



GRUPE DE RECHERCHE  
ET D'INFORMATION  
SUR LA PAIX ET LA SÉCURITÉ

Bâtiment Mundo-Madou  
Avenue des Arts 7-8,  
1210 Bruxelles  
Tél. : +32 (0) 0484 942 792  
Courriel : [admi@grip.org](mailto:admi@grip.org)  
Internet : [www.grip.org](http://www.grip.org)  
Twitter : [@grip\\_org](https://twitter.com/grip_org)  
Facebook : GRIP.1979

Le Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP) est un centre de recherche indépendant fondé à Bruxelles en 1979.

Composé de vingt membres permanents et d'un vaste réseau de chercheurs associés, en Belgique et à l'étranger, le GRIP dispose d'une expertise reconnue sur les questions d'armement et de désarmement (production, législation, contrôle des transferts, non-prolifération), la prévention et la gestion des conflits (en particulier sur le continent africain), l'intégration européenne en matière de défense et de sécurité, et les enjeux stratégiques asiatiques.

En tant qu'éditeur, ses nombreuses publications renforcent cette démarche de diffusion de l'information. En 1990, le GRIP a été désigné « Messenger de la Paix » par le Secrétaire général de l'ONU, Javier Pérez de Cuéllar, en reconnaissance de « Sa contribution précieuse à l'action menée en faveur de la paix ».

Avec le soutien de  
la



NOTE D'ANALYSE – 27 juin 2022

VERDEBOUT Agatha. « *Biens de cybersurveillance et contrôles catch-all basés sur les droits humains dans le Règlement (UE) 2021/821 : source d'insécurité juridique ?* », Note d'Analyse du GRIP, 27 juin 2022, Bruxelles.

<http://www.grip.org/biens-de-cybersurveillance-et-controles-catch-all>



# NOTE D'ANALYSE

## Biens de cybersurveillance et contrôles catch-all basés sur les droits humains : une source d'insécurité juridique ?

par **Agatha Verdebout**

27 juin 2022

### Résumé

L'établissement de régimes d'exportation pour les biens à double usage est traditionnellement lié aux obligations des États en matière de non-prolifération. Le Règlement (UE) 2021/821 du 20 mai 2021 a fait évoluer ce paradigme. Parmi les principales nouveautés se trouve l'inclusion des biens de cybersurveillance au sein du régime européen d'exportation, et l'introduction de mécanismes de contrôles *catch-all* fondés sur le respect des droits humains. Ce deuxième élément pose d'importants défis de mise en œuvre, car la présence de notions peu ou mal définies renvoyant au respect des droits humains risque de créer une insécurité juridique significative.

### Abstract

#### Cybersurveillance and human rights-based catch-all controls: a source of legal uncertainty?

The establishment of export regimes for dual-use items is traditionally linked to non-proliferation. Regulation (EU) 2021/821 of 20 May 2021 has shifted this paradigm. Among the main novelties are the inclusion of cyber surveillance goods within the European export regime, and the introduction of catch-all control mechanisms based on respect for human rights. This second element poses important implementation challenges, as the presence of poorly or ill-defined notions referring to human rights may create significant legal uncertainty.

## Introduction

Les biens à double usage sont sommairement définis comme des produits destinés à un usage civil, mais pouvant avoir une finalité militaire. Ces biens font l'objet de plusieurs réglementations au niveau international et européen, lesquelles ont pour objet la mise en place de contrôle sur les exportations, notamment via l'octroi de licences. Le but est de s'assurer que ces produits dits « sensibles » ne soient pas employés dans le domaine militaire, en particulier pour développer des armes de destructions massives. À l'origine, l'établissement de ces régimes d'exportation était en effet lié aux obligations des États en matière de non-prolifération nucléaire, chimique, bactériologique, et radiologique. Depuis, les législations ont évolué pour couvrir un spectre de plus en plus large d'équipements au profit, notamment, du développement de l'informatique, des technologies de l'aéronautique et du spatial. Le lien traditionnel entre les régimes d'exportation et la non-prolifération est progressivement délaissé, contribuant, par la même occasion, à l'élargissement de la notion de « bien à double usage »<sup>1</sup>.

Adopté le 20 mai 2021 et entré en vigueur le 9 septembre de la même année, le nouveau Règlement (UE) 2021/821 contribue à cette évolution<sup>2</sup>. Aboutissement d'un long processus de refonte, la nouvelle législation européenne apporte plusieurs nouveautés. D'une part, elle inclut dans son champ d'application les biens de cybersurveillance, entendu comme « *les biens à double usage conçus spécifiquement pour permettre la surveillance discrète de personnes physiques par la surveillance, l'extraction, la collecte ou l'analyse de données provenant de système d'information et de télécommunications*<sup>3</sup> ». D'autre part, elle introduit de nouveaux mécanismes de contrôles dit « *catch-all* » s'appliquant spécifiquement aux technologies de cybersurveillance et fondés sur le respect des droits humains. Prévus à l'article 5 du Règlement, ces mécanismes se déclinent sous deux formes. La première, *top-down*, exige que les autorités nationales de contrôle soumettent à autorisation l'exportation de biens de cybersurveillance non repris sur les listes de l'Annexe I s'il existe un risque que ceux-ci soient destinés à « *une utilisation impliquant la répression interne et/ou la commission de violations graves et systématiques des droits de l'homme et du droit humanitaire*<sup>4</sup> ». La seconde, *bottom-up*, demande aux exportateurs d'informer les autorités de contrôle s'ils ont connaissance de ce qu'un bien qu'ils entendent exporter pourrait être utilisé de manière proscrite<sup>5</sup>.

