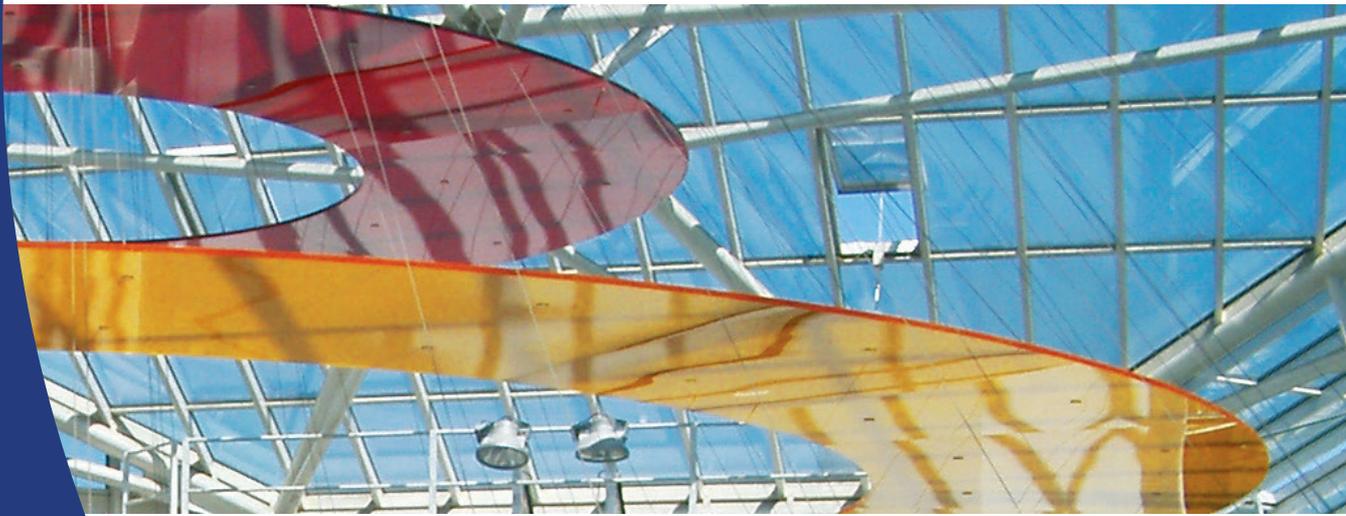


Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2018



Education and Culture DG

Actualités du Centre d'études juridiques européennes – 2018 -

Avant-propos

Le Centre d'études juridiques européennes a le plaisir de publier dans la présente brochure les « actualités » qui ont été rédigées au cours de l'année 2018 et qui offrent un éclairage spécialisé sur les développements du droit de l'Union européenne et des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne. Elles sont principalement rédigées par des doctorants et des chercheurs rattachés au Centre.

Nous continuons à mettre régulièrement en ligne des actualités sur le site à l'adresse www.ceje.ch. Des Newsletter sont envoyées à nos abonnés pour les tenir informés des publications, conférences, masters que nous organisons. L'inscription à la Newsletter est gratuite et se fait en ligne sur le site du Centre (www.ceje.ch).

Nous vous souhaitons une bonne lecture.



Mai 2020

Christine KADDOUS

Professeur, chaire Jean Monnet *ad personam*

Directeur du Centre d'études juridiques
européennes, Centre d'excellence Jean Monnet

Table des matières

I. Questions institutionnelles

1. Les recommandations ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation (22. 2. 2018) 1
2. Herman Van Rompuy a partagé ses réflexions au sujet de l'avenir de l'Union européenne (7. 3. 2018)..... 2
3. Confirmation de l'absence d'effet direct des directives dans des litiges entre particuliers : l'arrêt Smith (10. 9. 2018) 2
4. Arrêt XC : la Cour de justice précise la portée des principes d'équivalence et d'effectivité (31. 10. 2018) 4

II. Brexit

5. Brexit : quelle gouvernance pour l'accord de retrait ? (12. 6. 2018) 6
6. Brexit implications on the European arrest warrant? (15. 10. 2018) 6
7. Is an agreed Brexit still possible by March 2019? The State of the Negotiations (29. 10. 2018) 8
8. The implications for the EU of the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom. A final chapter for the Brexit ? (30. 11. 2018) 9
9. Le Royaume-Uni est en droit de révoquer la notification de son intention de retrait de l'Union européenne (17. 12. 2018) 11

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

10. Une ingérence à la protection des données est possible si elle est proportionnée à la gravité de l'infraction pénale poursuivie (11. 10. 2018)..... 13
11. La Pologne doit suspendre immédiatement et rétroactivement les effets de la loi réformant la Cour suprême (20. 11. 2018). 14

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

12. L'application du certificat de sécurité sociale des travailleurs détachés dans l'Union européenne peut, en cas de fraude, être écartée par les juridictions nationales (7. 2. 2018) 16
13. Des soupçons de crimes de guerre et/ou de crimes contre l'humanité peuvent constituer des motifs d'ordre public et de sécurité publique (11. 5. 2018)..... 17
14. La notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 englobe également les conjoints de même sexe (14.6.2018)..... 19
15. Discrimination des personnes ayant changé de sexe lors de l'accès à la retraite : la Cour de justice s'y oppose (29. 6. 2018)..... 20

V. Libre circulation des marchandises et des services

16. L'arrêt Uber est-il à la base d'une jurisprudence sur les plateformes ? (14. 3. 2018) 22
17. Qualification des services prestés au moyen de l'application Uber (2. 5. 2018)..... 23
18. La protection des droits des travailleurs et la libre prestation des services dans l'arrêt Čepelnik (20. 11. 2018)..... 24

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

19. Un requérant d'asile peut demeurer sur le territoire d'un Etat membre jusqu'à l'issue de son recours introduit contre le rejet de sa demande de protection internationale (29. 6. 2018)..... 26

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

20.	Les défaillances du système judiciaire polonais peuvent justifier un refus de mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen (29. 8. 2018).....	28
21.	Demandes de statut de réfugié palestinien au sein de l'Union européenne : la CJUE apporte des précisions (19. 9. 2018).....	29
VIII. Fiscalité et droit des sociétés		
22.	Le Conseil d'Etat français sanctionné par la Cour de justice pour ne pas avoir posé une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union (16. 10. 2018).....	31
IX. Services de la société d'information		
23.	Les vidéos promotionnelles sur YouTube ne sont pas des services de médias audiovisuels (23. 2. 2018).....	33
X. Protection des données		
24.	Protection des données à caractère personnel : une (r)évolution (4. 5. 2018).....	34
25.	Témoins de Jéhovah, soumis au droit de l'Union européenne en matière de traitement de données à caractère personnel (20. 8. 2018).....	35
XI. Action extérieure		
26.	Incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE (12. 3. 2018).....	37
27.	Questions horizontales de la dimension externe des politiques de l'Union européenne (1. 6. 2018).....	38
28.	Trade and Investment Issues in the EU External Action (13. 6. 2018).....	39
29.	La circulation des véhicules des entreprises turques sur le territoire d'un Etat membre : conditions posées par la législation nationale (20. 9. 2018).....	41
30.	Conformité au droit international de la mer de la directive relative à la pollution causée par les navires (21. 9. 2018).....	42
31.	Une prise de position au sein du conseil de coopération UE-Kazakhstan à la majorité qualifiée, et non à l'unanimité (24. 9. 2018).....	43
32.	Arrêt AMP Antarctique : limites à la possibilité pour l'UE d'agir seule dans un domaine de compétence partagée (10. 12. 2018).....	44
XII. Politique étrangère et de sécurité commune		
33.	La Corée du Nord à nouveau sanctionnée par l'Union européenne (5. 3. 2018).....	46
34.	Le conflit armé en Syrie et l'action de l'Union européenne (8. 3. 2018).....	47
35.	Position de l'Union européenne en matière de désarmement et de non-prolifération dans le domaine chimique (3. 5. 2018).....	48
36.	Respect des droits fondamentaux des personnes maintenues sur les listes de mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne (2. 10. 2018).....	50
XIII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne		
37.	Relations Suisse-UE : vues et perspectives différentes du côté suisse et du côté européen (30. 1. 2018).....	52
38.	Un droit de séjour en faveur de parents ressortissants d'un Etat tiers ayant un droit de garde sur un enfant en bas âge ressortissant d'un Etat membre de l'UE (5. 2. 2018).....	53
39.	La gestion de titres de participation dans des sociétés établies dans un Etat partie à l'ALCP à partir d'un autre Etat partie audit accord ne relève pas de la liberté d'établissement (29. 3. 2018).....	55

I. Questions institutionnelles

1. *Les recommandations ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation*

Dans l'arrêt de grande chambre rendu, le 20 février 2018, dans l'affaire C-16/16 P Belgique c. Commission, la Cour de justice de l'Union européenne a rejeté le pourvoi introduit contre l'ordonnance du Tribunal tout en clarifiant la notion d'acte attaquant dans le cadre d'un recours en annulation.

La Belgique avait demandé, en vertu de l'article 263 TFUE, l'annulation de la recommandation 2014/478/UE de la Commission européenne sur la protection des consommateurs et des joueurs dans le cadre des services de jeux de hasard en ligne. Le Tribunal avait estimé que le recours était irrecevable parce que la recommandation litigieuse ne produisait pas d'effets obligatoires et ne pouvait donc pas être qualifiée d'acte attaquant.

Au titre de l'article 263, premier alinéa, TFUE, la Cour contrôle la légalité « des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ». Si les recommandations sont, en principe, exclues du contrôle exercé dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour considère toutefois que, « à titre exceptionnel, l'impossibilité de former un recours en annulation contre une recommandation ne vaut pas si l'acte attaqué, par son contenu, ne constitue pas une véritable recommandation » (point 29).

Il faut donc analyser le contenu de la recommandation ainsi que le contexte de son adoption pour vérifier si l'on se trouve dans une telle exception. Cet examen ayant déjà été effectué par le Tribunal, la Cour vérifie uniquement si une erreur a été commise. Concernant le contenu de la recommandation, le Tribunal avait considéré qu'elle avait été rédigée en des termes non impératifs et que son contenu révèle qu'elle n'était pas destinée à produire des effets juridiques contraignants. La recommandation ne comporte, par ailleurs, aucune obligation envers les États membres d'appliquer les principes qui y sont énoncés. Pour ce qui est du contexte, le Tribunal avait rappelé que les institutions avaient établi, en 2012, qu'il n'était pas opportun de proposer une législation harmonisée dans le secteur des jeux de hasard en ligne.

Cette analyse permet à la Cour de justice de conclure que le Tribunal pouvait valablement conclure que la recommandation ne produisait pas d'effets juridiques et ne pouvait donc pas être qualifiée d'acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE (point 37).

La Belgique a tenté de soutenir que l'impossibilité d'introduire un recours en annulation pouvait être contraire à la jurisprudence établie dans l'arrêt *Les Verts*. A cet égard, la Cour de justice établit une distinction entre les deux affaires. Dans l'arrêt *Les Verts*, les traités ne contenaient pas de disposition relative à la possibilité d'introduire un recours en annulation contre un acte adopté par le Parlement européen alors que, dans l'arrêt *Belgique c. Commission*, l'article 263, premier alinéa, TFUE exclut expressément les recommandations du champ d'application du recours en annulation (point 43). Cette exclusion n'empêche pas pour autant que les recommandations peuvent faire l'objet d'un contrôle par la Cour de justice de l'Union européenne. L'article 267 TFUE permet à la Cour de statuer, à titre préjudiciel, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union, « sans exception aucune » (point 44).

Cet arrêt apporte une nouvelle clarification de la notion d'acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE, une question qui semblait pourtant avoir déjà été largement analysée par la Cour.

Si l'existence d'un système complet de voies de recours est fondamental dans une Union de droit, cela ne signifie pas que tout acte, même ceux expressément exclus par l'article 263 TFUE, puissent faire l'objet d'un recours en annulation.

Elisabet Ruiz Cairó, « Les recommandations ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation », actualité du 22 février 2018, www.ceje.ch

2. Herman Van Rompuy a partagé ses réflexions au sujet de l'avenir de l'Union européenne

A l'occasion d'une conférence donnée le 1er mars 2018 dans le cadre de la Fondation Jean Monnet, Herman Van Rompuy, ancien premier ministre de la Belgique et ancien président du Conseil européen (2010-2014), a livré ses réflexions au sujet de l'avenir de l'Union européenne.

Dans une première partie, il a dressé un bilan critique du fonctionnement de l'Union européenne. Selon lui, celle-ci a été incapable d'anticiper les situations de crises, prenant ainsi la mauvaise habitude d'agir dans l'urgence. A ce titre, il a notamment cité la crise de la zone euro (2010-2013) et celle de la zone Schengen (2015-2016). M. Van Rompuy a également mis en doute les capacités actuelles de l'Union européenne à faire face à de nouvelles situations critiques.

Néanmoins, l'ancien président du Conseil européen s'est réjoui de l'adoption anticipée de mesures, en particulier dans le domaine du changement climatique avec notamment l'établissement d'une position commune en 2014 prévoyant une réduction des gaz à effet de serre d'ici 2030, et dans le domaine de la défense commune avec la mise en place de la PESCO (Permanent Structured Cooperation), une coopération militaire renforcée entre les Etats membres, considérée comme une première étape vers une défense européenne commune.

Dans une seconde partie, M. Van Rompuy a exposé les actions positives accomplies ou actuellement entreprises par l'Union européenne. Il a en premier lieu étayé la multiplication des accords commerciaux conclus avec des Etats, tels que le Canada ou le Japon. Il a aussi souligné l'importance pour l'Union européenne de négocier un accord avec les quatre Etats fondateurs du Mercosur (Brésil, Argentine, Paraguay et Uruguay), ainsi qu'avec des Etats d'Asie (Vietnam, Indonésie, Inde). M. Van Rompuy a également salué le développement d'un marché unique numérique et la mise en place d'un fonds européen pour les investissements stratégiques. Enfin, il est revenu sur la nécessité de continuer l'élargissement de l'Union européenne envers les Balkans occidentaux en vue d'assurer une paix et une stabilité durables dans cette région.

M. Van Rompuy a conclu son exposé au sujet du Brexit en rappelant les craintes d'un éventuel vide juridique en cas d'absence d'accord (de libre-échange) entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

David Trajilovic, « Herman Van Rompuy a partagé ses réflexions au sujet de l'avenir de l'Union européenne », actualité du 7 mars 2018, www.ceje.ch

3. Confirmation de l'absence d'effet direct des directives dans des litiges entre particuliers : l'arrêt Smith

Il résulte de l'article 288 du traité FUE que contrairement aux dispositions des règlements, les dispositions des directives, mêmes lorsqu'elles réunissent les critères requis pour produire un effet direct, ne peuvent pas être directement invoquées dans des litiges opposant des particuliers. La Cour a souligné, dans l'arrêt Faccini Dori (aff. C-91/92), que reconnaître un effet direct horizontal aux directives reviendrait à reconnaître à l'Union le pouvoir d'édicter, avec effet immédiat, des obligations à la charge des particuliers, « alors qu'elle ne détient cette

compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements » (pt 25). La Cour a toutefois précisé, dans ledit arrêt, deux principes qui, en l'absence d'effet direct horizontal des directives, permettent d'assurer le bénéfice effectif des droits conférés aux particuliers par les dispositions de ces dernières. Il s'agit, d'abord, du principe d'interprétation conforme se traduisant par le devoir, pour les juridictions des Etats membres, d'interpréter les droits internes à la lumière des textes et des finalités des directives, de sorte à atteindre les résultats visés par celles-ci (pt 26). Il s'agit, ensuite, de l'action en réparation d'un dommage causé du fait de la non-transposition, ou de la mauvaise transposition, d'une directive dans un ordre juridique interne, conformément aux conditions requises à cet effet au sens de l'arrêt Francovich (aff. jtes C-6/90 et C-9/90) (pt 29).

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour de justice a précisé la portée du devoir d'interprétation conforme. Dans l'arrêt Maribel Dominguez (aff. C-282/10) par exemple, elle a souligné que l'obligation du juge national de se référer au contenu d'une directive lorsqu'il interprète le droit interne est limitée par les principes généraux du droit et ne peut pas servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national (pt 25).

