la bonne exécution de ces programmes, ce qu'a par exemple fait le règlement 2018/1488 du 28 septembre 2018 qui a créé l'entreprise commune pour le calcul à haute performance européen, l'entreprise Euro HPC, *JOUE* n° L 252 du 8 oct. 2018, p. 1-34.

l'interopérabilité des réseaux, le Conseil et le Parlement européen arrêtant ces mesures en utilisant la procédure législative ordinaire après consultation du CES et du Comité des régions. Matériellement, trois domaines sont prévus : transports, télécommunication et énergie, et le règlement (UE) 2021/1153 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 a établi le « mécanisme pour l'interconnexion en Europe⁷⁰ », qui est le cadre de cette politique pour 2021-2027. Ce mécanisme pour l'interconnexion en Europe permet de préparer et de réaliser des projets d'intérêt commun dans le cadre de la politique en matière de réseaux transeuropéens dans les secteurs des transports, des télécommunications et de l'énergie, et il contribue à soutenir les infrastructures de connectivité numérique d'intérêt commun qui génèrent des retombées significatives pour la société. Pour un total de 33,7 milliards d'euros pour l'ensemble du programme, le numérique bénéficie de 2 milliards (télécom, mais aussi aide à la numérisation dans les réseaux énergétiques et de transport (réseaux haute capacité, systèmes 5G...). Le lien entre ce Mécanisme d'interconnexion et le programme pour une Europe numérique⁷¹ est étroit⁷². Pour autant, il semble difficile d'identifier là autre chose qu'une base juridique seconde, instrumentale, n'ayant en tout cas pas vocation à porter la politique européenne du numérique dans son ensemble.

A plusieurs reprises, pourtant, la Commission européenne n'a pas hésité à soutenir que le numérique constitue une compétence partagée entre l'Union et les États membres. Cela relève parfois d'une évidente erreur juridique, quand la Commission, dans sa proposition de décision d'exécution de la Boussole numérique du 15 septembre 2021⁷³) affirme que « L'initiative relève d'un domaine de compétence partagée », alors que la proposition a pour base juridique l'article 173 TFUE, soit une compétence d'appui, et de complément. C'est plus insidieux quand la Commission, très déterminée, dans sa proposition pour le *Data Governance Act*⁷⁴, généralise : « Les politiques numériques sont une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres », faisant un assez confus rapprochement entre la base « marché intérieur » et le domaine du développement technologique (compétence atypique vue précédemment) pour en déduire que « dans le domaine du marché unique et du développement technologique, l'Union peut mener des actions spécifiques, sans préjudice de la liberté des États membres d'agir dans les mêmes domaines ». On l'a vu, les compétences partagées atypiques du §3 de l'article 4 TFUE sont plus proches des compétences d'appui que des compétences partagées véritables du §2, telles que la base « marché intérieur ».

De telles approximations juridiques ne sont pas banales, mais traduisent sans doute une forme de malaise face au décalage de la Charte des compétences vis-à-vis de cette situation très spéciale du numérique, avec une intrication du niveau européen et du niveau national n'ayant pas appelé jusqu'à ce jour de règle du jeu plus stricte.

⁷⁰ JOUE n° L 249 du 14 juill. 2021, p. 38-81.

⁷¹ Règlement 2021/694 du 29 avril 2021, JOUE n° L 166 du 11 mai 2021, p. 1-34.

⁷² La proposition de la Commission pour ce règlement affirme que « Le mécanisme pour l'interconnexion en Europe fournira l'infrastructure physique pour les réseaux à haut débit nécessaires pour permettre le déploiement des services et technologies numériques proposés dans le programme pour une Europe numérique. Comme le MIE en Europe soutiendra des infrastructures essentielles dans tous les secteurs nécessitant un niveau de cybersécurité approprié, il s'appuiera donc sur les déploiements effectués dans le cadre du programme pour une Europe numérique. À l'avenir, seul le programme pour une Europe numérique apportera son soutien au déploiement de services numériques dans des domaines d'intérêt général ».

⁷³ COM(2021)574, à l'origine de la décision précitée 2022/2481 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 précitée établissant un programme d'action pour la décennie numérique à l'horizon 2030.

⁷⁴ COM(2020)767.

Un tel *aggiornamento* serait souhaitable pour le numérique en termes de clarté juridique, et, pour la santé, une extension des enjeux communs de sécurité aux questions de surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, alerte en cas de telles menaces et lutte contre celles-ci le serait pour des raisons désormais évidentes d'efficacité sanitaire.