---

1. KANETAKE Machiko, « The EU's dual-export control and human rights risks: the case of cyber surveillance technology », *Europe and the World: A Law Review*, vol. 3, n°1, 2019, p. 1-16; WHANG Cindy, « Trade and Emerging Technologies. A Comparative Analysis of the United States and the European Union Dual-Use Export Regulations », *Security and Human Rights*, vol. 31, n°1-4, 2020, p. 11-34.

2. Union européenne, « [Règlement \(UE\) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage \(refonte\)](#) », 20 mai 2021, entré en vigueur le 9 septembre 2021, *Journal officiel de l'Union européenne*, 11 juin 2021, L 206, p. 1.

3. *Ibid.*, Art. 2, § 20.

4. *Ibid.*, Art. 5, § 1.

5. *Ibid.*, Art. 5, §2.

Salué par diverses ONG pour la place qu'il donne au respect des droits et libertés fondamentales<sup>6</sup>, le Règlement (UE) 2021/821 n'est pas sans poser des problèmes susceptibles d'affecter sa bonne mise en œuvre. À cet égard, la clause *catch-all* de l'article 5 a été un des éléments les plus controversés du projet de réforme<sup>7</sup>. Considérée par certains comme indispensable pour garantir une meilleure protection des droits humains, d'autres la jugeaient inutile, voir contre-productive. Le secteur des nouvelles technologies s'inquiéta particulièrement de la présence de « *normes non spécifiques relatives aux droits de l'homme*<sup>8</sup> ». Il estimait ces normes et notions trop larges et trop floues pour recevoir une application cohérente de la part des différentes autorités nationales de contrôle, entraînant une insécurité juridique.

Conscientes du problème, les institutions européennes se sont engagées à fournir des orientations aux exportateurs afin de les aider dans la mise en œuvre du Règlement<sup>9</sup>. Le 15 septembre 2021, la Commission a publié une première série de recommandations à l'intention du domaine de la recherche et de l'innovation<sup>10</sup>. Néanmoins, celles-ci ne précisent pas quels types de violations des droits et libertés fondamentales devraient déclencher les contrôles *catch-all* de l'article 5. Ainsi, les autorités de contrôles et les opérateurs restent, pour l'instant, dans le flou quant à la portée exacte de leurs obligations<sup>11</sup>.

Partant de ce constat, cette note d'analyse s'intéresse à la portée de l'article 5 du Règlement (UE) 2021/821. Elle se focalise, plus spécifiquement, sur la question de l'insécurité juridique que pourrait générer la présence de notions indéterminées liées aux droits humains. À cette fin, elle revient tout d'abord sur les raisons qui ont poussé les institutions européennes à intégrer ces notions au sein d'une nouvelle clause *catch-all* spécifique aux technologies de cybersurveillance, et les controverses que cela a suscité.

- 
6. Access Now, « [Shared Statement Shared Statement on the Update of the EU Dual-Use Regulation](#) », mai 2017.
  7. BANNENBERG Jonathan, « [Changements et défis du nouveau règlement européen des biens à double usage](#) », *Notes d'analyse du GRIP*, 20 mai 2021.
  8. Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), « [EC Dual-Use: Review of the EC Dual-Use Regulation](#) », janvier 2016, p. 6. Voir aussi Digital Europe, « [European Commission proposed recast of the European export control regime: Making the rules fit for the digital world](#) », Policy Paper, 24 février 2017, p. 8.
  9. Règlement (UE) 2021/821, Art. 5, §2 et Art. 26, §1. Soulignons également que le Règlement renforce les mécanismes visant à assurer une cohérence de mise en œuvre, notamment via l'établissement d'un système de licences électronique centralisé et de rapports annuels, voir Chapitre VI, Arts. 23 à 25, Règlement (UE) 2021/821. À ce sujet voir aussi ANCELIN Julien, « [L'Union européenne et les biens à double usage : La politique commerciale commune à l'aune de la sécurité humaine](#) », *La Revue des droits de l'homme [en ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 18 octobre 2017, p. 10-11.
  10. Commission européenne, « [Recommandation \(UE\) 2021/1700 du 15 septembre 2021 relative aux programmes internes de conformité pour les contrôles de la recherche portant sur les biens à double usage en vertu du règlement \(UE\) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage](#) », *Journal Officiel de l'Union européenne*, L 338, 23 septembre 2021, p. 1.
  11. En ce sens, BROMLEY Mark et BROCKMAN Kolja, « [Implementing the 2021 Recast of the EU Dual-Use Regulation: Challenges and Opportunities](#) », *Non-Proliferation and Disarmament Papers*, n° 77, septembre 2021, p. 1-14.

En mobilisant les éléments ainsi mis en évidence, la seconde partie se penche sur les interprétations possibles des notions de « répression interne » et de « violations graves et systématiques des droits de l’homme et du droit humanitaire international », telles qu’employées dans le cadre du nouveau Règlement européen. La démarche souligne les difficultés inhérentes à toute tentative de définir ces concepts de façon parfaitement claire et opérationnalisable.

## 1. Logiques de la clause *catch-all* relative aux biens de cybersurveillance et controverses associées

Pour comprendre la portée de la clause *catch-all* spécifique aux biens de cybersurveillance, et des notions renvoyant aux droits humains qu’elle contient, il est avant tout important de comprendre le contexte factuel, politique et institutionnel dans lequel son adoption s’est imposée. Il s’agit de faire ressortir les logiques, mais aussi les controverses, qui ont entouré cette disposition. Comme dit plus haut, l’article 5 fut un des éléments les plus débattus du projet de refonte. Les débats opposaient deux visions concurrentes. D’un côté, la Commission et le Parlement souhaitaient placer la « sécurité humaine » au cœur de la réforme. L’inclusion de considérations liées au respect des droits et libertés fondamentales dans les mécanismes de contrôle *catch-all* leur apparaissait comme centrale. De l’autre côté, se faisant le relai des inquiétudes des opérateurs, le Conseil craignait qu’en s’éloignant des régimes multilatéraux en matière d’exportation des biens à double usage, une telle approche soit contre-productive. La version finale du Règlement, et en particulier de la clause *catch-all* relative aux technologies de cybersurveillance, est le résultat d’un compromis a minima entre ces deux positions.