L'arrêt Smith (aff. C-122/17), rendu en Grande Chambre le 7 août 2018, concerne un cas de figure particulier, dès lors qu'il porte sur la possibilité pour les juridictions des Etats membres d'appliquer les dispositions d'une directive dans un litige opposant des particuliers, lorsque le droit interne applicable est manifestement incompatible avec les dispositions de la directive en cause et ne peut, dès lors, pas faire l'objet d'une interprétation conforme aux finalités visées par celle-ci.

Un ressortissant irlandais a été gravement blessé lors d'un accident de circulation. La compagnie d'assurances, entreprise de droit privé, a refusé la réparation du dommage subi par l'intéressé en invoquant une clause d'exclusion dans la police d'assurance. Selon cette clause, et conformément à la réglementation irlandaise sur la circulation routière, n'étaient pas réparés les dommages corporels causés aux personnes transportées en tant que passagers dans une partie du véhicule qui n'était ni conçue, ni construite avec des sièges pour passagers.

Compte tenu du fait que le litige dans l'affaire au principal opposait des personnes de droit privé, les juges de fond ont interprété la réglementation irlandaise à la lumière de la directive 2009/103 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité. La clause d'exclusion figurant dans le contrat d'assurance a été déclarée nulle. La décision des juges de fond a fait l'objet d'un appel.

La Court of Appeal irlandaise a estimé qu'en raison de l'incompatibilité manifeste du droit irlandais avec la directive 2009/103, il n'était pas possible d'interpréter les dispositions dudit droit à la lumière des dispositions de cette directive. Elle a donc interrogé la Cour de justice sur les obligations qui incombent à une juridiction interne, saisie d'un litige entre particuliers, lorsque la réglementation nationale applicable est manifestement incompatible avec les dispositions d'une directive qui remplissent les conditions requises pour produire un effet direct. Ladite juridiction a, en particulier, demandé à la Cour si la non-application de la clause d'exclusion en cause dans l'affaire au principal reviendrait à conférer aux dispositions de la directive 2009/103 « une forme d'effet direct horizontal » (pt 30).

Dans sa réponse, la Cour de justice a, d'abord, souligné qu'au sens de l'article 288 du traité FUE, une directive ne peut pas créer des obligations pour un particulier et ne peut pas être invoquée contre lui. Elle a, ensuite, examiné l'affaire au principal à la lumière de sa jurisprudence relative à l'invocabilité des directives dans des litiges opposant des particuliers. La Cour a souligné que l'affaire au principal se distingue de l'arrêt DI (aff. C-441/14) dans la mesure où cet arrêt porte sur la possibilité d'invoquer, dans un litige entre particuliers, le

principe général de non-discrimination et non les dispositions de la directive 2000/78, qui concrétisent ce principe. De même, la Cour a considéré que les arrêts Ruiz Bernáldez (aff. C-129/94) et Candolin e.a. (aff. C-537/03) n'avaient pas vocation à s'appliquer dans l'affaire au principal. Il s'agissait, dans ces arrêts, de règles techniques nationales adoptées en méconnaissance d'obligations procédurales de notification énoncées dans la directive 83/189. La Cour a considéré que, dans ces arrêts, les règles techniques nationales étaient déclarées inapplicables au motif que le non-respect de la directive 83/189 résultait d'un vice de procédure ayant entaché l'adoption desdites règles (pt 53). Or, les dispositions de droit irlandais en cause dans l'affaire au principal n'étaient pas des règles techniques mais des règles substantielles. La Cour a, dès lors, considéré que cette affaire relève du champ d'application de sa jurisprudence relative à l'absence d'invocabilité, dans des litiges opposant des particuliers, d'une directive non transposée ou incorrectement transposée dans l'ordre juridique d'un Etat membre (pt 54). Elle a ainsi conclu que la juridiction de renvoi n'était pas tenue de laisser inappliquées les dispositions de droit interne ne pouvant pas faire l'objet d'une interprétation conforme, dès lors qu'une telle inapplication aurait pour effet de reconnaître un effet direct aux dispositions des directives dans des litiges opposant des particuliers (pt 55). En revanche, la Cour a souligné la possibilité, pour la partie lésée dans l'affaire au principal, de s'appuyer sur la jurisprudence Francovich (aff. jtes C-6/90 et C-9/9) en vue de demander la réparation du dommage causé du fait de la mauvaise transposition, dans l'ordre juridique irlandais, de la directive 2009/103 (pt 56).

Ljupcho Grozdanovski, « Confirmation de l'absence d'effet direct des directives dans des litiges entre particuliers : l'arrêt Smith », actualité du 10 septembre 2018, www.ceje.ch

4. Arrêt XC : la Cour de justice précise la portée des principes d'équivalence et d'effectivité

Dans un arrêt de grande chambre rendu le 24 octobre 2018 en matière de fiscalité, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé les grands principes qui gouvernent le système juridictionnel de l'Union européenne.

L'affaire concerne trois citoyens autrichiens soupçonnés d'avoir obtenu des remboursements de TVA par le biais de déclarations erronées à l'administration fiscale suisse. Des demandes d'entraide judiciaire sont introduites par les autorités autrichiennes visant à auditionner les intéressés. Une juridiction autrichienne rejette les recours introduits contre de telles demandes en adoptant une ordonnance à caractère définitif. Les demandeurs dans l'affaire au principal estiment que cette ordonnance a pour effet de méconnaître des droits consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et exigent une répétition de la procédure.

L'article 363a du code de procédure pénale autrichien établit en effet une répétition de procédure pénale d'une décision ayant force de chose jugée, mais uniquement en cas de violation de droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour est ici amenée à déterminer si cette répétition de procédure devrait être étendue aux cas de violation de droits garantis par la Charte. La Cour analyse la question à la lumière des principes d'équivalence et d'effectivité.

La Cour rappelle que les voies de recours destinées à sauvegarder les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que les voies de recours de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) (point 22).

Concernant le principe d'équivalence, la Cour compare les voies de recours permettant de contester la violation d'un droit contenu dans la Charte des droits fondamentaux et la voie de

recours prévue à l'article 363a du code de procédure pénale autrichien. Le droit de l'Union européenne se caractérise par sa primauté par rapport au droit des États membres et par l'effet direct de certaines dispositions (point 36). Pour garantir ces principes ainsi que les droits qui en découlent, les traités mettent un place un système juridictionnel visant à assurer la cohérence et l'interprétation du droit de l'Union (point 39). La Cour précise que « la clef de voute » de ce système juridictionnel est la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE (point 41). Après avoir rappelé les principales caractéristiques du renvoi préjudiciel, la Cour conclut que « ledit cadre constitutionnel garantit à toute personne la possibilité d'obtenir la sauvegarde effective des droits qui lui sont conférés par l'ordre juridique de l'Union avant même qu'intervienne une décision nationale revêtue de l'autorité de la chose jugée » (point 46). La Cour affirme donc que le principe d'équivalence n'impose pas d'étendre une voie de recours telle que celle prévue à l'article 363a du code de procédure autrichien permettant la répétition de procédure pénale en cas de violation de droits fondamentaux prévus dans la Charte (point 48).

Concernant le principe d'effectivité, la Cour rappelle l'importance que revêt le principe de l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique de l'Union, lequel garantit la stabilité du droit et des relations juridiques de l'administration de justice (point 52). L'ordre juridique autrichien garantit l'effectivité du droit de l'Union sans qu'il soit nécessaire d'étendre la procédure de l'article 363a puisqu'il existe de nombreuses voies de recours assurant de manière effective les droits dérivant de la Charte des droits fondamentaux (points 55-57). Par ailleurs, la Cour souligne que « le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'oppose pas à la reconnaissance du principe de la responsabilité de l'État du fait de la décision d'une juridiction statuant en dernier ressort » (point 58). La Cour fait bien évidemment référence à l'arrêt Köbler qui autoriserait les particuliers à engager la responsabilité de l'État si des droits découlant de la Charte avaient été violés dans une décision juridictionnelle.

La Cour conclut que les principes d'équivalence et d'effectivité n'imposent pas que la procédure de l'article 363a du code de procédure pénale autrichien, qui prévoit la répétition d'une procédure pénale clôturée par une décision ayant force de chose jugée en cas de violation de droits contenus dans la CEDH, soit étendue aux cas de violation de droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux. Cet arrêt permet donc de préciser la portée des grands principes de l'ordre juridique de l'Union européenne. La Cour y souligne, par ailleurs, l'importance de la procédure de renvoi préjudiciel, un aspect qui semble reprendre de l'ampleur dans la jurisprudence récente (voir, dans ce sens, l'arrêt *Commission c. France* du 4 octobre et notre commentaire).

Elisabet Ruiz Cairó, « Arrêt XC : la Cour de justice précise la portée des principes d'équivalence et d'effectivité », actualité du 31 octobre 2018, www.ceje.ch

II. Brexit

5. *Brexit : quelle gouvernance pour l'accord de retrait ?*

Dans sa déclaration du 8 juin 2018, le négociateur en chef pour l'Union européenne pour le Brexit, Michel Barnier, a fait le point sur l'issue du round de négociation. Dans le compte rendu, trois points sont abordés : les sujets de la séparation, la question de l'Irlande et de l'Irlande du Nord et enfin le partenariat futur et les conditions pour le réussir. Sur les sujets de la séparation, M. Barnier a souligné l'importance de « remettre la certitude juridique là où elle n'existe plus en raison du Brexit ». En effet, il existe des divergences, notamment au sujet de la gouvernance de l'accord de retrait. A ce sujet, M. Barnier a fait référence à son discours, prononcé le 26 mai 2018 lors du XXVIIIème congrès de la Fédération internationale pour le droit européen (FIDE 2018) au Portugal.

A titre préliminaire, il est important de préciser que le Brexit implique la négociation et la conclusion d'un accord de retrait, suivi d'une négociation et de la conclusion d'un ou plusieurs accords qui traduiront la future relation entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

La problématique de la gouvernance de l'accord de retrait réside dans le fait qu'« un accord international, aussi complet soit-il, est de peu de valeur si sa mise en œuvre n'est pas assurée de manière efficace ». Selon M. Barnier, la gouvernance doit être agencée autour de trois axes que sont le système juridictionnel de règlement des différends, le rôle fondamental de la Cour de justice de l'Union européenne et le respect du rôle des cours britanniques. Sur le système juridictionnel de règlement des différends, le négociateur en chef de l'Union européenne considère que la position du Royaume-Uni selon laquelle tout différend devrait être tranché par un comité mixte n'est pas acceptable. Cela reviendrait à remplacer un système juridique par un système politique. Or, l'Union est une Union de droit. Elle repose notamment sur le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, qui ne doit pas être transformé en un dialogue politique. En effet, celui-ci ne garantirait pas une sécurité juridique suffisante. Le rôle fondamental de la Cour de justice s'illustre notamment dans l'interprétation des concepts ancrés dans l'accord de retrait. En effet, l'autonomie du droit de l'Union ne saurait être sauvegardée si une juridiction autre que la Cour de justice intervenait dans l'interprétation de dispositions issues du droit de l'Union européenne ou s'en inspirant. Le rôle des cours britanniques est, à ce sujet, également souligné. En effet, dans leur application de l'accord de retrait, la jurisprudence de la Cour de justice continuera de s'appliquer.

La gouvernance est un sujet parmi d'autres entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. En effet, une fois que la séparation ordonnée sera concrétisée, il y aura lieu de fixer les nouvelles lignes qui définiront, en principe, un partenariat ambitieux avec ce futur Etat tiers. Toutefois, il y a une volonté, du côté de l'Union européenne, que ledit partenariat soit établi dans le respect de la construction européenne et de son « identité ». Il ne saurait y avoir de négociation sur les principes fondamentaux de l'Union européenne.

Margaux Biermé, « Brexit : quelle gouvernance pour l'accord de retrait ? », actualité du 12 juin 2018, www.ceje.ch

6. *Brexit implications on the European arrest warrant?*

In the case C-327/18PPU, the Court of Justice of the European Union (“the Court”) was for the first time confronted with the interpretation of article 50 TUE relating to the withdrawal of the United Kingdom from the EU and the Council Framework Decision on the European arrest warrant. In this context, the Irish High Court requested a preliminary ruling from the Court in

order to determine whether Ireland is required to decline to surrender to the United Kingdom (“the UK”) a person who is the subject of a European arrest warrant and who claimed that, given the uncertainty as to the law which will be in place in the United Kingdom after its withdrawal from the EU, the rights which he enjoys under EU law will not be guaranteed.

By combining a textual and a teleological interpretation, the Court recalled the principles underlying the European arrest warrant, most notably the principles of mutual trust and mutual recognition, while noting that the Framework Decision expressly enumerates a limited number of exceptions to the execution of such a warrant. Quoting its recent judgment *Aranyosi and Căldăraru*, the Court recalled that the principles of mutual trust and mutual recognition could exceptionally be limited in exceptional circumstances, as for instance in the case when the person surrendered may be subject to inhuman or degrading treatment within the meaning of article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (“the Charter”). After stressing the absolute nature of this provision of the Charter, the Court further evoked the need to require additional information to the issuing authority to assess whether there is a real risk of inhuman or degrading treatment.

Continuing its line of reasoning, the Court stated that a mere notification by the UK of its intention to withdraw from the EU cannot be regarded as an exceptional circumstance since it does not have the effect of suspending the application of EU law in the UK as long as the actual withdrawal from the EU does not take place.

Turning to the risk of being exposed to human and degrading treatment in the issuing country, the Court affirmed, as a general rule, the inappropriate character of a refusal to surrender based exclusively on this ground, as the person surrendered may have recourse to legal remedies in the issuing country to challenge the lawfulness of his conditions of detention.

Concerning the protection of rights guaranteed by EU law after the actual withdrawal of the UK, the Court stressed that the UK is a State party to the European Convention on Human Rights and has incorporated its article 3 enshrining the prohibition of inhuman or degrading treatment into its national law. Similarly, article 27 of the Framework Decision on the European arrest warrant embodying the rule of speciality and article 28 of the same Decision governing the limits on subsequent surrender or extradition to a State other than the executing Member State are also enshrined in two provisions of the European Convention on Extradition which have been transposed into UK domestic law. Concerning the last right evoked by the defence, namely article 26 of the Framework Convention concerning the deduction by the issuing Member State of any period of custody served in the executing Member State, the Court found that the UK has also incorporated this obligation into its national law and that it applies, irrespective of EU law, to any person who is extradited into the UK.

Even in the event the aforementioned rights were not be the subject of a reference to the Court for a preliminary ruling after the withdrawal of the UK, this will not alter the Court’s analysis as those rights are not dependent from the Framework Decision and there is no concrete evidence to suggest that the surrendered person will be deprived of the opportunity to assert those rights before the courts of the UK after its withdrawal.

As a conclusion, it may be stated that the Court adopts a reasonably prudent and careful stance vis-à-vis the uncertainty as to the Brexit negotiations, without meddling in risky assumptions or political discussions and applying the law which is still in force, and at the same time without losing sight of the respect of fundamental rights and other more extended rights that are deeply intertwined with the principle of mutual trust and mutual recognition guaranteed by European legislative instruments.

Rita Franceschet, « *Brexit implications on the European arrest warrant?* », actualité du 15 octobre 2018, www.ceje.ch

7. *Is an agreed Brexit still possible by March 2019? The State of the Negotiations*

Negotiations are going on but little progress has been made to get the final agreement on the Northern Ireland issue.

The European Council (EC) on Art. 50, on October 17th, finished with a revision of the state of the negotiations with the UK and a strong endorsement to the EU chief negotiator, Michel Barnier. The Ireland-Northern Ireland issue remains as a barrier to move forward in the negotiations that according to the conclusions of the EC, despite intensive negotiations, not enough progress has been achieved. Nonetheless, negotiations are going on in order to find a common ground for the Ireland-Northern Ireland border.