### 1.1. Une clause indispensable selon la Commission et le Parlement

La réflexion sur la refonte du système européen de contrôle des exportations des biens à double usage est lancée à la suite des printemps arabes de 2010-2012. Plusieurs enquêtes révèlent alors que des technologies en provenance de firmes européennes ont été utilisées pour surveiller et réprimer les mouvements de contestations<sup>12</sup>. En Lybie, en Tunisie, en Syrie ou encore au Bahreïn, ces systèmes ont permis la mise en place de vastes programmes de surveillance, aboutissant à l’arrestation, à la torture, à l’emprisonnement et parfois même à l’exécution de dissidents. Ces scandales mettent en lumière les lacunes de la réglementation européenne qui, à l’époque, ne dit mot des biens de cybersurveillance. Elle ne mentionnait, en outre, le respect des droits humains – pourtant

---

12. Fédération internationale pour les droits humains (FIDH), « [Surveillance Technologies ‘Made in Europe’: Regulation Needed to Prevent Human Rights Abuses](#) », *Position paper*, n°648a, 14 décembre 2014 ; KANETAKE Machiko, *loc. cit.*, p. 3-4; BANNENBERG Jonathan, *loc. cit.*, p. 2.

censé guider la politique étrangère et commerciale de l'UE<sup>13</sup> – que de façon périphérique<sup>14</sup>.

Un consensus quant à la nécessité de revoir et d'actualiser le régime d'exportation des biens à double usage se dégage rapidement parmi les institutions européennes. Suivant l'exemple des États de l'Arrangement de Wassenaar, l'UE commence par inclure certains outils informatiques pouvant avoir des applications militaires à sa liste de biens à double usage à partir de 2014<sup>15</sup>. En parallèle, la Commission est chargée de formuler une première proposition de réforme, ce qu'elle fait le 28 septembre 2016<sup>16</sup>. Elle présente cette proposition comme « *une modernisation du règlement [existant] avec un accent sur la cybersurveillance et les droits humains*<sup>17</sup> ». Cette approche est jugée comme « *indispensable pour prévenir que des violations des droits de l'homme résultent de l'exportation de biens de l'Union vers des pays tiers, ainsi que pour parer aux risques en matière de sécurité que font peser, sur l'Union et ses citoyens, les nouvelles technologies de cybersurveillance*<sup>18</sup> ». La Commission renvoie plus précisément au « *droit à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et la liberté d'association, ainsi que, indirectement la protection contre l'arrestation et la détention arbitraire, ou le droit à la vie*<sup>19</sup> ».

Inscrire les droits humains au centre du nouveau règlement permettait en outre de réaligner le régime d'exportation des biens à double usage avec la politique de « *trade with values* » portée par l'UE<sup>20</sup>. Le Règlement (UE) 2021/821 est, de fait, loin d'être un cas isolé<sup>21</sup>. L'Union européenne a fait de la promotion et du respect des droits fondamentaux la pierre angulaire de sa politique extérieure et commerciale<sup>22</sup>. En matière d'exportation, ceci s'est notamment déjà traduit par l'adoption de la Position commune 2008/944/PESC définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et

- 
13. Union européenne, [Traité sur l'Union européenne](#), ouvert à ratification le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, Art. 21, §1 ; Union européenne, [Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne](#), ouvert à ratification le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, Art. 207, §1.
  14. L'article 8, §1 du Règlement (CE) n°2009/428 autorisait déjà les États membres à imposer des autorisations pour l'exportation de biens à double usage « pour des raisons liées à la sécurité publique ou à la sauvegarde des droits de l'homme ». C'est toutefois la seule mention des droits humains présente dans ce règlement.
  15. Union européenne, « [Règlement délégué \(UE\) n°2014/1382 de la Commission du 22 octobre 2014 modifiant le Règlement \(CE\) n°428/2009 du Conseil du 5 mai 2009](#) », *Journal Officiel de l'Union européenne*, 30 décembre 2014, L 371, p. 1.
  16. Commission européenne, « [Commission Working Staff Document Impact Assessment Report on the EU Export Control Policy Review Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, transfer, brokering, technical assistance and transit of dual-use items \(Recast\)](#) », 28 septembre 2016, SWD (2016) 315 final.
  17. SWD (2016) 315 final, p. 40.
  18. COM (2016) 616 final, p. 5.
  19. *Ibid.*, p. 7.
  20. *Ibid.*, p. 2-3.
  21. KANETAKE Machiko, *loc. cit.*, p. 5. Traduction libre.
  22. Union européenne, [Traité sur l'Union européenne](#), Art. 21, §1 ; Union européenne, [Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne](#), Art. 207, §1.

d'équipement militaire<sup>23</sup> et du Règlement (UE) 2019/125 concernant le commerce de certains biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>24</sup>.