The state of the negotiations are in its second phase, and have progressed since a hard beginning on which red lines positions were announced by the Prime Minister Theresa May that included no custom union, no internal market, no free movement of persons and no jurisdiction of the Court of Justice. On the other side, the EU's Guidelines for the Brexit adopted on April 29, 2017 expressed firmly, that an agreement on future relationship between both only can be concluded once the UK leaves the EU but argued that once UK leaves the EU, would be treated as third country because it cannot expect to have the same advantages than a member. The first round of negotiations was launched on May 22th, 2017 but, in spite of the initial different positions, common ground was met. Thus, on 8 December 2017, the EU and UK published a joint report reflecting their agreement, in principle on three key areas: rights of EU citizens in the UK and UK citizens in the EU; framework for addressing the unique circumstances in Northern Ireland and a financial settlement. The 2017 December's European Council considered that significant progress had been achieved and gave its approval to open the second round negotiations.

Following this, in 2018 negotiations continue, including on the nature of the transition period, as well as continued talks on the ways to avoid a hard border between the UK and Republic of Ireland. On February 28th, European Commission published a draft withdrawal agreement between the EU and UK, translating into legal terms the joint report published in December 2017. This conducted to the adoption in March of a Provisional Agreement between the EU and UK based on the previous European Commission draft, including an agreement on a transition period. Notwithstanding all previous steps, important fields are still pending to be agreed. In the field of trade EU remains stick to its initial position that further market access in a FTA (Free Trade Agreement) can only be granted within the constraints of other EU FTAs, taking into account the Most Favored Nation clause). Other field on which have been difficult to reach a common ground is the internal security. UK propose exchange of information and access to data bases. On the other hand, EU offers cooperation on Europol and Eurojust but based on third countries model agreements and also the mutual recognition of the European Arrest Warrant. The Foreign Policy field, seems will be more easy to find common ground because both want an special arrangement given the UK status as UN Security Council permanent member and as significantly military power.

However, the main concern nowadays of the negotiations is at the contentious issue on the border of Northern Ireland and Ireland as is expressed in the Conclusions of the European Council of last June 29th, recognizing that no substantial progress has yet been achieved. EU leaders have recalled last European Council on art. 50 for agreement in accordance with previously agreed European Council guidelines. On the other part, in the Joint Report document, both parties agreed that would respect the commitments of Good Friday or the Belfast Agreements of 1998.

The UK wants also to avoid a hard border including physical infrastructure and keep the right of Northern Ireland people to have Irish nationality. Finally, the document also impulse future arrangement related to movement of persons that in practice means to keep the Common Travel Area between UK and Ireland.

But what at the heart of this issue? There are two discrete but entangled elements to the impasse in Brexit negotiations over the Irish border: the “backstop”, which is an insurance policy that Ireland wants to ensure the border remains completely open to trade, people, and services in the event of no deal; and the second set of negotiations on the future relationship between the UK and the EU and therefore Ireland. The UK and the EU agreed that there would be regulatory alignment between both parts of the island of Ireland in the event of no deal. The December deal (The Joint Report) was struck and then undone after objections by the Democratic Unionist party, which had not been consulted. To placate their concerns that Northern Ireland would, post-Brexit, be treated differently, Theresa May also agreed there would be “no regulatory barriers” in the Irish Sea. This immediately sowed the seeds for an insoluble problem unless the UK struck a deal, which involved remaining in the single market and the customs union, both red lines for the prime minister.

This situation has taken negotiations to a deadlock. After the European Council, EU leaders have strengthened their initial guidelines and their support the EU negotiator. The political context in the UK with non-unique position in the conservatory party brings difficulties. Furthermore, supports for a second Brexit referendum are increasing in UK. Thus, a common solution towards a final withdrawal agreement next March seems for the time being non-foreseeable.

Joel Diaz Rodriguez, « Is still possible an agreed Brexit by March 29th? », actualité du 29 octobre, 2018, www.ceje.ch

8. *The implications for the EU of the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom. A final chapter for the Brexit?*

European Leaders endorsed on November 25th, in a short and rapid session of the extraordinary European Council, the withdrawal agreement of the United Kingdom and approved a Political Declaration that define the main lines of the future relation with the UK. The text of the agreement as well the political declaration were sent to all EU capitals for their analysis and have their previous approval that was formally given last Sunday at the European Council. The Political Declaration that was agreed on Wednesday 21 by the President of the Commission and the Prime Minister Theresa May consist of 36 pages and 147 paragraphs. It offers an advantageous and privileged relationship to UK with the EU, and include the possibility to extend the transitory period of withdrawing up to two years.

The agreement sets out the arrangements for the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the EU (and from the European Atomic Energy Community) as it stated on its article 1, that was agreed on November 14th by both sides, at the level of the negotiators and finally endorsed by the EU leaders. On this basis, the European Council invited the Commission, the European Parliament and the Council to take the steps to ensure that the agreement can enter into force on March 30th, 2019. It will regulate the relation on all the aspects of the UK withdrawal, including securing the rights of citizens of both sides that are developed in Part Two of the agreement. However, the most controversial issue was Article 184, regarding the “negotiations on the future relationship”, that was raised by the Spanish government a cause of the future status of Gibraltar, that from the Spanish perspective should be ensured that, the Gibraltar future relationship with the EU, will be negotiated bilaterally between UK and Spain.

On the other hand, the Political Declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom offers an exceptional relationship in all fields, ranging from the commercial relations to the judicial cooperation. It also includes foreign and defense policy, recognizing that in the future those fields can be extended more than is prescribed in the Declaration. In the field of air transportation, a comprehensive agreement will be negotiated that will cover the access to the Market, the investments, and air traffic management. The same framework will be arranged for the railway and road transportation. The cooperation between Brussels and London will reach unknown level in comparison with other third countries, especially in judicial and police cooperation, with the application de facto, of the Euro order for extraditions. In security and defense, an essential chapter for the UK, the EU concede to UK the possibility to take part in part of its programs and operations, and anticipates the presence of British companies in the future projects of the European Defense Agency (EDA). For its part, the Prime Minister Theresa May have granted some important concession such as to accept 50.000 Millions of euros to recognize, in a certain way, undefined rights for 4 million of Europeans who reside on British soil. This last thing has raised more rejections in the British political mainstream that may block the ratification of the agreement.

Notwithstanding, in the hours before the Summit, Spain raised the possibility of vetoing the withdrawal agreement if a written clarification about Article 184 was not added to the agreement. Why this article was about to ruin the negotiated agreement? The reason is founded in the European History. In 1713, the Treaty of Utrecht, which concluded the War of the Spanish Succession (1701-1714) determined that Spain ceded Gibraltar to Great Britain. From then, UK and Spain had held talks to renegotiate the statu quo of Gibraltar but without concrete results. Finally, a last-minute compromise to save the European Summit was reached. The Commission and the Council issued a written declaration —alongside one more ambiguous one from the UK— supporting the Spanish position that disassociated Article 184 of the Agreement regarding any future negotiations on the EU-UK relationship. It also acknowledges that a Spanish consent is needed regarding any change involving Gibraltar's status. These declarations are considered legally binding for both parts.

The final stage of the Brexit?

The EU concluded the 20-month hard negotiation for the Brexit. Never has such a hard and tedious agreement put into question the unity of the European club. The President of the Commission Jean Claude Juncker has declared that this is the best and only agreement possible, in a message for hard brexiteres and those in the British parliament who now have to ratify the agreement. Once the Spanish issue was resolved, the 27 EU leaders endorsed the text in only 25min session. With this agreement already agreed upon by all parts, the final adieu will take place next March 29th, the last day that UK will be a Member State. Before that, however, many things may happen. The British Parliament will vote the text next December 12th, but the predictions are not optimistic. Already 90 conservative deputies have declared that they are going to vote “No” on the deal. The Labor Party, through its leader Jeremy Corbin have declared that they will also vote “No”, as will the Unionist party that have 10 votes in the Parliament. Overall, it seems that the Prime Minister will not have an easy task to get the simple majority needed to ratify the EU deal. Once it is passed, the Agreement will go to the European Parliament, which will have to approve it according to Art. 50 (2) TEU. This is predicted to be towards the end of February. The political landscape seems complex and other scenarios could arise: first, a rejection from the British parliament that forces a re-negotiation of the brexit to get a new one (i.e. in a Norwegian style deal) or even a period of reflection that could end in a second referendum to leave or remain in the European Union. On the other hand, hard brexiteres, suggest, that no deal is better than a bad deal, which could be even more dramatic than the economic harm caused by Brexit vote. A no-deal Brexit, could have extremely negative effects.

Essentials drying up, travelers stranded, motorways gridlocked and economic relations ruled by the general rules of the WTO that can ruin the car-making industry due to the approximate 10% tax that the EU would impose on British imports. These things bring down governments and undermine faith in democratic politics. As was stated in the Council after the Summit, the most complicated part of the Brexit begins now.

Joel Diaz-Rodriguez, « The implications for the EU of the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom. A final chapter for the Brexit? » actualité du 30 novembre 2018, www.ceje.ch

9. Le Royaume-Uni est en droit de révoquer la notification de son intention de retrait de l'Union européenne

Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 50 du traité UE consacre le droit de retrait de l'Union européenne et prévoit la procédure y relative. Au sens du paragraphe 2 de cet article, l'Etat membre concerné doit, d'abord, notifier son intention au Conseil européen et ensuite, négocier et conclure avec le Conseil l'accord de sortie, conformément à l'article 218, paragraphe 3, du traité FUE. Aux termes de l'article 50, paragraphe 3, du traité UE, les traités cessent d'être applicables à l'Etat membre concerné, soit à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait soit, à défaut d'un tel accord, deux ans après la notification de l'intention de retrait, communiquée au Conseil européen. L'article 50 du traité UE ne fait, en revanche, aucune mention du droit de révoquer ladite notification, avant l'entrée en vigueur de l'accord de sortie ou avant que le délai de deux ans, prévu au paragraphe 3 de cet article, arrive à échéance. La possibilité d'une telle révocation a fait l'objet de l'arrêt *Wightman e.a.* (aff. C-621/18), rendu par la Cour de justice réunie en assemblée plénière le 10 décembre 2018.

Compte tenu du référendum positif du 23 juin 2016 concernant le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, le Premier Ministre britannique a notifié, le 29 mars 2017, au Conseil européen l'intention du Royaume-Uni de se retirer de l'Union. La Court of Sessions écossaise a été saisie de la question de savoir si ladite notification pouvait être unilatéralement révoquée avant que le retrait ne devienne définitif. Les juges de première instance ont refusé de saisir la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle en interprétation, en raison du caractère hypothétique de l'éventuelle question préjudicielle et de l'empiètement, d'une telle saisine, sur la souveraineté parlementaire du Royaume-Uni. Un appel de cette décision a été interjeté devant la juridiction de renvoi qui a considéré qu'une réponse de la Cour de justice est nécessaire pour clarifier les options dont disposent les membres de la Chambre des Communes, lorsqu'ils se prononcent sur l'éventuel accord de sortie du Royaume-Uni de l'Union. La Cour a donc été saisie d'une question préjudicielle portant, en substance, sur la possibilité, pour un Etat membre, de révoquer unilatéralement la notification de son intention de retrait de l'Union, communiquée au Conseil européen conformément à l'article 50, paragraphe 2, du traité UE.

Sur le point de la recevabilité, le gouvernement britannique a soutenu que la question préjudicielle est irrecevable en raison de son caractère hypothétique et académique. Ce caractère serait confirmé par l'absence de projet d'acte de révocation de la notification communiquée au Conseil européen, ainsi que par l'absence de litige dans l'affaire au principal. Par sa saisine de la Cour de justice, la juridiction de renvoi viserait à obtenir un avis consultatif sur une question d'ordre constitutionnel et non une réponse utile pour la résolution d'un litige concret. La Cour de justice a, toutefois, considéré que le fait que l'action au principal revêt un caractère déclaratoire ne fait pas obstacle à ce qu'elle statue sur une question préjudicielle, dès lors que cette action est autorisée par le droit national et que la Cour est appelée à répondre à un besoin objectif pour la solution du litige au principal (pt 31).

Sur le fond de la question préjudicielle, après avoir souligné la nature constitutionnelle des traités fondateurs et le caractère autonome de l'ordre juridique de l'Union européenne (pts 44-

45), la Cour de justice a observé que l'article 50 du traité UE ni autorise, ni interdit expressément le droit de révocation de la notification d'une intention de retrait de l'Union (pt 48). Selon la Cour, une intention, au sens dudit article, ne serait, par nature, ni définitive ni irrévocable (pt 49). Tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. La décision de retrait relève ainsi de la seule volonté de l'Etat membre concerné et « dépend de son seul choix souverain » (pt 50). En l'absence de disposition expresse dans l'article 50 du traité UE en ce qui concerne le droit de révocation de l'intention de retrait, la Cour a considéré que l'exercice de ce droit doit être admis dans la mesure où cet exercice résulte, lui aussi, d'une décision souveraine de l'Etat membre concerné (pt 59).

Si un droit de révocation ne devait pas être reconnu, l'Etat membre concerné pourrait être contraint de quitter l'Union contre sa volonté (pt 66). Un tel résultat serait, selon la Cour, contraire à l'objectif inscrit dans les traités visant l'établissement d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe (pt 67).

La Cour de justice a donc conclu qu'un Etat membre qui revient sur sa décision de se retirer de l'Union est en droit de révoquer la notification de son intention de retrait, tant qu'un accord de retrait n'est pas entré en vigueur ou, à défaut d'un tel accord, tant que le délai de deux ans, prévu à l'article 50, paragraphe 3 du traité UE, n'est pas arrivé à échéance (pt 69).

Ljupcho Grozdanovski, « Le Royaume-Uni est en droit de révoquer la notification de son intention de retrait de l'Union européenne », actualité du 17 décembre 2018, www.ceje.ch.

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

10. *Une ingérence à la protection des données est possible si elle est proportionnée à la gravité de l'infraction pénale poursuivie*

Dans l'arrêt de grande chambre rendu le 2 octobre 2018 dans l'affaire C-207/16 *Ministerio Fiscal*, la Cour de justice de l'Union européenne a apporté des précisions quant à la possibilité d'accéder à des données personnelles relatives aux communications électroniques dans le cadre des enquêtes pénales.

L'affaire au principal concerne M. Hernández Sierra, un citoyen espagnol ayant subi un vol avec violence au cours duquel son téléphone portable a été volé. La police judiciaire veut accéder aux cartes SIM activées avec le téléphone mobile volé pour en identifier les titulaires. La question se pose de savoir si l'accès à ces données constitue une ingérence acceptable dans les droits fondamentaux des personnes concernées ou, au contraire, si un tel accès devrait être limité.

La Cour de justice admet tout d'abord que l'accès à des données telles que celles dans l'affaire au principal constitue une ingérence dans le droit fondamental au respect de la vie privée (article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et à la protection des données à caractère personnel (article 8 de la Charte). Une réglementation nationale qui autorise un tel accès peut toutefois être justifiée par un des objectifs établis à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Cette disposition autorise les autorités publiques à limiter les droits en matière de protection de données dans certains cas énumérés à cette disposition de manière exhaustive (point 52).

L'objectif mentionné dans l'affaire au principal est celui de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales, lequel fait partie des objectifs mentionnés à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58. La question est de savoir si cette exception inclut toutes les infractions pénales en général ou alors seulement les infractions qui atteignent un certain seuil de gravité.

Dans l'affaire *Tele2 Sverige et Watson*, rendue en décembre 2016, la Cour avait introduit la condition de criminalité « grave » pour justifier l'accès aux données personnelles. La Cour a toutefois nuancé cette affirmation dans l'arrêt *Ministerio Fiscal*. L'article 15, paragraphe 1, de la directive « ne limite pas cet objectif à la lutte contre les seules infractions graves, mais vise les « infractions pénales » en général » (point 53) mais « l'objectif poursuivi par une réglementation régissant cet accès doit être en relation avec la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux en cause » (point 55). Ainsi, une ingérence grave dans les droits fondamentaux ne sera acceptable que dans le but de la lutte contre la criminalité grave. En revanche, si le but est de poursuivre des infractions pénales en général, alors il est uniquement possible d'accéder à des données personnelles comportant une ingérence « non grave » dans les droits fondamentaux (points 56-57).