C'est dans ce contexte que la clause *catch-all*, déjà présente dans le Règlement (CE) 2009/428 du 5 mai 2009, est élargie afin d'y inclure des considérations liées au respect des droits humains. Cette élargissement paraissait indispensable afin de s'assurer que le nouveau règlement soit pérenne et puisse rapidement s'adapter « *aux nouvelles menaces et à l'évolution technologique rapide*<sup>25</sup> ». Ce point de vue est partagé par le Parlement. Le rapport de la Commission commerce extérieur indique « *accueill[ir] positivement la démarche qui consiste à intégrer la dimension droits de l'homme*<sup>26</sup> ». Le rapport se félicite tout particulièrement de l'extension des contrôles *catch-all*. Lors de la séance plénière du 16 janvier 2018, Klaus Buchner (le rapporteur de la Commission commerce extérieur), affirme ainsi que cette clause est « *suffisamment restreinte pour ne pas interférer avec les exportations légitimes et suffisamment ouverte pour combler les lacunes connues*<sup>27</sup> ». Aux yeux de la Commission et du Parlement, la présence de notions floues renvoyant aux droits fondamentaux ne semblait donc pas poser de problèmes. Tel n'était toutefois pas l'avis du Conseil et des opérateurs.

## 1.2. Une clause inutile, voire contre-productive selon le Conseil

Le Conseil accueille le projet de refonte de la Commission avec une certaine défiance. Celle-ci se traduit par la suppression pure et simple de toute référence aux droits humains de la clause *catch-all* et même de la définition de « technologie de cybersurveillance »<sup>28</sup>. Répercutant les inquiétudes déjà exprimées par les opérateurs, le Conseil considère la clause inutile, voire contre-productive.

Les États membres jugent l'adjonction de nouveaux contrôles *catch-all* inutile pour plusieurs raisons. À leur sens, les mécanismes existant au niveau international et européen suffisent déjà à éviter le transfert de technologies sensibles vers des États où celles-ci pourraient être utilisées à mauvais escient. Un premier groupe d'États met

---

23. Union européenne, « [Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires](#) », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 355, 13 décembre 2008, p. 99.

24. Union européenne, « [Règlement \(UE\) 2019/125 du Parlement et du Conseil du 16 janvier 2019 concernant le commerce de certains biens susceptibles d'être utilisés en vue d'infliger la peine capitale, la torture ou d'autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants](#) », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 30, 31 janvier 2019, p. 1.

25. Union européenne, « [Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur l'examen du système de contrôle des exportations de biens à double usage](#) », *Journal Officiel de l'Union européenne*, 12 juin 2014, L 173, p. 82.

26. Parlement européen, Commission commerce extérieur, « [Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, transfer, brokering, technical assistance and transit of dual-use items \(recast\)](#) », 19 décembre 2017, A8-0390/2017, p. 56-57.

27. Parlement européen, [Séance plénière du 16 janvier 2018](#), Débats, CRE 16/01/2018-14.

28. Conseil de l'Union européenne, « [Mandat de négociation avec le Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage \(refonte\)](#) », 5 juin 2019, 9923/19.

l'accent sur l'article 8 du projet de règlement, lequel *permet* aux autorités de contrôle de soumettre l'exportation d'un bien non repris dans l'annexe I à autorisation pour des raisons liées « à la sauvegarde des droits de l'homme<sup>29</sup> ». Un second groupe d'États ajoute que le régime de sanctions de l'UE donne, pareillement, déjà la possibilité d'imposer des restrictions à l'exportation de biens sensibles vers des régimes autoritaires lorsque cela s'avère nécessaire<sup>30</sup>. D'un point de vue comme de l'autre, l'ajout de nouveaux contrôles *catch-all* est dès lors redondante.

Le Conseil estime que la clause *catch-all* spécifique aux biens de cybersurveillance, en plus d'être inutile, pourrait avoir des effets contre-productifs, notamment en termes de compétitivité et d'insécurité juridique.

Le risque de perte de compétitivité des entreprises européennes est probablement l'élément sur lequel le Conseil insiste le plus. Les États membres ne souhaitent pas s'éloigner des régimes multilatéraux existants, lesquels n'imposent pas de critères liés au respect des droits fondamentaux pour l'octroi de licences d'exportation. Ils estiment qu'en faisant peser une charge supplémentaire sur les opérateurs européens, la proposition de la Commission et du Parlement représenteraient un handicap sur les marchés de destination « où la compétitivité est la clé de la survie<sup>31</sup> ». Le ton est alarmiste : « Les contrôles des exportations de l'UE sans mesures parallèles dans les autres grandes économies ne serviraient qu'à pousser le développement de technologies pertinentes en dehors de l'UE<sup>32</sup>. » Dans la même lignée, le secteur des technologies digitales signale qu'« une action unilatérale de l'UE pourrait être préjudiciable à la compétitivité mondiale de l'industrie européenne<sup>33</sup> ».

Les opérateurs soulignent également avec une certaine fermeté l'insécurité juridique que cette clause, qui se fonde sur des notions et concepts indéterminés, risque de provoquer<sup>34</sup>. La Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC), par exemple, indique que « cette disposition crée une zone dangereuse d'incertitude juridique car la vérification de la situation des droits de l'homme dans le pays destinataire de l'exportation est une notion mal définie et complexe à mettre en œuvre<sup>35</sup> ». Dans le même sens, la *Bundesverband der Deutschen Industrie* (BDI) note : « Les normes non spécifiques relatives aux droits de l'homme ne devraient pas se retrouver dans des dispositions *catch-all*, [...]. Dans la pratique quotidienne des autorisations, l'industrie a besoin de critères de contrôle suffisamment précis pour pouvoir les appliquer avec

---

29. Il s'agit de l'article 9 dans la version finale du Règlement (UE) 2021/821. Par contraste, la clause *catch-all* de l'article 5 *oblige* les autorités de contrôle à soumettre l'exportation de biens qui pourraient être employés de façon contraire aux droits et libertés fondamentales à une autorisation.

30. Working Paper référencé [WK 5755/2018 INIT](#) du 15 mai 2018 des délégations tchèque, chypriote, estonienne, finlandaise, irlandaise, italienne, polonaise, suédoise et britannique, p. 5.