Dans le cas d'espèce, les autorités publiques veulent identifier les titulaires des cartes SIM activées dans le téléphone volé. Ce faisant, il s'agit d'obtenir le nom, le prénom et l'adresse des personnes visées et non pas le contenu des communications réalisées, la localisation des communications, ni la fréquence des communications avec certaines personnes. L'accès à ces données ne peut donc pas être qualifié d'ingérence « grave » selon la Cour de justice et peut donc être admis dans le but de poursuivre une infraction pénale en général, telle qu'un vol de téléphone avec violence (points 59-62).

La Cour de justice introduit, dans cet arrêt, un test de proportionnalité dans l'analyse des ingérences dans les droits fondamentaux qui sont acceptables lors de l'accès à des données résultant des communications électroniques. Ce n'est que lorsqu'une telle ingérence est grave que l'accès aux données personnelles sera limité à la poursuite d'infractions graves. Dans l'affaire au principal, cette condition n'est pas remplie et l'accès aux données est donc admis pour la poursuite d'une infraction générale.

Elisabet Ruiz Cairó, « Une ingérence à la protection des données est possible si elle est proportionnée à la gravité de l'infraction pénale poursuivie », actualité du 11 octobre 2018, www.ceje.ch

11. La Pologne doit suspendre immédiatement et rétroactivement les effets de la loi réformant la Cour suprême.

Le 2 octobre 2018, la Commission européenne a introduit un recours en constatation de manquement (affaire C-619/18) devant la Cour de justice (ci-après « la Cour »), pour que cette dernière puisse s'exprimer sur la nouvelle loi polonaise réformant la Cour suprême.

Cette nouvelle loi polonaise, entrée en vigueur le 3 avril 2018, prévoit d'abaisser à 65 ans l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême. Une prolongation au-delà de ce seuil est possible mais est soumise au respect de deux conditions : 1) la présentation d'une déclaration indiquant le souhait des juges de continuer à exercer leur fonction et d'un certificat attestant que leur état de santé leur permet de siéger ; 2) l'autorisation discrétionnaire du Président de la République de Pologne. Cette dernière constitue un problème notamment par le fait qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Dans l'attente de l'arrêt, la Commission européenne a demandé à la Cour, dans le cadre d'une procédure en référé, d'ordonner à la Pologne de : 1) suspendre l'application des dispositions nationales relatives à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême 2) prendre toute mesure nécessaire afin d'assurer que les juges de la Cour suprême concernés par les dispositions litigieuses puissent exercer leur fonction au même poste, tout en jouissant du même statut et des mêmes droits et conditions d'emploi qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur la Cour suprême 3) s'abstenir d'adopter toute mesure visant à la nomination de juges de la Cour suprême à la place des juges de la Cour suprême concernés par ces dispositions, ainsi que de toute mesure visant à nommer le nouveau premier président de la Cour suprême ou à indiquer la personne chargée de diriger la Cour suprême à la place de son premier président jusqu'à la nomination de son nouveau premier président 4) communiquer à la Commission, au plus tard un mois après la notification de l'ordonnance de la Cour, puis chaque mois, toutes les mesures qu'elle aura adoptées afin de se conformer pleinement à cette ordonnance. (voir §1)

La Commission demande également, en vertu de l'article 160, paragraphe 7, du règlement de procédure, que la Cour ordonne les mesures provisoires avant même que la partie défenderesse n'ait présenté ses observations, en raison du risque immédiat de préjudice grave et irréparable au regard du principe de protection juridictionnelle effective dans le cadre de l'application du droit de l'Union (voir §2).

Conformément à la jurisprudence de la Cour, de telles mesures provisoires peuvent être accordées par le juge de référé si deux conditions sont respectées : 1) la constatation d'un *fumus boni iuris* et 2) l'urgence de ces mesures.

En utilisant l'article 160, paragraphe 7, du règlement de procédure, la vice-présidente de la Cour a rendu une ordonnance urgente. Cette procédure est plus incisive que la procédure ordinaire car elle permet à la Cour de statuer avant l'audience et sans entendre l'État membre défendeur.

Ainsi, la vice-présidente de la Cour analyse les conditions relatives à l'existence d'un *fumus boni iuris* et à l'urgence des mesures provisoires. Elle considère que la condition relative au *fumus boni iuris* est remplie (voir §§ 15-17). Quant à la condition relative à l'urgence, la vice-présidente observe que les dispositions nationales litigieuses ont déjà commencé à s'appliquer et ont entraîné la mise à la retraite d'un nombre important de juges de la Cour suprême dont la présidente et deux présidents de chambre. Ce à quoi s'ajoute l'augmentation parallèle, accordée par le Président de la République, du nombre de juges de la Cour suprême, laquelle passe de 93 à 120, ainsi que la publication de plus de 44 postes vacants, ce qui est susceptible d'entraîner une recomposition profonde et immédiate de la Cour suprême.

En effet, si « le recours en manquement est finalement accueilli, il en résulterait que toutes les décisions rendues par la Cour suprême jusqu'à la décision de la Cour sur ledit recours en manquement le seraient sans les garanties liées au droit fondamental de tous les justiciables à accéder à un tribunal indépendant, tel que consacré à l'article 47 de la Charte » (voir §19). Cela, donnerait lieu à un préjudice grave et irréparable (voir §§ 20-21).

Enfin, le recours en manquement de la Commission contre la Pologne est fondé sur les dispositions combinées de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir §3). En vertu de ces dispositions, le système juridictionnel de l'Union est composé de tribunaux à la fois européens et nationaux. Ces derniers doivent agir dans le respect des droits fondamentaux et doivent être les garantes d'une indépendance totale. Cette dernière est remise en cause par la réforme de la justice polonaise. La Cour a eu l'occasion d'affirmer dans l'affaire C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*), que l'article 19 TUE, y compris sa référence à l'indépendance, est un paramètre pertinent du réexamen des mesures nationales. Par ailleurs, dans l'affaire C-216/18 PPU (*LM c. Minister for Justice and Equality*), la Cour a jugé que la coopération judiciaire en matière pénale avec la Pologne pourrait cesser si le Conseil engageait la procédure de l'article 7, paragraphe 1, du TUE contre l'État membre. Avec la présente ordonnance du 19 octobre 2018, la Cour, en ordonnant les mesures provisoires demandées par la Commission, donne le ton quant au respect effectif du droit de l'Union européenne par la Pologne.

Vincenzo Elia, « La Pologne doit suspendre immédiatement et rétroactivement les effets de la loi réformant la Cour suprême », actualité du 20 novembre 2018, www.ceje.ch

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

12. L'application du certificat de sécurité sociale des travailleurs détachés dans l'Union européenne peut, en cas de fraude, être écartée par les juridictions nationales

La Cour de justice de l'Union européenne, qui statuait en grande chambre, a rendu un arrêt significatif en matière de sécurité sociale des travailleurs détachés ce mardi 6 février 2018, dans l'affaire Altun e.a. (aff. C-359/16). Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour de cassation belge a demandé à la Cour de justice d'interpréter certaines dispositions relatives à la législation applicable, en matière de sécurité sociale, aux travailleurs détachés. En substance, il s'agissait de savoir « si les juridictions de l'Etat membre d'accueil peuvent annuler ou écarter un certificat E 101 lorsque les faits soumis à leur appréciation leur permettent de constater que ce certificat a été obtenu ou invoqué de manière frauduleuse ».

Le certificat E 101 – aussi appelé « certificat A 1 » – est un document qui atteste qu'un travailleur salarié demeure soumis à la législation de l'Etat membre dont il est originaire lorsque ce même travailleur est détaché pour effectuer un travail pour le compte de son employeur dans un autre Etat membre. Ce certificat est contraignant pour l'Etat membre d'accueil, aussi longtemps qu'il n'a pas été retiré ou déclaré invalide par l'Etat membre qui a établi ledit certificat. L'idée du système mis en place au sein de l'Union européenne est d'éviter un cumul de législations nationales applicables aux travailleurs détachés.

En l'espèce, une enquête menée par l'inspection sociale belge avait permis de démontrer que la société Absa, active dans le secteur de la construction, sous-traitait ses chantiers à des travailleurs détachés bulgares (Altun e.a.) pour lesquels aucune cotisation sociale n'était perçue en Belgique en raison des certificats E 101 délivrés en Bulgarie. Or, aucune activité significative n'était effectuée par ces entreprises bulgares en Bulgarie, ce qui constitue pourtant une des conditions à remplir pour que le certificat E 101 sorte ses effets sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. L'inspection sociale belge est donc intervenue auprès des institutions bulgares afin que celles-ci réexaminent et retirent, le cas échéant, les certificats E 101 qui avaient été délivrés aux travailleurs.

Il est utile de noter que, pour que le système fonctionne, l'institution émettrice du certificat est tenue de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101, d'une part. D'autre part, l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel le travail est effectué doit se considérer liée par les mentions du certificat E 101. En d'autres termes, le certificat crée « une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur concerné au régime de sécurité sociale » (pt 38) de l'Etat membre d'origine et s'impose à l'Etat membre d'accueil. A ce sujet, la Cour met en évidence que « le principe de coopération loyale implique également celui de confiance mutuelle » (pt 40). Cela signifie que tant que l'Etat membre d'origine n'a pas retiré ou déclaré invalide le certificat E 101, l'institution responsable dans l'Etat membre d'accueil ne peut pas soumettre le travailleur concerné à son propre régime de sécurité sociale. En l'espèce, il s'est avéré que l'institution émettrice du certificat dans l'Etat membre d'origine s'était abstenue de procéder à un réexamen des éléments pertinents pour l'établissement du certificat E 101 dans un délai raisonnable.

La Cour de justice a considéré qu'il est possible, dans ce contexte, que les éléments donnant à penser que les certificats ont été obtenus frauduleusement soient invoqués dans le cadre d'une procédure judiciaire nationale de l'Etat membre d'accueil en vue de laisser inappliqués les certificats litigieux. La Cour de justice interprète donc les dispositions des règlements en cause en ce sens que « le juge national peut, dans le cadre d'une procédure diligentée contre des

personnes soupçonnées d'avoir eu recours à des travailleurs détachés sous le couvert de tels certificats, écarter ces derniers si, sur la base desdits éléments et dans le respect des garanties inhérentes au droit à un procès équitable qui doivent être accordées à ces personnes, il constate l'existence d'une telle fraude » (pt 60). L'interprétation faite par la Cour abonde dès lors dans le sens indiqué par l'Avocat général Saugmandsgaard *øe* dans ses conclusions et peut être résumée par la formule selon laquelle « le droit cesse où l'abus commence ». Somme toute, la Cour de justice, pour répondre aux interrogations de la juridiction nationale, s'est basée sur des principes essentiels en droit de l'Union : celui de la coopération loyale, ancré à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE, qui implique celui de la confiance mutuelle mais également le principe général de droit selon lequel la fraude et l'abus de droit sont interdits, le respect de ce principe s'imposant aux justiciables (pt 49).

Margaux Biermé, « L'application du certificat de sécurité sociale des travailleurs détachés dans l'Union européenne peut, en cas de fraude, être écartée par les juridictions nationales », actualité du 7 février 2018, www.ceje.ch

13. Des soupçons de crimes de guerre et/ou de crimes contre l'humanité peuvent constituer des motifs d'ordre public et de sécurité publique

Dans un arrêt de grande chambre du 2 mai 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a été amenée à se prononcer dans deux affaires jointes portant sur le rejet par un Etat membre d'une demande d'autorisation de séjour au motif que le requérant était soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre et/ou des crimes contre l'humanité.

Dans la première affaire (C-331/16), le requérant, de nationalité croate et de Bosnie-Herzégovine, était arrivé aux Pays-Bas en 2001, accompagné de son épouse et de son fils mineur. Après rejet de sa première demande d'asile, le requérant en avait introduit une seconde, qui a aussi été rejetée. La dernière décision de rejet était assortie d'une interdiction d'entrée sur le territoire pour une période de dix ans. Toutefois, suite à l'adhésion de la Croatie à l'Union européenne en juillet 2013, le requérant n'était plus sous le coup d'une interdiction d'entrée sur le territoire néerlandais puisque celui-ci n'était plus ressortissant d'un Etat tiers, mais devenu ressortissant d'un Etat membre. En conséquence, la directive 2004/38 lui était applicable. Ainsi, par décision rendue en 2015, les autorités néerlandaises ont levé l'interdiction d'entrée, mais ont déclaré le requérant indésirable sur le territoire en vertu de la directive 2004/38 au même motif que lors de sa demande d'asile, le fait qu'il était soupçonné d'avoir commis entre avril 1992 et février 1994 des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité au sens de l'article 1er, section F, sous a), de la convention de Genève.

Dans la seconde affaire (C-366/16), le requérant, de nationalité afghane, était arrivé aux Pays-Bas en 2001. Il avait déposé une demande d'asile au cours de la même année. A la suite du refus des autorités néerlandaises, il avait dû quitter le territoire. En 2011, le requérant et sa fille s'étaient établis en Belgique. Dans la foulée, le requérant avait introduit en vain une demande d'asile auprès des autorités belges. Débouté, il avait dès lors introduit une demande tendant à l'obtention d'une carte de séjour en Belgique en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union au sens de la directive 2004/38, au motif que sa fille détenait la nationalité néerlandaise. L'autorité administrative compétente avait adopté une décision de refus accompagnée d'un ordre de quitter le territoire. La juridiction de recours avait annulé cette décision et renvoyé la cause à l'autorité administrative. Celle-ci avait maintenu sa décision de refus de séjour, mais avait retiré l'ordre de quitter le territoire belge. Sa motivation reposait sur les constatations établies précédemment par les autorités néerlandaises dans la procédure d'asile selon lesquelles il apparaissait que le requérant était soupçonné d'avoir commis dans le passé des crimes de

guerre ou des crimes contre l'humanité relevant de l'article 1er, section F, sous a), de la convention de Genève.

La question préjudicielle commune aux deux affaires posée à la CJUE était de savoir si un citoyen de l'Union ou un ressortissant d'un Etat tiers, membre de la famille d'un tel citoyen, qui sollicite un droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre, et qui avait fait l'objet dans le passé d'une décision d'exclusion du statut de réfugié au motif qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il s'était rendu coupable d'actes visés à l'article 1er, section F, de la convention de Genève ou de l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2011/95 (équivalent au niveau européen), permettait aux autorités de considérer automatiquement que sa simple présence sur le territoire dudit Etat membre constituait, indépendamment de l'existence ou non d'un risque de récidive, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société au sens de l'article 27, paragraphe 2, de la directive 2004/38, et ainsi adopter une mesure d'éloignement à son égard.

En premier lieu, la Cour de justice a rappelé que, s'agissant de l'article 27, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38, les Etats membres restent libres de déterminer les exigences d'ordre public et de sécurité publique qui peuvent varier d'un Etat à un autre et d'une époque à une autre (point 40). Elle a également rappelé que la notion d'ordre public suppose l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société (point 41). La notion de sécurité publique, quant à elle, couvre à la fois la sécurité intérieure (une menace directe pour la tranquillité et la sécurité physique de la population) et extérieure (un risque de perturbation grave des relations extérieures de l'Etat membre ou la coexistence pacifique des peuples) d'un Etat membre (point 42).

En l'espèce, la Cour a relevé que les infractions de crimes de guerre et/ou de crimes contre l'humanité au sens de l'article 1er, section F, sous a), de la convention de Genève, ou de l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2011/95, peuvent constituer des motifs d'ordre public et de sécurité publique, car celles-ci heurtent gravement les valeurs fondamentales de l'Union européenne énoncées à l'article 2 TUE, à l'instar de la dignité humaine et des droits de l'Homme, ainsi que de la promotion de la paix au sens de l'article 3 TUE (point 46).

En revanche, la Cour a considéré que des mesures d'éloignement pour des motifs d'ordre public et de sécurité publique ne peuvent être prises automatiquement à l'égard d'un individu du simple fait de sa présence sur le territoire d'un Etat membre, et que dans le passé celui-ci s'était vu exclu du statut de réfugié au motif qu'il était soupçonné d'avoir commis des infractions relevant de l'article 1er, section F, sous a), de la convention de Genève, ou de l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2011/95 (point 52).

Pour la Cour, un examen au cas par cas est nécessaire de la part des autorités compétentes de l'Etat membre afin de déterminer si le comportement individuel de la personne concernée représente actuellement un danger réel et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société (point 53). Cet examen doit porter sur les constatations effectuées lors de la décision d'exclusion du statut de réfugié dont a fait l'objet l'individu, les éléments sur lesquels celle-ci a été fondée, en particulier la nature et la gravité des crimes ou des agissements reprochés à l'individu concerné (point 54). Par ailleurs, cet examen est encore plus nécessaire dans la mesure où, comme dans les deux affaires en cause, le requérant n'avait pas fait l'objet d'une condamnation pénale pour les crimes visés à l'article 1er, section F, sous a), de la convention de Genève ou de l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2011/95 (point 55).

En outre, la Cour a jugé que même un écoulement important d'un laps de temps depuis la commission de l'infraction présumée ayant justifié l'exclusion du statut de réfugié de l'individu concerné, et même si les infractions telles que les crimes de guerre et/ou de crimes contre l'humanité s'inscrivent dans un contexte historique et social spécifique, l'individu en cause est

néanmoins toujours susceptible de constituer une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société (points 58-60).

Enfin, la Cour a précisé que, conformément au principe de proportionnalité, toute mesure d'éloignement doit reposer sur une mise en balance, d'une part, de la menace que le comportement personnel de l'individu concerné représente pour les intérêts fondamentaux de la société d'accueil, et d'autre part, la protection des droits que les citoyens de l'Union et les membres de leur famille tirent de la directive 2004/38 (point 61).

David Trajilovic, « Des soupçons de crimes de guerre et/ou de crimes contre l'humanité peuvent constituer des motifs d'ordre public et de sécurité publique », actualité du 11 mai 2018, www.ceje.ch

14. La notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 englobe également les conjoints de même sexe

Dans un arrêt rendu en grande chambre le 5 juin 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu aux conjoints homosexuels les mêmes droits que les conjoints hétérosexuels concernant les dispositions du droit de l'Union sur la liberté de séjour des citoyens de l'UE et des membres de leur famille.

M. Coman, ressortissant roumain, s'est marié à Bruxelles en 2010, avec son compagnon, M. Hamilton, ressortissant américain. Les époux retournent ensuite en Roumanie, où, conformément à la directive 2004/38, M. Coman demande un droit de séjour d'une durée de plus de trois mois pour son conjoint. Il s'est alors vu opposer un refus de la part des autorités roumaines, ces dernières estimant que le statut de « conjoint » ne pouvait pas être attribué à son époux, dans la mesure où la Roumanie ne reconnaissait pas les mariages homosexuels. Les époux ont alors introduit un recours au niveau national, estimant avoir été discriminés en raison de leur orientation sexuelle. La Cour constitutionnelle roumaine a sursis à statuer et a posé, *inter alia*, la question préjudicielle suivante à la CJUE : la notion de « conjoint » au sens de l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, lu à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, s'applique-t-elle à un ressortissant d'un État non membre de l'Union européenne, de même sexe que le citoyen de l'Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil ?

Face à la situation d'un citoyen européen demandant un droit de séjour pour son conjoint dans l'État membre dont il a la nationalité, la Cour estime, conformément à sa jurisprudence précédente (arrêt Lounes C-165/16), qu'un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, pouvait bénéficier d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre dont ce citoyen possède la nationalité sur le fondement de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, à défaut d'en bénéficier sur le fondement des dispositions de la directive 2004/38 (point 23). La Cour estime en effet que dans le cas contraire, cela aurait pour effet de dissuader le citoyen européen de quitter son propre État membre et d'exercer sa liberté de circulation, dans la mesure où il n'aurait aucune certitude quant à la reconnaissance dans son État d'origine de la vie familiale qu'il aurait développée dans un autre État membre (point 24) et donc de la possibilité de retourner dans son pays accompagné de son conjoint (point 40). Cela serait par conséquent susceptible d'entraver le droit de circulation et de séjour de ce citoyen européen, les dispositions y étant relatives perdant ainsi leur effet utile.

Rappelant que le statut de citoyen de l'Union, dont dispose M. Coman, a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres, la CJUE considère, au regard de l'article 2, point 2, a) de la directive 2004/38, que « la notion de « conjoint » désigne une personne unie à une autre personne par les liens du mariage », est « neutre du point de vue du genre et est donc

susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné » (points 34 et 35).

Ceci étant, la Cour rappelle qu'une restriction à la libre circulation des personnes est possible si celle-ci est justifiée et proportionnée. La Cour précise qu'il s'agit de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe légalement conclus dans un autre Etat membre, « aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union », et non pas de légiférer en autorisant ces mariages (point 45). Les règles relatives au mariage dépendent de la compétence des Etats membres, et ceux-ci sont libres d'autoriser le mariage homosexuel (point 37). La Cour estime cependant que cette obligation de reconnaissance à cette fin « ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'Etat membre concerné », l'institution du mariage dans l'Etat membre concerné n'étant pas entachée (point 46).

Enfin, la Cour souligne la nécessité pour une telle mesure de respecter les droits fondamentaux garantis par la Charte, en l'espèce le droit au respect de la vie privée et familiale (article 7 de la Charte) (points 47 et 48). Se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le CJUE énonce que « la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation » (point 50).

La Cour conclut en répondant que, dans la mesure où un citoyen de l'Union, d'une part, a fait usage de sa liberté de circulation, et d'autre part, s'est marié avec un ressortissant d'un Etat tiers de même sexe avec lequel il a développé une vie familiale, les autorités d'un Etat membre ne pouvaient, au regard de l'article 21, paragraphe 1, TFUE, refuser d'accorder un droit de séjour sur leur territoire au conjoint du même sexe d'un de leur ressortissant au motif que leur législation ne prévoit pas le mariage homosexuel (point 51). La Cour estime de ce fait que le conjoint de même sexe, ressortissant d'un Etat tiers, dispose d'un droit de séjour de plus de trois mois dans l'Etat membre dont son conjoint, citoyen de l'Union, a la nationalité (point 56).

Cet arrêt fort attendu représente un réel progrès en matière d'égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels concernant les dispositions du droit de l'Union sur la liberté de séjour des citoyens de l'UE et des membres de leur famille. Bien que certains puissent considérer que cette décision dépasse la compétence de la Cour et empiète sur la souveraineté des Etats membres, cette décision n'oblige en rien les Etats à légiférer en autorisant le mariage homosexuel, mais simplement à en reconnaître les effets sur leur territoire aux seules fins de l'exercice des droits que les citoyens européens tirent du droit de l'Union. Cette décision représente une reconnaissance des droits acquis aux personnes homosexuelles, légalement mariées dans un Etat membre, et qui souhaitent faire usage de leur liberté de circulation en ayant la possibilité d'être accompagnées de leurs conjoints, ressortissants d'Etat tiers, de la même façon et dans les mêmes conditions que celles applicables aux conjoints hétérosexuels.

Camille Limon, « La notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 englobe également les conjoints de même sexe », actualité du 14 juin 2018, www.ceje.ch

15. Discrimination des personnes ayant changé de sexe lors de l'accès à la retraite, la Cour de justice s'y oppose

Le mardi 26 juin 2018, la Cour de justice de l'Union européenne, réunie en grande chambre, a rendu un arrêt qui marque un nouveau cap en matière de discrimination fondée sur le sexe. Il traite de questions relatives à la communauté LGBTIQ* et s'intègre dans la ligne jurisprudentielle développée notamment avec les arrêts Richards, Maruko ou, très récemment, Coman. Une actualité sur ce dernier arrêt a d'ailleurs été publiée sur le site du CEJE et peut être relue ici.

L'affaire au principal concerne une personne, MB, née de sexe masculin, mariée à une femme et qui a recouru, par la suite, à une opération chirurgicale de conversion sexuelle. MB ne dispose pas d'un certificat de reconnaissance de son changement parce que son obtention était soumise à la condition d'annuler son mariage, ce que MB et sa femme refusaient de faire. Il faut rappeler que, si le mariage entre personnes de même sexe est reconnu au Royaume-Uni depuis 2014, tel n'était pas le cas lorsque les faits du cas d'espèce se sont produits. Lorsque MB souhaite obtenir une pension de retraite, à l'âge de 60 ans, tel que prévu par la législation britannique en ce qui concerne les femmes, sa demande est rejetée au motif qu'elle ne peut pas être traitée en tant que femme car ne disposant pas du certificat de reconnaissance. La législation britannique exige donc, pour qu'une personne mariée ayant changé de sexe puisse accéder à la pension de retraite à l'âge qui lui correspond, que son mariage antérieur à la conversion soit annulé. MB considère qu'une telle condition s'oppose à la directive 79/7 relative au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

La directive 79/7 interdit toute discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne notamment les conditions d'accès au régime de pension de retraite. De ce fait, la Cour observe qu'elle vise également les discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe de l'intéressé (point 35). S'il appartient aux États membres de déterminer les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne, la Cour de justice interprète la portée de cette notion en droit de l'Union européenne. Ainsi, dans le cadre de la directive 79/7, les personnes ayant changé de sexe sont celles « ayant vécu pendant une période significative en tant que personnes d'un autre sexe que celui de leur naissance et ayant subi une opération de conversion sexuelle » (point 35).

Compte tenu de cette définition, la Cour de justice constate que l'annulation du mariage n'est exigée que des personnes ayant changé de sexe mais pas des personnes mariées ayant conservé leur sexe de naissance. Un traitement moins favorable directement fondé sur le sexe est donc accordé à la première catégorie de personnes malgré le fait que les deux catégories sont placées dans des situations comparables (point 48). La Cour de justice conclut que la directive 79/7 s'oppose à une réglementation telle que la législation britannique qui impose une condition supplémentaire aux personnes ayant changé de sexe pour bénéficier d'une pension de retraite à l'âge correspondant au sexe acquis.

Cet arrêt adopte une notion large de « personne ayant changé de sexe » en droit de l'Union européenne même si certains aspects de la définition doivent encore être clarifiés telle que la durée de la « période significative » ou la portée de l'opération de conversion. L'arrêt permet également d'élargir la discrimination fondée sur le sexe à cette catégorie de personnes et atteint, de ce fait, un degré plus élevé de protection pour cette collectivité.

Elisabet Ruiz Cairó, « Discrimination des personnes ayant changé de sexe lors de l'accès à la retraite, la Cour de justice s'y oppose ! », actualité du 29 juin 2018, www.ceje.ch

V. Libre circulation des marchandises et des services

16. *L'arrêt Uber est-il à la base d'une jurisprudence sur les plateformes ?*

« Coup dur pour Uber », « La défaite d'Uber » : l'arrêt rendu le 20 décembre 2017 (C-434/17) par la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE » ou « la Cour ») a fait couler l'encre de la presse à sensation et on comprend pourquoi. En effet, la Cour a étonnamment estimé que le service offert par Uber ne relève pas du commerce électronique au sens de la directive 2000/31, que ce service n'est pas soumis à la prestation de services au sein du marché intérieur au sens de la directive 2006/123 (ou de l'article 56 TFUE) mais bien des services dans le domaine des transports, régis par l'article 58, paragraphe 1, TFUE.

Le litige en cause au principal avait été soumis au Tribunal de commerce de Barcelone, en Espagne, par une association professionnelle de chauffeurs de taxi se plaignant d'actes de concurrence déloyale et de pratiques trompeuses de la part d'Uber et des services offerts par cette application pour smartphones. En effet, ni Uber Spain ni les chauffeurs non professionnels des véhicules concernés ne disposaient des licences et agréments prévus par la réglementation sur les services de taxi espagnol.

Afin de trancher le litige il était nécessaire de déterminer si les services d'Uber sont des services en matière de transport, des services de la société de l'information ou une combinaison de ces deux types de services. Si les services proposés par Uber relèvent de la directive relative aux services dans le marché intérieur (2006/123) ou de la directive sur le commerce électronique (2000/31), les pratiques d'Uber ne pourraient pas être considérées comme déloyales. Elles le seraient toutefois si elles relevaient des services en matière de transports (article 58, paragraphe 1, TFUE).

Dans les grandes lignes, la Cour relève tout d'abord que le service offert par Uber est un service d'intermédiation qui a notamment pour objet, au moyen d'une application pour smartphone, de mettre en relation contre rémunération des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain.

Cependant, le service d'Uber ne se résume pas à un simple service d'intermédiation consistant à mettre deux parties en contact. En effet, Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation. Uber fixe le prix maximum de la course, collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel, et Uber exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion (point 39).

Ce service d'intermédiation doit donc être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport et, partant, comme répondant à la qualification non pas de « service de la société de l'information » (au sens de la directive 2000/31), mais de « service dans le domaine des transports » (au sens de la directive 2006/123) (point 40). Un tel service n'est cependant pas soumis à la directive 2006/123 vu qu'il s'agit d'un service spécifiquement exclu du champ d'application de cette directive (point 43).

Ainsi, le service d'intermédiation en cause au principal répondant à la qualification de « service dans le domaine des transports » relève de l'article 58, paragraphe 1, TFUE (point 44). Or, dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, il revient aux Etats membres de réglementer les conditions de prestation des services d'intermédiation (en imposant, par exemple, de disposer d'une licence).

L'arrêt Uber a notamment ceci d'étonnant qu'il qualifie le service d'intermédiation proposé par Uber de service de transport dans sa globalité. La CJUE avait pourtant développé une jurisprudence relative au commerce en ligne dans laquelle elle avait tendance à dissocier les aspects en ligne des aspects matériels de la prestation. Ainsi, par exemple, dans l'affaire Ker-Optika, C-108/09, la Cour avait appliqué la directive 2000/31 à la vente en ligne de lentilles de contact mais pas à la livraison des lentilles.

Notons cependant que l'arrêt Uber concerne le domaine particulier des transports. La jurisprudence à venir de la CJUE permettra très probablement de préciser la portée de cet arrêt.

Laura Marcus, « L'arrêt Uber est-il à la base d'une jurisprudence sur les plateformes ? », actualité du 14 mars 2018, www.ceje.ch

17. Qualification des services prestés au moyen de l'application Uber

L'arrêt Uber France du 10 avril 2018 (aff. C-320/16) constitue la suite de l'arrêt Uber Spain du 20 décembre 2017 (aff. C-434/15) dans lequel, la Cour de justice a qualifié les services prestés au moyen de l'application 'Uber' de services de transport et non des services de la société d'information.

Uber France a été traduite devant les juridictions françaises pour violation du code français des transports, du fait d'avoir poursuivi des pratiques commerciales trompeuses, pour exercice illégal de la profession de taxi et pour organisation illégale d'un système de mise en relation de clients avec des chauffeurs non professionnels. Les juges français ont éprouvé des doutes sur le fait de savoir si la réglementation française concernée dans l'affaire au principal instituait une règle relative aux services de la société d'information ou une règle relative aux services de transports. Ils ont donc saisi la Cour de justice d'une demande de décision préjudicielle en interprétation.

En se référant à son arrêt Uber de 2017, la Cour de justice a, d'abord, considéré qu'un service d'intermédiation qui permet la transmission, au moyen d'une application en ligne, des informations relatives à la réservation d'un service de transport entre un chauffeur non professionnel et un client, répond, en principe, aux critères permettant de qualifier ce service de 'service de la société d'information', au sens de la directive 98/34. La Cour a, toutefois, souligné que le service d'intermédiation en cause dans l'affaire au principal ne se résumait pas à une simple mise en lien entre des chauffeurs non professionnels et des clients. En se référant à un certain nombre de critères, la Cour a considéré que le service d'intermédiation a été indissociablement lié à l'offre de services de transport urbain non collectif. Ces critères sont, d'abord, le fait que l'entreprise Uber opère au moyen d'une application sans laquelle les chauffeurs ne pourraient pas fournir des services de transport ; ensuite, le fait que ladite société exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de ces services, notamment en fixant le prix maximum de la course, en collectant ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur et en exerçant un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs, ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la Cour de justice a conclu que le service d'intermédiation en cause dans l'affaire au principal devait être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global qualifié de service de transport (pt 22). Par conséquent, la réglementation française en cause dans l'affaire au principal devait être comprise comme constituant une disposition dans le domaine du transport et non dans celui des services de la société d'information.