31. *Ibid.*, p.2. Traduction libre. Voir aussi Working Paper référencé [WK 1019/2018 INIT](#) du 29 janvier 2018 des délégations croate, tchèque, française, allemande, italienne, polonaise, portugaise, roumaine, slovaque, slovène et espagnole, p. 3.

32. *Ibidem*.

33. Digital Europe, *loc. cit.*, p. 2. Voir aussi Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC), « [Les biens à double usage \(civil et militaire\)](#) », Dossier de presse, mars 2017, p. 10.

34. Working paper référencé WK 1019/2018 INIT du 29 janvier 2018, p. 1 ; Working paper référencé WK 5755/2018 INIT du 14 mai 2018, p. 5.

35. FIEEC, *loc. cit.*, mars 2017, p. 15.

*certitude. [...] Une référence aux “violations des droits de l’homme” est trop large*<sup>36</sup>. » À défaut de supprimer les références aux droits humains de la clause *catch-all*, les opérateurs demandent que les institutions européennes clarifient les notions de « répression interne » et de « violations graves et systématiques des droits de l’homme et du droit humanitaire international ». Le Conseil est du même avis<sup>37</sup>.

### 1.3. Un texte final reflétant un compromis a minima

La remise des observations du Conseil le 13 novembre 2020 marque le début des négociations interinstitutionnelles. Après quatre réunions trilatérales, les institutions parviennent à un accord sur le texte du nouveau règlement le 9 novembre 2020<sup>38</sup>. Il est officiellement adopté le 20 mai 2021. Supprimées par le Conseil, la clause *catch-all* basée sur le respect des droits fondamentaux et la définition de « biens de cybersurveillance » font leur retour dans le Règlement. Le libellé final de la clause reprend globalement la formulation choisie par le Parlement dans son mandat de négociation du 17 janvier 2018<sup>39</sup>. De ce fait, d’aucuns estiment que la vision de la Commission et du Parlement a prévalu sur celle du Conseil<sup>40</sup>.

Malgré cela, certaines des préoccupations exprimées par le Conseil et les opérateurs sont répercutées dans le Règlement (UE) 2021/821. Ainsi, plusieurs « considérants » du préambule reviennent sur la nécessité de prendre en compte la situation des opérateurs et les difficultés que ceux-ci pourrait rencontrer dans la mise en œuvre de la nouvelle législation<sup>41</sup>. Plus fondamentalement, la Commission et le Conseil s’engagent à fournir aux opérateurs des éclaircissements pour la bonne mise en œuvre de leur obligations au titre de la clause *catch-all* spécifique aux biens de cybersurveillance<sup>42</sup>. L’article 24 du projet de refonte de 2016 — article 26 dans la version finale du règlement — stipule alors déjà que ces deux institutions « *formulent, s’il y a lieu, des orientations et/ou recommandations* »<sup>43</sup>. La fin de l’article 5 §2 prévoit quant à lui une réelle obligation : « *La Commission et le Conseil formulent des orientations à l’intention des exportateurs.* »

---

36. BDI, *loc. cit.*, janvier 2016, p. 6. Voir aussi Digital Europe, *loc. cit.*, p. 8.

37. Voir Working paper référencé WK 1019/2018 INIT du 29 janvier 2018, p. 1; Working paper, référencé WK 5755/2018 INIT du 15 mai 2018, p. 5.

38. Conseil de l’Union européenne, « Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items (recast) – Confirmation of the final compromise text with a view to agreement », 13 novembre 2020, 12798/20.

39. Parlement européen, « [Amendements du Parlement européen, adoptés le 17 janvier 2018, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un régime de l’Union de contrôle des exportations, des transferts, du courtage, de l’assistance technique et du transit en ce qui concerne les biens à double usage \(refonte\)](#) », 17 janvier 2017, P8\_TA(2018)0006, Amendement 32, p. 19.

40. KIM Heejin, « Global Export of Cyber Surveillance Technology and the Disrupted Triangular Dialogue », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 70, n°2, 2021, p. 411.

41. Règlement (UE) 2021/821, préambule, §§ 3, 18 et 34.

42. Règlement (UE) 2021/821, Art. 5, §2.

43. COM (2016) 616 final, p. 45.

À l’instar du Guide d’utilisation de la Position commune 2008/944/PESC<sup>44</sup>, les recommandations formulées par la Commission et le Conseil auront pour but de donner des indications concernant l’interprétation des notions et critères utilisés dans le nouveau règlement relatif à l’exportation des biens à double usage. Dit autrement, l’objectif est de tempérer le risque d’interprétation divergentes par les autorités de contrôle et, donc, d’insécurité juridique. Tel que mentionné dans l’introduction, 10 mois après l’entrée en vigueur du règlement, ces recommandations et/ou orientations générales n’ont toujours pas été publiées.

## 2. Interprétation des notions relatives aux droits humains dans le cadre du Règlement (UE) 2021/821

Lorsqu’il s’agit d’interpréter les actes législatifs de l’UE, la Cour de Justice de l’Union européenne (CJUE) a pris pour habitude de se référer aux principes d’interprétation de l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Celui-ci stipule que l’interprétation doit se faire « *suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes [...] dans leur contexte et à la lumière de l’objet et du but*<sup>45</sup> » du texte à interpréter. Il ajoute également qu’il est possible de prendre en compte la façon dont tout autre accord connexe a été mis en œuvre<sup>46</sup>. Ce dernier élément permet de pallier au manque de recul quant à la mise en pratique du Règlement (UE) 2021/821.