La jurisprudence Uber de la Cour de justice apporte des éléments de réponse à des questions soulevées dans l'agenda européen pour l'économie collaborative (COM(2016) 356 final). Dans ce texte, la Commission européenne a considéré que les services prestés au moyen des plateformes collaboratives sont, en principe, qualifiés de services de la société d'information. La Commission a, toutefois, souligné la possibilité que ces plateformes puissent aussi faciliter la prestation d'autres types de services dits sous-jacents. La prestation de tels services est décidée au cas par cas, compte tenu d'un ensemble d'éléments tels que le prix de la prestation, les conditions contractuelles caractérisant les liens entre les prestataires de services et les plateformes collaboratives et la propriété des principaux actifs. Les arrêts Uber de la Cour de justice apportent des éclaircissements sur ce point, dès lors qu'ils permettent de discerner des critères d'appréciation devant être retenus aux fins de la qualification des services prestés au moyen de plateformes collaboratives. Ces critères permettent, en substance, de déterminer qu'une plateforme n'agit pas en tant que simple intermédiaire entre des prestataires et des bénéficiaires de services, mais exerce une influence décisive, notamment, sur les modalités des prestations et la rémunération de celle-ci. L'on retrouvera, sans doute, ces critères d'appréciation dans l'affaire pendante Uber BV (aff. C-371/17) qui porte sur une question de qualification des services 'Uber', soulevée devant les juges allemands.

Ljupcho Grozdanovski, « Qualification des services prestés au moyen de l'application Uber dans l'arrêt Uber France », actualité du 2 mai 2018, www.ceje.ch

18. La protection des droits des travailleurs et la libre prestation des services dans l'arrêt Čepelnik

Dans l'arrêt Viking Line (aff. C-438/05), portant sur une restriction à la liberté d'établissement, la Cour de justice a reconnu que la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité. L'arrêt Čepelnik, rendu en Grande Chambre le 13 novembre 2018 (aff. C-33/17) confirme la jurisprudence Viking Line dans le domaine des services.

Čepelnik, société établie en Slovénie, a été engagée par un ressortissant autrichien (ci-après le maître d'ouvrage) afin d'effectuer des travaux de construction en Autriche. Aux fins de l'exécution de ces travaux, l'entreprise a engagé des travailleurs détachés.

Après avoir effectué des contrôles sur les chantiers, les autorités autrichiennes ont reproché à Čepelnik deux infractions administratives, au regard de la législation autrichienne en matière de protection des travailleurs. Le maître d'ouvrage s'est vu imposer la suspension des paiements et la constitution d'une caution, destinée à garantir l'amende qui pourrait être infligée à Čepelnik à l'issue de la procédure engagée suite aux contrôles. Le montant de la caution correspondit à celui du solde dû pour la finalisation des travaux.

Les juges autrichiens, saisis de l'affaire, se sont interrogés sur la compatibilité avec les traités de la réglementation autrichienne et ont posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice. Ces questions portent, en substance, sur la compatibilité, avec la libre prestation des services, d'une réglementation nationale qui prévoit la possibilité d'ordonner à un maître d'ouvrage de suspendre les paiements et de constituer une caution dans le but de garantir une éventuelle amende qui pourrait être infligée au prestataire des services dans une procédure séparée.

Dans sa réponse, la Cour de justice a, d'abord, souligné que la directive 2006/123 ne s'applique pas dans l'affaire au principal, dès lors qu'au sens de l'article 1, paragraphe 6, de cette directive, elle ne régit pas le droit du travail. La Cour a, ensuite, examiné l'applicabilité de l'article 56 du traité FUE et a considéré qu'en effet, une réglementation telle que celle dans l'affaire au principal, constitue une restriction à la libre prestation des services, dès lors qu'elle est

susceptible de dissuader tant les maîtres d'ouvrage d'un Etat membre de recourir à des prestataires de services établis dans un autre Etat membre, que ces derniers de proposer leurs services aux premiers.

Sur le point de la justification d'une telle restriction, la Cour de justice a considéré que la réglementation en cause dans l'affaire au principal répondait à des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des travailleurs et la lutte contre la fraude sociale, dès lors qu'elle visait à assurer l'effectivité des sanctions pouvant être infligées aux prestataires de services en cas d'infractions dans le domaine du droit du travail. La Cour a, toutefois, estimé que le critère de proportionnalité n'a pas été satisfait pour trois raisons. D'abord, la réglementation en cause dans l'affaire au principal prévoyait la constitution d'une caution, par un maître d'ouvrage, en tant que mesure préventive à une éventuelle sanction à l'égard du prestataire de services. Ensuite, ladite réglementation ne prévoyait pas la possibilité, pour le prestataire de services, de faire valoir ses observations sur les faits reprochés avant l'adoption de la mesure de sanction à son encontre. Enfin, le montant de la caution susceptible d'être imposée au maître d'ouvrage pouvait être fixé par les autorités compétentes, sans tenir compte des éventuels défauts de construction ou d'autres manquements dans l'exécution du contrat d'ouvrage. Ce montant pouvait donc excéder le montant normalement dû, par le maître d'ouvrage, à l'issue des travaux.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la Cour de justice a conclu que la mesure en cause dans l'affaire au principal constituait une restriction non-justifiée à la libre prestation des services, au sens l'article 56 du traité FUE.

Ljupcho Grozdanovski, « La protection des droits des travailleurs et la libre prestation des services dans l'arrêt Čepelnik », actualité du 20 novembre 2018, www.ceje.ch

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

19. *Un requérant d'asile peut demeurer sur le territoire d'un Etat membre jusqu'à l'issue de son recours introduit contre le rejet de sa demande de protection internationale*

Le 19 juin 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a affirmé, dans un arrêt de grande chambre (C-181/16), qu'un requérant d'asile débouté était en droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre pendant la procédure de recours, même si son séjour devait être qualifié d'irrégulier.

M. Gnandi, ressortissant togolais, avait introduit une demande de protection internationale auprès des autorités belges, laquelle avait été rejetée. Celles-ci ont ordonné à M. Gnandi de quitter le territoire. Ce dernier avait néanmoins introduit, sans succès, un recours auprès de la juridiction de recours en demandant l'annulation de la décision, et la suspension de l'exécution de l'ordre de quitter le territoire. M. Gnandi avait ensuite introduit un recours auprès du Conseil d'Etat belge, qui lui, avait cassé la décision de la juridiction de recours et avait renvoyé l'affaire auprès de cette dernière pour nouvelle décision.

Dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'Etat, celui-ci avait toutefois décidé de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de justice : la directive 2008/115, lue conjointement avec la directive 2005/85, et à la lumière du principe de non-refoulement et du droit à un recours effectif, consacrés à l'article 18, à l'article 19, paragraphe 2, et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, autorise-t-elle l'adoption d'une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant d'un Etat tiers au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2008/115, dès le rejet de sa demande de protection internationale, et ce nonobstant le fait que le requérant soit en attente de l'issue de son recours juridictionnel contre ce rejet ?

A titre liminaire, la Cour a rappelé que, conformément à l'article 3, point 4, de la directive 2008/115, tout acte ou toute décision de nature administrative ou judiciaire déclarant illégal le séjour d'un ressortissant d'un Etat tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour constitue une décision de retour. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de cette même directive, les Etats membres prennent, en principe, une telle décision à l'encontre de tout ressortissant d'un Etat tiers en séjour irrégulier sur leur territoire (point 36).

Dès lors, la Cour a dû examiner en premier lieu si M. Gnandi se trouvait, à la suite du rejet de sa demande d'asile, en séjour irrégulier au sens de la directive 2008/115. Celle-ci a estimé que le libellé de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2005/85, ne laissait place à aucune ambiguïté, en ce sens que le droit de demeurer sur le territoire prenait fin dès l'adoption de la décision de premier ressort rejetant la demande de protection internationale par l'autorité responsable. Ainsi, dès l'adoption d'une telle décision en première instance, le demandeur ne remplit plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence en vertu de la directive 2008/115, de telle sorte que son séjour doit être considéré comme irrégulier (point 41).

La Cour a également ajouté que le résultat était identique même si le droit interne d'un Etat membre prévoyait un effet suspensif à la décision de retour (art. 39, paragraphe 3, sous a), de la directive 2005/85). En l'espèce, M. Gnandi se trouvait donc en séjour irrégulier sur le territoire belge dès le refus de sa demande par la première juridiction saisie (point 42).

S'agissant du droit de demeurer sur le territoire de l'Etat membre durant la procédure de recours contre le rejet d'une demande d'asile, la Cour a souligné que les recours prévus à l'article 13 de la directive 2008/115 (décisions liées au retour), et ceux prévus à l'article 39 de la directive 2005/85 (décisions liées au rejet de demande de protection internationale) doivent être

interprétés en conformité avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, qui garantit le droit à un recours effectif devant un tribunal, ainsi que du principe de non-refoulement, conformément à l'article 18 et à l'article 19, paragraphe 2, de ladite Charte (point 52). Ces droits fondamentaux ressortent d'ailleurs des considérants 8 et 24 de la directive 2008/115, et des considérants 2 et 8 de la directive 2005/85 (points 51 et 53).

En conséquence, la Cour a affirmé que, conformément au respect des exigences découlant du droit à un recours effectif et du principe de non-refoulement, le ressortissant d'un Etat tiers, qui se trouve en séjour irrégulier dès le rejet de sa demande d'asile en premier ressort, doit pouvoir bénéficier d'un effet suspensif de plein droit lorsqu'une décision de retour, voire éventuellement d'éloignement, fait l'objet d'un recours (point 58). Autrement dit, le requérant d'asile bénéficie du droit de demeurer sur le territoire d'un Etat membre dans l'attente de l'issue de son recours contre le rejet de sa demande d'asile, et ce indépendamment d'un effet suspensif accordé ou non par le droit interne de l'Etat membre concerné (point 59).

David Trajilovic, « Un requérant d'asile peut demeurer sur le territoire d'un Etat membre jusqu'à l'issue de son recours introduit contre le rejet de sa demande de protection internationale », actualité du 29 juin 2018, www.ceje.ch

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

20. Les défaillances du système judiciaire polonais peuvent justifier un refus de mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen

L'arrêt de grande chambre rendu, le 25 juillet 2018, dans l'affaire C-216/18 PPU LM met en balance, dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, le principe de confiance mutuelle, d'une part, et les risques de violation du droit à un procès équitable résultant des défaillances du système judiciaire polonais suite aux réformes introduites par le gouvernement ces dernières années, d'autre part.

Un mandat d'arrêt européen a été émis par les autorités polonaises à l'encontre de l'un de ses citoyens dans une affaire de trafic illicite de stupéfiants. La juridiction de renvoi irlandaise se demande à quelles conditions il est possible de refuser un tel mandat d'arrêt européen lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée sera exposée à un risque de violation de son droit à un procès équitable. Pour justifier les risques d'atteinte audit droit, la juridiction de renvoi s'appuie notamment sur la proposition motivée de la Commission présentée conformément à l'article 7, paragraphe 1, TUE concernant l'État de droit en Pologne (point 17).

Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne adopte une position prudente, en réaffirmant le principe de confiance mutuelle entre les États membres tout en acceptant que des exceptions à ce principe doivent pouvoir être admises.

La Cour rappelle que les États membres partagent les valeurs établies à l'article 2 TUE et que le principe de confiance mutuelle impose à chaque État membre de considérer que les autres respectent le droit de l'Union européenne et, notamment, les droits fondamentaux (points 35 et 36). Le mandat d'arrêt européen résulte de ce principe de confiance mutuelle et l'État membre d'exécution est tenu, en principe, de présumer que l'État membre d'émission du mandat d'arrêt respectera les droits fondamentaux. Cependant, le refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen doit être admis à certaines conditions (point 59). Un tel refus constitue donc une exception, laquelle doit, par ailleurs, faire l'objet d'une interprétation stricte (point 41).

Pour refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt, les autorités doivent mener une analyse en deux temps. Tout d'abord, elles doivent évaluer l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable lié au manque d'indépendance des juridictions (points 61 à 67). Dans cette première phase, la proposition motivée de la Commission européenne constitue un élément particulièrement pertinent à prendre en compte (point 61). Les autorités doivent ensuite apprécier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne recherchée risque de subir une telle violation (point 68). Cet arrêt constitue la suite jurisprudentielle de l'arrêt rendu en 2016 dans l'affaire Aranyosi et Căldăraru, dans lequel la Cour de justice avait admis la possibilité de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt lorsque la remise était susceptible de conduire à une violation de l'article 3 CEDH. À cette occasion, la même analyse en deux temps avait été proposée. Ladite analyse est désormais élargie à une possible violation du droit à un procès équitable.

L'arrêt LM permet de considérer qu'une analyse concrète de la violation du droit à un procès équitable dans le cas d'espèce s'impose même dans le cas où l'État membre d'émission a fait l'objet d'une proposition motivée de la Commission européenne en vertu de l'article 7, paragraphe 1, TUE. Ce n'est que s'il y avait une décision du Conseil européen constatant une violation grave et persistante des principes énoncés à l'article 2 TUE suivi de la suspension par le Conseil de l'application de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen que sa mise

en œuvre pourrait être suspendue par l'autorité d'exécution sans avoir recours à l'analyse en deux temps décrite ci-dessus (points 70-73). La barre semble être placée assez haut en exigeant d'avoir atteint la phase ultime de la décision du Conseil pour pouvoir refuser la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt. La question se pose de savoir si cette décision est influencée par le fait que, au moment de cette affaire, il y avait uniquement une proposition motivée de la Commission. Est-ce que l'analyse de la Cour serait différente actuellement, suite à l'avis motivé adressé par la Commission européenne à la Pologne le 14 août 2018 ? La réponse à la question préjudicielle introduite le 2 août 2018 par la Cour suprême polonaise nous permettra peut-être de répondre à cette question.

L'arrêt LM est le premier arrêt qui permet à la Cour de justice de l'Union européenne d'examiner la question des réformes introduites par le gouvernement polonais dans le système judiciaire national. Bien que la Cour rappelle les conditions à remplir pour qu'une juridiction soit considérée autonome et impartiale (points 63-67), elle ne se prononce pas sur le respect, par le gouvernement polonais, du droit de l'Union européenne en adoptant les réformes mises en cause. Cette question, en toile de fond tout au long de l'arrêt, n'est donc pas explicitement traitée par la Cour. Il faudra attendre la réponse à la question préjudicielle déjà soumise par la Cour suprême polonaise ainsi que les recours en manquement qui seront probablement introduits par la Commission européenne pour avoir davantage de détails sur cette question.

Elisabet Ruiz Cairó, « Les défaillances du système judiciaire polonais peuvent justifier un refus de mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen », actualité du 29 août 2018, www.ceje.ch

21. Demandes de statut de réfugié palestinien au sein de l'Union européenne : la CJUE apporte des précisions

Dans un arrêt Alheto rendu en grande chambre dans l'affaire C-585/16 le 25 juillet dernier, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considéré qu'un réfugié palestinien bénéficiant de la protection prodiguée par l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) ne pouvait obtenir l'asile au sein de l'Union européenne. Ce statut ne peut lui être accordé que dans le cas où, se trouvant dans une situation indépendante de sa volonté, il serait contraint de quitter la zone de protection de l'UNRWA, qu'il aurait au demeurant demandé l'aide de ce dernier sans pouvoir l'obtenir, et qu'il ne bénéficierait plus, de fait, de la protection et de l'assistance effective de cet organisme (points 85, 86 et 90). La Cour fait référence à son jugement rendu dans l'affaire El Kotten 2012 (point 82) et en précise les modalités. Dans l'arrêt Bolbol, la CJUE avait déjà considéré qu'une personne devait être considérée comme bénéficiant de la protection ou de l'assistance de l'UNRWA, au sens du droit de l'Union, uniquement dans la mesure où celle-ci y avait effectivement recours (point 57).

Dans l'arrêt Alheto, les questions préjudicielles formulées par le tribunal bulgare portent sur l'interprétation de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

La requérante au principal, Mme Alheto, une Palestinienne gazaouie enregistrée auprès de l'UNRWA, avait fui la bande de Gaza à la suite du conflit armé de l'été 2014 entre Israël et le Hamas. Elle avait trouvé refuge en Jordanie, d'où elle s'était rendue en Bulgarie. Elle avait alors formulé une demande de protection internationale auprès des autorités bulgares, arguant qu'un retour à Gaza l'exposerait à une « menace grave contre sa vie, puisqu'elle risquerait d'y subir des tortures et des persécutions » (point 53). La Cour rappelle à ce titre qu'un réfugié, au

regard du droit de l'Union européenne et plus particulièrement de l'article 2 de la directive 2011/95, est un ressortissant d'un pays tiers qui « parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou tout apatride qui, se trouvant pour les raisons susmentionnées hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut y retourner et qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 12 ». Ce dernier article se réfère aux conditions d'exclusion du statut de réfugié sous ladite directive et fait notamment référence à l'impossibilité pour un réfugié d'en bénéficier au sein de l'UE « lorsqu'il relève du champ d'application de l'article 1^{er}, section D, de la convention de Genève, concernant la protection ou l'assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations unies autre que le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés », comme cela est le cas pour l'UNRWA. Le statut de protection internationale, quant à lui, fait référence à ce statut de réfugié ainsi qu'à celui conféré par la protection subsidiaire. Dans le cadre de sa demande en Bulgarie, Mme Alheto s'est vue opposer un refus.

La Cour de justice estime que les autorités nationales sont tenues de vérifier si, dans le cas d'un réfugié palestinien ayant fui Gaza par la Jordanie pour ensuite soumettre une demande de protection internationale au sein d'un Etat membre de l'Union, ce dernier bénéficiait d'une protection effective de la part de l'UNRWA. La Cour considère en effet que si tel est le cas, la protection internationale ne peut lui être accordée au sein de l'Union. Au regard précisément de cette protection, la Cour considère que pour qu'elle soit considérée comme effective dans un pays tiers, il est nécessaire d'établir que, d'une part, le réfugié aura la possibilité d'être réadmis dans ce pays après l'avoir quitté afin de formuler sa demande de protection internationale au sein de l'Union, et, d'autre part, que ledit pays reconnaît la protection de l'UNRWA et adhère au principe de non-refoulement (points 133, 134 et 143).

La Cour considère qu'un palestinien enregistré auprès de l'UNRWA jouit d'une protection suffisante en Jordanie, pays dans lequel il s'est réfugié après avoir quitté la bande de Gaza, où il résidait habituellement, s'il satisfait à ces deux critères ainsi qu'à la certitude de l'Etat membre d'accueil que le réfugié pourra séjourner en Jordanie « dans des conditions de vie dignes aussi longtemps que les risques encourus dans la bande de Gaza le rendent nécessaire » (point 40). La Cour précise néanmoins qu'il incombe à la juridiction de renvoi de statuer si tel est le cas en l'espèce pour Mme Alheto (point 135).

Par ailleurs, la Cour précise que l'article 12, para 1, sous a, de la directive 2011/95 ainsi que la 2004/83 qu'elle abroge et remplace, sont d'effet direct et peuvent être appliqués même si la demande n'est pas formulée par le demandeur (point 101). Elle énonce également l'obligation d'un examen factuel et juridique par la juridiction nationale saisie du recours contre une décision relative à une demande de protection internationale. Il est en effet nécessaire de tenir compte de tout événement survenu tant antérieurement que postérieurement à l'adoption de ladite décision, y compris ses motifs d'irrecevabilité (points 118 et 130).

Enfin, la Cour établit qu'il n'existe pas de normes de procédures communes relatives à la compétence d'adoption d'une nouvelle décision suite à son annulation. La Cour considère néanmoins qu'en vue d'en garantir l'effet utile ainsi que le droit à un recours effectif, il est nécessaire qu'une nouvelle décision soit adoptée au plus vite, et ce, en conformité avec le jugement ayant prononcé l'annulation (point 149).

Ce jugement s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de la CJUE relative aux réfugiés palestiniens dans ses arrêts Bolbol de 2010 et El Kott de 2012, rendus sur l'interprétation de la

directive 2004/83. L'arrêt Alheto marque tant une évolution qu'une précision importante dans la façon de traiter les demandes d'asile formulées par les réfugiés palestiniens au sein de l'Union. C'est en effet la première fois que la Cour a eu à se prononcer sur ce statut au regard de la directive 2011/95. La Cour offre de ce fait la cohérence et la précision nécessaires au cadre juridique entourant le statut de réfugié palestinien sur le territoire de l'Union européenne.

Camille Limon, « Demandes de statut de réfugié palestinien au sein de l'Union européenne : la CJUE apporte des précisions », actualité du 19 septembre 2018, www.ceje.ch

VIII. Fiscalité et droit des sociétés

22. *Le Conseil d'Etat français sanctionné par la Cour de justice pour ne pas avoir posé une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union*

La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'un recours en constatation de manquement introduit par la Commission européenne. Cette dernière reprochait à la France de ne pas respecter, en matière d'imposition fiscale, la liberté d'établissement garantie en droit de l'Union européenne.

La question était de savoir si le Conseil d'État français aurait dû saisir la Cour de Justice (ci-après « la Cour ») d'une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union, afin de déterminer s'il y avait lieu de refuser de prendre en compte l'imposition subie par une filiale non-résidente sur les bénéfices sous-jacents à des dividendes redistribués par une société non-résidente.

Le présent arrêt Commission c. France du 4 octobre 2018 a aussi clôturé un long débat en droit fiscal français sur la une problématique délicate, qui peut être présentée en deux parties.

Dans l'arrêt Accor du 15 septembre 2011, la Cour avait indiqué que la différence de traitement entre les dividendes distribués par une filiale résidente et ceux distribués par une filiale non-résidente était contraire au droit de l'Union européenne et que le mécanisme français de prévention de la double imposition n'était pas compatible avec les dispositions du traité FUE.

En effet, l'ancien régime français de restitution, en vigueur entre 1965 et 2004, prévoyait le mécanisme du « précompte mobilier » d'une partie de l'impôt sur les revenus mobiliers pour les sociétés françaises détenant des filiales dans d'autres Etats membres de l'Union. Ce sont ces dividendes qui ont été considérés comme incompatibles avec les principes de la liberté d'établissement et de la circulation des capitaux.

Pour la Cour, il existait une différence de traitement entre d'une part, le régime fiscal des dividendes distribués à la société-mère française par sa filiale française, lequel ouvrait droit à un avoir fiscal imputable sur le précompte dû par la société mère, et, d'autre part, le régime fiscal des dividendes distribués à la société mère française par sa filiale européenne, lequel n'ouvrait pas droit à crédit d'impôt, alors que les sommes distribuées avaient été imposées au titre de l'impôt sur les sociétés au niveau de la filiale dans l'autre Etat membre.

Sur la base de cela, le Conseil d'Etat aurait dû mettre fin à cette différence de traitement en supprimant le système en cause et en adoptant des décisions de remboursement Rhodiaet Accor du 10 décembre 2012. Or, le Conseil d'Etat n'est pas allé en ce sens en expliquant que la réglementation française ne prévoyait pas d'imputation des impôts acquittés par les sous-filiales résidentes en France sur les impôts acquittés par la société mère.

Ce sont dans ces circonstances, et en raison de plusieurs arrêts rendus par le Conseil d'Etat, que la Commission européenne a reçu de nombreuses plaintes d'opérateurs économiques concernés.

En ne tenant pas compte de l'imposition déjà acquittée par les sous-filiales non-françaises, les décisions du Conseil d'Etat n'avaient pas totalement mis fin à la discrimination constatée par la Cour de justice dans l'arrêt Accor de 2011.

Vu que la France a refusé de se conformer à l'avis de la Commission du 29 avril 2016 lui enjoignant d'adopter certaines mesures pour mettre fin au traitement discriminatoire, cette dernière a introduit le recours en manquement devant la Cour le 8 décembre 2016.

Dans le recours en constatation de manquement, la Commission européenne a fait valoir quatre griefs. Les trois premiers sont tirés de la violation des articles 49 et 63 du TFUE, ainsi que des principes d'équivalence et d'effectivité, et le quatrième grief a trait à la violation de l'article 267, troisième alinéa, du TFUE.

S'agissant de l'application des articles 49 et 63 du TFUE, la Cour a considéré : « En refusant de prendre en compte, pour le calcul du remboursement du précompte mobilier acquitté par une société mère résidente au titre de la distribution de dividendes versés par une sous-filiale non-résidente par l'intermédiaire d'une filiale non-résidente, l'imposition sur les bénéfices sous-jacents à ces dividendes subie par cette sous-filiale non-résidente, dans l'État membre où elle est établie, alors même que le mécanisme national de prévention de la double imposition économique permet, dans le cas d'une chaîne de participation purement interne, de neutraliser l'imposition qu'ont subie les dividendes distribués par une société à chaque échelon de cette chaîne de participation, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 49 et 63 du TFUE ». (point 46).

En ce qui concerne l'article 267, troisième alinéa, TFUE, la Cour a constaté que le Conseil d'Etat aurait dû l'interroger sur le sens à donner au droit de l'Union. Elle a affirmé que : « Dès lors que le Conseil d'État a omis de saisir la Cour, afin de déterminer s'il y avait lieu de refuser de prendre en compte, pour le calcul du remboursement du précompte mobilier acquitté par une société résidente au titre de la distribution de dividendes versés par une société non-résidente par l'intermédiaire d'une filiale non-résidente, l'imposition subie par cette seconde société sur les bénéfices sous-jacents à ces dividendes » (point 114), le manquement est établi.

En guise de conclusion, on peut reprendre un point des conclusions de l'avocat général dans cette affaire, qui résume parfaitement la situation, lequel indique qu'en n'interrogeant pas la Cour, le Conseil d'État a créé un risque de divergences de jurisprudence au sein de l'Union incompatible avec l'obligation de renvoi préjudiciel qui pesait sur lui, en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (point 100 des conclusions). Le non-respect par la France du droit de l'Union européenne a conduit à un surplus de recettes fiscales évalué à plus de 5 milliards d'euros dans un rapport de l'Assemblée Nationale française du 12 octobre 2017, un montant qui devrait en principe être remboursé aux opérateurs économiques concernés.

Vincenzo Elia « Le Conseil d'Etat français sanctionné par la Cour de justice pour ne pas avoir posé une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union », actualité du 16 octobre 2018, www.ceje.ch

IX. Services de la société d'information

23. *Les vidéos promotionnelles sur YouTube ne sont pas des services de médias audiovisuels*

Le développement des nouvelles technologies a donné lieu à des arrêts de la Cour de justice relatifs, en substance, à la qualification juridique, au regard du droit de l'Union, des services prestés en ligne. L'arrêt Uber (aff. C-434/15) est un exemple sur ce point, dès lors que la principale question dans cet arrêt a été la qualification de services de transport ou de services de la société d'information, des services prestés au moyen de la plateforme Uber.

Dans l'affaire Peugeot Deutschland du 21 février 2018 (aff. C-132/17), la Cour de justice a été saisie de la question de savoir si des vidéos promotionnelles publiées par Peugeot sur le site YouTube peuvent être qualifiées de services de médias audiovisuels, au sens de la directive 2010/13. Aux termes de l'article 1, paragraphe 1, a), i) de cette dernière, l'un des traits essentiels des services de médias audiovisuels est le fait d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communication électroniques. Il est, en outre, précisé à l'article 1, a), ii) de ladite directive que les services de médias audiovisuels comprennent les communications commerciales audiovisuelles.

L'entreprise Peugeot Deutschland a publié, sur le site YouTube, une vidéo promotionnelle sur l'un de ses véhicules. Un recours a été formé contre cette entreprise, au motif que ladite vidéo ne contenait aucune indication de la consommation officielle de carburant et des émissions spécifiques de CO₂. Saisis d'un recours en révision, les juges allemands ont considéré qu'il y avait lieu de déterminer si les vidéos promotionnelles publiées sur le site YouTube pouvaient être qualifiées de services de médias audiovisuels, au sens de la directive 2010/13. Une telle qualification permettrait à Peugeot Deutschland d'être exemptée de l'obligation d'intégrer dans ses vidéos en ligne, des informations requises au titre de la législation allemande sur l'information et la protection des consommateurs. La Cour de justice a donc été saisie d'une demande de décision préjudicielle en interprétation de la directive 2010/13.

La Cour a, dans un premier temps, examiné la qualification de la vidéo en cause dans l'affaire au principal au regard de l'article 1, a), i) de la directive 2010/13. Elle a considéré que cette vidéo a pour objectif de promouvoir, à des fins purement commerciales, un produit ou un service. Même si elle informait, divertissait ou éduquait les spectateurs, son but promotionnel suffirait pour qu'elle ne soit pas qualifiée de service de médias audiovisuels, au sens dudit article.

Dans un deuxième temps, la Cour de justice a examiné la possibilité de qualifier la vidéo en cause dans l'affaire au principal au regard de l'article 1, a), ii) de la directive 2010/13. La Cour a, sur ce point, souligné que les communications commerciales audiovisuelles consistent en des images conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. Dès lors que la chaîne YouTube de Peugeot Deutschland ne contenait que des vidéos individuelles et autonomes, la vidéo en cause dans l'affaire au principal ne pouvait pas être considérée comme insérée dans un programme au sens de l'article 1, a), ii) de la directive 2010/13. Selon la Cour, en utilisant les termes 'accompagner' et 'être inséré', le législateur de l'Union a visé des images individuelles qui font parties, voire constituent l'essentiel d'un programme. Or, tel n'est pas le cas avec une vidéo telle que celle en

cause dans l'affaire au principal. Cette vidéo a donc été exclue du champ d'application de l'article 1, a) de la directive 2010/13.

Ljupcho Grozdanovski, « Les vidéos promotionnelles sur YouTube ne sont pas des services de médias audiovisuels », actualité du 23 février 2018, www.ceje.ch

X. Protection des données

24. Protection des données à caractère personnel : une (r)évolution

Vous aurez probablement remarqué que depuis quelques jours les courriels d'adaptation de conditions générales fleurissent dans votre boîte mail. Rien d'étonnant vu que le règlement général sur la protection des données 2016/679 (« RGPD ») entrera en vigueur le 25 mai prochain. Toute personne « responsable du traitement » (c'est-à-dire toute personne qui définit les buts et moyens d'un traitement de données à caractère personnel d'une personne physique) doit ainsi se mettre en conformité avec les nouveautés introduites par le RGPD, et elles ne sont pas minimes !

Sans pouvoir revenir sur l'intégralité des nouveautés introduites par le RGPD dans le cadre de la présente Actualité, nous proposons de le parcourir dans ses (très) grandes lignes.

Tout d'abord le champ d'application territorial profite d'un large élargissement (par rapport à la directive 95/46 qui régissait la matière) puisque désormais, non seulement les traitements effectués dans le cadre des activités d'un responsable de traitement établi dans l'Union sont soumis au droit européen des données à caractère personnel, mais aussi, les traitements effectués par un responsable qui n'est pas établi dans l'Union européenne lorsque ce traitement concerne des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union ou, au suivi de leur comportement, pourvu que celui-ci ait lieu dans l'Union (article 3 RGPD).

Le champ d'application matériel et personnel du règlement subit moins de changements puisqu'il s'agit toujours de réglementer le traitement automatisé en tout ou partie de données à caractère personnel d'une personne physique par un responsable du traitement (voir ci-dessus et article 2 RGPD).

Aux cinq grandes règles préexistantes en la matière, relevant de la responsabilité du responsable du traitement, (licéité, loyauté, limitation des finalités (1), minimisation des données (2), exactitude (3), limitation de la conservation (4), ainsi que intégrité et confidentialité (5)) le RGPD ajoute désormais la transparence, la sécurité des données et l'« accountability » (« responsabilité »). Cette dernière règle implique que le responsable du traitement soit à tout moment en mesure de démontrer qu'il respecte effectivement le règlement (article 5, §1, et 5, §2, du règlement).

Le consentement de la personne concernée au traitement de ses données personnelles est essentiel. Il doit s'agir d'une manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque (article 4, 11° RGPD). Par ailleurs le consentement doit pouvoir être retiré à tout moment et le retrait doit être aussi simple que le consentement en lui-même (article 7, §3 RGPD). Enfin, en-dessous de 16 ans, le consentement ne peut être donné que par le « titulaire de la responsabilité parentale », ce que le responsable du traitement devra s'efforcer de raisonnablement vérifier (article 8, §1 et 8, §2 RGPD).