La première partie de cette note d’analyse a mis en évidence la façon dont ce règlement s’inscrit dans la continuité de la politique commerciale de l’UE. D’ailleurs, son préambule renvoie à la Position commune 2008/944/PESC, qu’il désigne explicitement comme un élément devant entrer en considération<sup>47</sup>. En outre, la terminologie de la clause *catch-all* spécifique aux biens de cybersurveillance reprend largement celle du deuxième critère de la Position commune<sup>48</sup>. En s’appuyant sur le Guide d’utilisation de la Position commune de 2008, la seconde partie de cette note d’analyse cherche à clarifier les notions de « répression interne », de « violations graves et systématiques des droits de l’homme » et de « violations graves et systématiques du droit humanitaire international » employées dans l’article 5 du Règlement (UE) 2021/821. Elle met en exergue les difficultés inhérentes à la définition de ces notions, le constat de violations des droits humains et du droit international humanitaire se faisant toujours au cas par cas et tenant compte des circonstances de l’espèce.

---

44. Conseil de l’Union européenne, « [Guide d’utilisation de la position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d’équipements militaires](#) », 29 avril 2009, 9241/09, p. 2.

45. Nations unies, [Convention de Vienne sur le droit des traités](#), ouvert à ratification le 23 mai 1969, entré en vigueur le 27 janvier 1980, Art. 31, § 1.

46. Convention de Vienne sur le droit des traités, Article 31, § 2, a) et § 3.

47. Règlement (CE) 2021/821, préambule, § 2.

48. Le deuxième critère de la Position commune 2008/944/PESC évoque le « *respect des droits de l’homme dans le pays de destination finale et [du] respect du droit humanitaire international* », ainsi que « *la répression interne* » : Position commune 2008/944/PESC, Art. 2, § 2 et Art. 2, § 2, a).

## 2.1. « Répression interne »

Au sens commun, le terme « répression » est défini comme : une « *action d'exercer des contraintes graves, des violences sur quelqu'un ou un groupe afin d'empêcher le développement d'un désordre*<sup>49</sup> » ; le « *fait d'empêcher par la violence un soulèvement collectif*<sup>50</sup> » ; le « *fait d'arrêter par la violence un mouvement de révolte collectif*<sup>51</sup> » ; ou encore l'« *anéantissement par la violence, écrasement d'un mouvement collectif*<sup>52</sup> ». Il ressort de ces définitions que la répression se caractérise par la présence trois éléments cumulatifs. Le premier renvoie aux moyens : l'emploi de la violence, essentiellement physique, considérée comme excessive. Le second, à l'objet de ces mesures violentes : un mouvement de masse, généralement contestataire, c'est-à-dire qui remet en question l'ordre établi. Enfin, le troisième élément se réfère au but : mettre un terme à ladite contestation.

Ces trois éléments se retrouvent en filigrane du Guide d'utilisation de la Position commune de 2008, même si celui-ci insiste tout particulièrement sur l'emploi de la violence. La question déterminante est de savoir si l'usage de la violence physique par les autorités équivaut à une violation du droit à la vie, à une violation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ou à une violation du droit à la liberté et à la sûreté. L'article 2 de la Position commune mentionne ainsi « *la torture et autres traitements ou châtiments cruels, inhumains et dégradants, les exécutions sommaires ou arbitraires, les disparitions, les détentions arbitraires*<sup>53</sup> ».

Néanmoins, la question de savoir quels types d'actions sont, concrètement, susceptibles de constituer des violations des droits susmentionnés persiste. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre à quel point chaque situation doit être appréciée au cas par cas et en tenant compte des circonstances de l'espèce. Ainsi, l'utilisation de balles réelles, et plus généralement de la force létale, lors de manifestations n'est pas toujours considérée comme une atteinte au droit à la vie<sup>54</sup>. Pareillement, en dehors de l'UE, toute exécution n'est pas « arbitraire » : la peine de mort doit être prévue par la loi et être imposée à la suite d'un procès « équitable »<sup>55</sup>. Il en est de même pour la détention, qui n'est considérée comme « arbitraire » que si elle sort des cadres définis par la loi et/ou apparaît comme disproportionnée, inappropriée ou discriminatoire, car fondée, par exemple, sur les opinions politiques de la personne privée de liberté<sup>56</sup>. Enfin, toujours dans le même sens, les maltraitements physiques ne constituent

---

49. [Dictionnaire Larousse](#).

50. [Centre national de ressources textuelles et lexicales](#) (CNRTL).

51. [Dictionnaire Le Robert](#).

52. [Dictionnaire de l'Académie française](#).

53. Position commune 2008/944/PESC, Art. 2, § 2, a).

54. Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), « [Guide sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Manifestations de masse](#) », 31 décembre 2021, p. 28-30

55. Conseil de l'Europe, [Convention européenne des droits de l'homme](#), ouverte à ratification le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, Art. 2, §2 ; Nations unies, [Pacte international relatif aux droits civils et politiques](#), ouvert à la signature le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, Art. 6, § 2.

56. Nations unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « [À propos de la détention arbitraire](#) ».

pas *ipso facto* un traitement inhumain ou dégradant ni, *a fortiori*, un acte de torture. Divers facteurs entrent en considération, notamment la gravité des maltraitances et l'intention avec laquelle elles sont infligées.

Il résulte déjà de ce qui précède que l'usage excessif de la force ne suffit pas, à lui seul, à faire basculer les actions d'un État dans le champ de la « répression ». La violence doit intervenir dans un certain contexte — mouvement de contestation — et poursuivre un certain but — mettre un terme à cette contestation. Dit autrement, la répression s'inscrit dans le cadre d'une politique visant à faire taire les voix dissidentes. La prise en compte de ces deux autres éléments est d'autant plus pertinente dans le cas des biens de cybersurveillance. Contrairement aux armes et aux biens visés par le Règlement (UE) 2019/125, ces derniers ne servent pas directement à infliger des violences, mais facilitent l'identification, le fichage et le traçage d'individus suspectés de faire partie du mouvement de contestation. Toutefois, ces deux éléments – le contexte et le but – compliquent d'autant plus l'analyse de la situation. Ils soulèvent des questions épineuses, telles que : qu'est ce qui caractérise un mouvement de contestation, et comment établir une « intention » ?

## 2.2. « Violations graves et systématiques des droits de l'homme »

La notion de « violations graves et systématiques des droits de l'homme » est encore plus large et plus floue que celle de « répression interne ». Des trois notions employées dans l'article 5 du Règlement (UE) 2021/821, il s'agit également de celle pour laquelle le Guide d'utilisation de la Position commune de 2008 apporte le moins de précisions<sup>57</sup>. Pourtant, l'utilisation de l'expression « violations graves [et/ou systématiques] des droits de l'homme » est devenue de plus en plus courante. Elle semble même avoir acquis un statut juridique à part entière. Malgré cela son contenu reste largement indéterminé.

Plusieurs auteurs ont déjà cherché à mieux en saisir les contours. En 1988, sur base du système interaméricain de protection des droits et des libertés fondamentales, la Professeure Cecilia Medina-Quiroga en propose une définition qui se révèle assez proche de celle de crime contre l'humanité<sup>58</sup>. Définit à l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI), ces crimes consistent en des actions (meurtres, viols, torture, déportation, apartheid, etc.) commis dans le cadre « *d'une attaque généralisée ou systématique* », c'est-à-dire en application ou dans la poursuite d'une politique<sup>59</sup>. S'il ne fait aucun doute que les crimes contre l'humanité constituent des violations graves et systématiques des droits humains, la notion s'est depuis élargie. Aujourd'hui, il semble que des droits civils et politiques soient susceptibles de faire l'objet de telles violations<sup>60</sup>.

---

57. Conseil de l'Union européenne, « Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC », *loc. cit.*, § 3.2.6, p. 41.

58. MEDINA-QUIROGA Cecilia, *The Battle for Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988, p. 16.

59. Cour pénale internationale (CPI), « [Instruments adoptés par l'Assemblée des États Parties : B. Éléments des Crimes](#) », Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, Première Session, 3-10 septembre 2002, ICC-ASP/1/13, article 7, Introduction, § 3, p. 5.

60. Voir Geneva Academy, « [What amounts to a 'serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty](#) », *Academy Briefing n°6*, août 2014, p. 23.

Deux critères semblent être plus spécialement pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer la nature « grave et systématique » de violations des droits humains. Le premier est d'ordre qualitatif, tandis que le deuxième est d'ordre quantitatif.

Le critère qualitatif renvoie à l'idée de « gravité ». Il englobe les questions du type de droit violé, de l'ampleur de la violation, et dans une certaine mesure du statut de la victime<sup>61</sup>. La question du type de droit violé doit être mise en lien avec la distinction opérée entre droits « dérogeables » – dont la violation ne serait pas toujours grave – et droits « indérogeables » – dont la violation ne peut jamais être justifiée. Cependant, la question de savoir quels droits font partie de quelle catégorie ne fait pas l'unanimité. Les droits les plus souvent mentionnés comme « indérogeables » sont : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, l'interdiction de l'esclavage, le droit à la liberté et à la sûreté, le principe de non-rétroactivité des lois, ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>62</sup>. Toutefois, même parmi ces droits, une distinction doit être opérée en fonction de l'ampleur de la violation et, parfois, du statut de la victime. Ainsi, si une violation du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et de l'interdiction de l'esclavage est quasi systématiquement considérée comme « grave », tel n'est pas le cas pour les autres droits mentionnés. L'ampleur de la violation et la vulnérabilité de la victime – par exemple, parce qu'elle est mineure ou fait partie d'une minorité – sont d'autres éléments pouvant affecter la gravité de la violation<sup>63</sup>.

Le critère quantitatif, quant à lui, renvoie au caractère « systématique » de la violation. Il pallie l'absence totale ou partielle du critère qualitatif ; soit parce que le droit violé n'est pas indérogeable, soit parce que l'ampleur de la violation ne justifie pas le qualificatif de « grave ». Tout droit humain est susceptible de faire l'objet de violations « graves » si ces violations sont massives, c'est-à-dire suffisamment nombreuses et répétées pour traduire un schéma continu et convergent<sup>64</sup>. Aucune indication n'existe quant aux nombres des violations, des droits violés ou de victimes. Une fois de plus, l'appréciation doit se faire au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il est donc généralement difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir l'existence de violations graves et systématiques des droits de l'homme avant qu'une juridiction compétente n'ait eu l'opportunité d'analyser la situation en profondeur.

### **2.3. « Violations graves et systématiques du droit humanitaire international »**

Des trois notions employées dans l'article 5 du Règlement (CE) 2021/821, celle de « violations graves et systématiques du droit humanitaire international » est possiblement la plus claire juridiquement. Comme l'explique le Guide d'utilisation de la Position commune de 2008, les violations graves du droit humanitaire international correspondent aux infractions graves aux quatre Conventions de Genève de 1949, du

---

61. MEDINA-QUIROGA Cecilia, *op. cit.*, pp. 13.

62. Voir Conseil de l'Europe, « [Éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme. Lignes directrices et textes de référence](#) », 30 mars 2011, H/Inf (2011) 7, p. 26 et 51.

63. MEDINA-QUIROGA Cecilia, *op. cit.*, p. 14.

64. *Ibid.*, p. 12.

Protocole additionnel I de 1977 et aux actions reprises dans l'article 8 du Statut de la CPI portant sur les crimes de guerre<sup>65</sup>. Le droit international humanitaire spécifie, en outre, lui-même ce qu'il convient de considérer comme une infraction « grave » à ses règles et principes aux articles 50, 51, 130 et 147 des quatre conventions de Genève respectivement, de même que dans les articles 11 à 85 du Protocole additionnel I.

Au regard de ces diverses dispositions doit notamment être considéré comme des « violations graves du droit humanitaire international », l'un quelconque des actes suivants lorsque commis contre des personnes protégées (civils ; combattants malades, blessés, hors du combat ; prisonniers de guerre) : « *l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire*<sup>66</sup>. » À cette liste s'ajoutent des violations du droit international humanitaire coutumier reprises à l'article 8 §2 b) et e), parmi lesquelles on peut mentionner différents types d'attaques indiscriminées contre des personnes, biens ou bâtiments protégés ; les attaques causant des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ; les transferts de populations de et vers des territoires occupés ; la perfidie ; l'utilisation d'armes et/ou de munitions prohibées ; le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats ; ou encore les sévices sexuels et autres violences basées sur le genre.

Bien que la notion de violations graves et systématiques du droit humanitaire international soit techniquement définie, cela ne signifie pas que son inclusion dans la clause *catch-all* spécifique aux biens de cybersurveillance du Règlement (UE) 2021/821 ne pose pas problème en terme de sécurité juridique. Malgré les apparences, les définitions contenues dans les Conventions de Genève, le Protocole additionnel I et le Statut de la CPI restent pour la plupart floues. Comme le souligne le Guide d'utilisation de la Position commune de 2008, les grands principes du droit international humanitaire sont ceux de distinction, de proportionnalité et d'interdiction des maux superflus<sup>67</sup>. Sauf exception, c'est également autour de ces principes que gravite la notion d'« infraction grave » au droit international humanitaire. Or, ces principes sont eux-mêmes indéterminés dans le sens où, de nouveau, leur violation dépend des circonstances de l'espèce et doit être appréciée au cas par cas. Il s'ensuit que, comme pour les deux premières notions, il est compliqué d'établir l'existence de « violations graves et systématiques du droit

---

65. Conseil de l'Union européenne, « Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC », § 3.2.11, p. 44.

66. [Convention \(I\) pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne](#), ouverte à ratification le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, Art. 50 ; [Convention \(II\) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer](#), ouverte à ratification le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, Art. 51 ; [Convention \(III\) relative au traitement des prisonniers de guerre](#), ouverte à ratification le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, Art. 137 ; [Convention \(IV\) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre](#), ouverte à ratification le 12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950, Art. 147 ; CPI, [Statut de la Cour pénale internationale](#), ouvert à signature le 17 juillet 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002, Art. 8, § 2, a).

67. Conseil de l'Union européenne, « Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC », § 3.2.10, p. 43.

humanitaire international » avant qu'une juridiction compétente n'ait eu l'occasion d'examiner la situation de manière approfondie.

## Conclusion

La refonte du régime européen d'exportation relatif aux biens à double usage marque un tournant. Adopté en réaction aux scandales entourant l'utilisation de biens de cybersurveillance en provenance des firmes européennes comme moyen de répression lors des printemps arabes, le Règlement (UE) 2021/821 a fait du respect des droits humains un critère central pour l'octroi de licences d'exportation. Ce faisant, l'UE a choisi de s'éloigner du paradigme traditionnel liant les contrôles sur les exportations des biens à double usage aux obligations en matière de non-prolifération. Il s'agissait aussi pour les institutions d'envoyer un signal fort, indiquant, pour reprendre les termes du Rapporteur de la Commission commerce extérieur du Parlement européen, que les « *droits humains doivent passer avant le profit*<sup>68</sup> ». Ceci s'est, en particulier, traduit par l'introduction de nouveaux mécanismes de contrôle *catch-all* spécifiques aux technologies de cybersurveillance et basés sur le « risque » – bien que ce terme ne soit pas employé dans le règlement –, que ces technologies soient utilisées dans le cadre de « répression interne ou de commissions de violations graves et systématiques des droits de l'homme et du droit humanitaire international ».

On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la façon dont ce concept de « risque » tempère ou au contraire augmente le problème d'insécurité juridique que pose la clause *catch-all* et que cette note a mis en évidence. Il ressort de cette analyse que l'appréciation des violations des droits humains au cas par cas et selon les circonstances de l'espèce empêche de parvenir à une définition intégrale. Une forme d'insécurité juridique persiste, ce qui est sans doute le propre du régime international de protection de droits humains. Cependant, il n'est pas demandé aux autorités de contrôle ou aux exportateurs d'avoir la certitude que des violations sont effectivement commises. Un « risque » suffit et le niveau de preuve est donc bien moindre<sup>69</sup>. Le Guide d'utilisation de la Position commune 2008/944/PESC, sur lequel les autorités de contrôle et les opérateurs peuvent se reposer dans l'attente de recommandations spécifiques, offre plusieurs indications quant à la façon d'évaluer la situation dans le pays de destination des biens<sup>70</sup>. Les ventes d'armes aux pays du Conseil de coopération du golfe (CCG) dans le cadre de la guerre au Yémen et les livraisons d'armes à l'Ukraine depuis l'invasion russe du 24 février 2022 montrent cependant à quel point cette Position commune est dernièrement malmenée et fait l'objet d'applications divergentes. La persistance d'une insécurité juridique et le flou entourant l'appréciation des risques renvoient donc le débat dans la sphère politique.

\* \* \*

---

68. Parlement européen, Séance plénière du 16 janvier 2018, CRE 16/01/2018-14. Traduction libre.

69. Conseil de l'Union européenne, « Guide d'utilisation de la position commune 2008/944/PESC », § 3.2.7, p. 41.

70. *Ibid.*, p. 41-42

## **Auteure**

*Agatha Verdebout est chargée de recherche au GRIP au sein du pôle « Armement et désarmement ». Elle est titulaire d'un Doctorat en droit international public (ULB) et spécialiste du droit de la paix et de la sécurité internationales.*