Outre le droit de retrait, prévu à l'article 7, §3, les articles 12 à 22 prévoient les différents droits « de la personne concernée » ; le droit d'accès, de rectification et d'opposition. A cette liste s'ajoutent désormais le droit à la limitation du traitement, le droit à ne pas être soumis à des décisions entièrement automatisées, le droit à la portabilité des données et, enfin, de manière

explicite, le droit à l'effacement des données (droit qui avait déjà été affirmé par la jurisprudence dans l'arrêt Google du 13 mai 2014, C-131/12).

Ainsi, les entreprises (ou entités) collectant des données personnelles de personnes physiques dans l'Union (ou dans les Etats tiers dans l'hypothèse où le RGPD leur est applicable, voir ci-dessus) devront désigner un délégué à la protection des données dans trois cas prévus à l'article 37, §1 RGPD. Sa désignation est par ailleurs conseillée par la Commission de protection de la vie privée même lorsqu'il n'existe pas d'obligation en ce sens. Le délégué doit posséder une expertise dans le domaine de la protection des données personnelles et doit pouvoir conseiller l'entreprise.

Ces entités devront par ailleurs passer en revue le types de données qu'elles traitent ainsi que l'éventuelle nécessité d'obtenir le consentement des personnes physiques concernées et, éventuellement, adapter leurs conditions générales. Ces responsables du traitement devront également se préparer à l'éventualité que certaines personnes physiques mettent en œuvre leur droits (voir ci-avant). Il conviendra également de vérifier l'âge de ces personnes et d'agir en conséquence. Il serait également judicieux de prévoir une procédure dans l'hypothèse où une violation dans le traitement des données surviendrait.

Nous renvoyons au règlement lui-même et à la doctrine, de plus en plus abondante, sur le sujet pour d'autres développements sur le RGPD et sa prochaine entrée en vigueur. Notons par ailleurs que les législateurs nationaux sont appelés à adopter des mesures nationales de mise en œuvre du RGPD et qu'il conviendra également de s'y référer.

Laura Marcus, « Protection des données à caractère personnel : une (r)évolution », actualité du 4 mai 2018, www.ceje.ch

25. Témoins de Jéhovah, soumis au droit de l'Union européenne en matière de traitement de données à caractère personnel

Le 10 juillet 2018, un arrêt relatif au traitement des données à caractère personnel par la communauté religieuse des témoins de Jéhovah a été rendu par la Cour de justice de l'Union, qui statuait en grande chambre (aff. C-25/17). Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour administrative suprême finlandaise a interrogé la Cour de justice sur l'interprétation de la directive 95/46/CE 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. En effet, il s'avère que les membres de la communauté des témoins de Jéhovah peuvent collecter certaines données lorsque ceux-ci exercent l'activité de prédication de porte-à-porte, en recueillant notamment les noms et adresses des personnes démarchées.

Une première question visait à déterminer si les règles de droit de l'Union européenne en matière de protection des données à caractère personnel s'appliquaient à la communauté des témoins de Jéhovah ou si, au contraire, cette dernière pouvait être considérée comme exclue du champ d'application des règles pertinentes en la matière. En effet, deux types d'activités visés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive sont exclus du champ d'application de la directive 95/46/CE. Il s'agit, d'une part, des activités propres aux Etats ou aux autorités étatiques, étrangères aux domaines d'activité des particuliers et, d'autre part, des activités dites exclusivement personnelles ou domestiques. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que la collecte de données à caractère personnel par des membres de la communauté des témoins de Jéhovah et les traitements ultérieurs de ces données ne rentraient dans aucun des cas d'exclusion du champ d'application de la directive (pt 51).

Outre cette interrogation relative à l'inclusion ou l'exclusion des activités de la communauté des témoins de Jéhovah dans le champ d'application de la directive, d'autres questions se sont

posées. La Cour a ainsi interprété largement la notion de « fichier » et a également précisé qui pouvait être considéré comme « responsable du traitement des données à caractère personnel ». Selon la Cour, constitue un fichier « un ensemble de données à caractère personnel collectées dans le cadre d'une activité [telle que celle en cause en l'espèce], comportant des noms, et des adresses (...) » et ce, sans qu'il soit nécessaire qu'existent des fiches, des listes spécifiques ou d'autres systèmes de recherche (pt 62). De plus, la communauté religieuse en question peut être considérée comme responsable des traitements de données à caractère personnel, « conjointement avec ses membres prédicateurs (...) sans qu'il soit nécessaire que ladite communauté ait accès aux données ni qu'il doive être établi qu'elle a donné à ses membres des lignes directrices écrites ou des consignes à ces traitements » (pt 75).

Dans la matière sensible de la protection des données à caractère personnel, cet arrêt a permis de préciser les hypothèses exclues du champ d'application de la directive 95/46/CE, confirmant l'interprétation stricte des cas d'exclusion. La Cour a également saisi cette occasion pour préciser des notions clés en la matière, telles que la notion de « fichier » mais aussi de « responsable du traitement ».

Margaux Biermé, « Témoins de Jéhovah, soumis au droit de l'Union en matière de traitement de données à caractère personnel », actualité du 20 août 2018, www.ceje.ch

XI. Action extérieure

26. *Incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE*

Dans un arrêt du 6 mars 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a déclaré l'incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres de l'Union européenne (TBI intra-UE) avec le droit de l'Union.

Dans le cadre des réformes du système de santé en Slovaquie, le marché des assurances maladie a été ouvert aux investisseurs privés en 2004. Attirée par l'opportunité d'investir, Achmea B.V., une entreprise néerlandaise, a décidé de s'engager sur ce marché. Mais, en 2006, suite à un changement de gouvernement, des démarches ont été entreprises aux fins de réduire les effets de cette réforme.

Le 1er octobre 2008, Achmea B. V. a introduit une procédure contre la Slovaquie sur la base d'une clause d'arbitrage du TBI Pays-Bas – Slovaquie. La Slovaquie a invoqué l'incompétence du tribunal arbitral au motif que le TBI est inapplicable en raison de son incompatibilité avec le droit de l'Union. En rejetant cet argument, le tribunal arbitral l'a condamnée à payer 22,1 million € de dommages-intérêts. Après la confirmation de cette décision par un tribunal allemand, la Slovaquie a introduit un recours auprès du Bundesgerichtshof. Celui-ci a soumis une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Par sa première question, la juridiction nationale cherchait à savoir si l'article 344 TFUE faisait obstacle à l'application d'une clause d'un TBI intra-UE, prévoyant qu'un investisseur d'un État contractant peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre État contractant, introduire une procédure contre ce dernier État devant un tribunal arbitral, lorsque ledit accord a été conclu avant l'adhésion de l'un des États contractants à l'Union européenne, mais que la procédure arbitrale n'est introduite qu'après cette date. En cas de réponse négative, la question était de savoir si l'article 267 TFUE faisait obstacle à une telle disposition du TBI ou encore, toujours en cas de réponse négative, si l'article 18, premier alinéa, TFUE y faisait obstacle.

Contrairement aux conclusions de l'avocat général, la Cour de justice a considéré qu'il y avait violation des articles 267 et 344 TFUE et, qu'en conséquence, il n'était pas nécessaire de vérifier une possible discrimination en vertu de l'article 18 TFUE.

Premièrement, elle a affirmé que les litiges dont est appelé à connaître le tribunal arbitral étaient susceptibles de porter sur l'interprétation et l'application du droit de l'Union. Cela ressort de l'article 8, paragraphe 6, du TBI, selon lequel le tribunal applique, *inter alia*, le droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que tout autre accord pertinent entre les parties contractantes. Selon la Cour de justice, le droit de l'Union fait partie des deux catégories.

En deuxième lieu, la Cour a considéré que le tribunal arbitral ne saurait être considéré comme une juridiction d'un État membre au sens de l'article 267 TFUE. Ce tribunal ne constitue ni un élément du système juridictionnel établi aux Pays-Bas ou en Slovaquie, ni une juridiction commune aux deux États membres, comparable à la Cour de justice de Benelux. En fait, son caractère dérogatoire par rapport aux juridictions des États membres est une de ses raisons d'être.

Enfin, la Cour de justice a constaté que les États membres avaient instauré un mécanisme de résolution de litiges susceptible d'exclure la possibilité que ces litiges soient tranchés d'une manière garantissant la pleine efficacité de ce droit. Si un contrôle de la sentence arbitrale par une juridiction nationale pouvait amener à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, cela dépendait du choix du siège du tribunal et du droit national applicable à la procédure régissant

et possiblement limitant le contrôle juridictionnel de la validité de la sentence arbitrale. S'agissant de l'arbitrage commercial, la Cour a rappelé sa jurisprudence constante, selon laquelle l'efficacité de la procédure arbitrale justifiait que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des États membres revêtait un caractère limité. Toutefois, ce raisonnement n'était pas transposable à la procédure d'arbitrage en matière d'investissement au motif que celle-ci ne trouvait pas son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause, mais résultait d'un traité, par lequel les États membres consentaient à soustraire des litiges portant sur l'interprétation ou l'application du droit de l'Union à la compétence de leurs propres juridictions.

La Cour a aussi rappelé sa jurisprudence constante, selon laquelle un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions, n'était pas, en principe, incompatible avec le droit de l'Union, pourvu que l'autonomie de l'Union et son ordre juridique soit respecté. Elle a néanmoins constaté que cette jurisprudence ne saurait être applicable au mécanisme d'arbitrage contenu dans le TBI, car cet accord a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres. Ainsi, il remettait en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités et le principe de coopération loyale, ce qui conduirait, finalement, à une atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

On doit saluer l'arrêt de la Cour de justice en ce qu'il apporte de la sécurité juridique dans une matière longtemps incertaine. Il suscite néanmoins une série d'interrogations sur l'avenir des 196 TBI intra-UE et la protection des investissements dans l'Union européenne en général. La Cour de justice n'a pas la compétence pour prononcer la nullité des traités internationaux des États membres. En conséquence, l'arrêt n'impacte pas directement la validité des TBI intra-UE sur le plan du droit international public. Face à la menace des procédures d'infraction, il est probable que les États membres souhaiteront se conformer à leurs obligations découlant de l'article 4, paragraphe 3, TFUE de mettre en œuvre de manière effective les arrêts de la Cour de justice. Pour cela, il sera nécessaire, soit de modifier les clauses d'arbitrage, soit de dénoncer les TBI intra-UE. Seulement, dans la plupart des cas les États membres seront confrontés à l'existence des sunset clauses, dont l'effet est contesté même en cas de dénonciation consensuelle. En ce qui concerne les procédures pendantes en dehors de la convention CIRDI, les juridictions nationales des États membres saisies d'un recours d'annulation ou d'une demande d'exécution seront obligées de donner effet au présent arrêt. Ainsi, l'attrait pour les parties d'exécuter les sentences dans des États tiers pourraient s'accroître au motif qu'ils constituent un terrain plus fertile pour celle-ci. Eu égard aux sentences arbitrales prononcées sous l'auspice de la convention CIRDI, les juridictions nationales, saisies d'une demande d'exécution se trouveront face au dilemme suivant : un examen de fond, potentiellement requis par le droit de l'Union, conduirait à une défaillance à l'obligation découlant de l'article 53, paragraphe 1, de la convention CIRDI au niveau du droit international public. De ce fait, il reste à voir, comment les différents acteurs vont réagir à l'arrêt. De leurs réactions dépendra l'attractivité que l'Union européenne exercera à l'avenir pour les investisseurs.

Berta Boknik, « Incompatibilité des clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE avec le droit de l'Union », actualité du 12 mars 2018, www.ceje.ch

27. Questions horizontales de la dimension externe des politiques de l'Union européenne

Du 23 au 26 mai 2018, le XXVIII^{ème} Congrès de la Fédération internationale pour le droit européen (FIDE) s'est déroulé à Estoril (Portugal), sous l'égide du Président de la FIDE 2016-2018, M. José Luís da Cruz Vilaça, Juge à la Cour de justice de l'Union européenne et

Professeur à la Católica Global School of Law, Lisbon. Ce Congrès a constitué le cadre d'intenses discussions autour du droit européen. Les thèmes principaux de cette année étaient le marché intérieur et l'économie numérique (I), la fiscalité, les aides d'Etats et les distorsions de la concurrence (II) et, enfin, la dimension externe des politiques de l'Union européenne (III). En rassemblant tant les membres des institutions européennes, les académiques ainsi que les praticiens, ce congrès était l'occasion de débattre et commenter les rapports qui ont été préparés par les Etats membres et les institutions de l'Union sur la base de questionnaires relatifs aux trois thèmes précités.

Le Professeur Christine Kaddous, rapporteur général pour le troisième thème, a présenté les résultats de son rapport en soumettant à la discussion certaines questions dites « horizontales ». Les sujets tels que la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres pour la conclusion des accords internationaux ainsi que la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux en tant que telle ont été abordés.

Sur la question des compétences de l'Union européenne pour négocier et conclure des accords internationaux, la relation et la signification des articles 3, paragraphe 2, et 216 du traité FUE ont été débattues. En effet, il y avait lieu de comprendre le critère « d'affectation » des règles dont il est question dans ces dispositions. Ce critère permet, lorsqu'il est rempli, de justifier une compétence de l'Union européenne pour conclure des accords internationaux. La discussion avait pour toile de fond tant les dispositions du traité, que l'arrêt AETR. Le domaine des compétences partagées était, lui aussi, d'actualité. En effet, la problématique récente d'une possibilité de « mixité facultative » soulève des questions, tant en ce qui concerne son fondement – choix politique ou conséquence juridique – que sa mise en pratique.

Sur la procédure de négociation et de conclusion des accords internationaux, l'article 218 TFUE a été commenté en vue notamment de réfléchir aux enjeux posés par l'application provisoire des accords internationaux mixtes mais aussi au rôle consacré au Parlement européen dans le cadre de la procédure générale. Il était notamment question du droit du Parlement européen d'être pleinement et immédiatement informé à toutes les étapes de la procédure. La portée du mandat de négociation et des directives de négociations sur la base desquels les négociations se déroulent a, elle aussi, été précisée au cours des discussions.

Le commerce et les investissements ont également été au cœur des discussions. En effet, les récents accords négociés et conclus par l'Union européenne font l'objet d'une attention grandissante, notamment dans l'opinion publique. Ce sujet mérite dès lors de faire l'objet d'une actualité à part entière qui paraîtra très prochainement. Finalement, les échanges entre les participants ont été denses et ont été rendus possibles grâce au cadre unique que ce congrès bisannuel offre aux personnes actives dans le domaine du droit de l'Union européenne.

Margaux Biermé, « Le XXVIIIème Congrès de la FIDE et la dimension externe des politiques de l'Union européenne », actualité du 1^{er} juin 2018, www.ceje.ch

28. Trade and Investment Issues in the EU External Action

Following discussions on horizontal issues of the EU external action (a summary of which can be found here in French), Topic III of the FIDE Congress 2018 tackled the much debated issue of the EU trade policy after Lisbon.

Two main issues were analysed during the sessions: the competence of the Union within the Common Commercial Policy and the new challenges concerning investment after the Achmea judgment.

Regarding the Common Commercial Policy (CCP), three main questions were raised. First, the enlargement of the notion of the CCP was discussed. Some national reports had underlined that this notion could not be extended indefinitely. The concept itself had already been enlarged through the Treaty modifications brought by the Lisbon Treaty and it was thus unnecessary to also enlarge it through the case-law. The definition of CCP was interpreted by the Court in Opinion 2/15 but it was discussed whether such interpretation could be understood in absolute terms. Rather, it was largely admitted that, for any new agreement, we should look at all the provisions contained in it and analyse them in light of Opinion 2/15.

Second, there was a discussion on the links between Articles 207 TFEU and 21 TEU. More specifically, the question was whether sustainable development should be integrated within the CCP or whether we need a specific legal basis. The main conclusion was that it was necessary to look at the goal of the provisions on sustainable development within a trade agreement. If they were included in the agreement exclusively to support trade provisions and to facilitate trade, then the agreement could be based exclusively on Article 207 TFEU and the provisions would be considered as an integral part of the CCP. The division between both fields is not, from this perspective, a clear-cut one, and a parallel was drawn between this debate and the one on the division between trade and development issues as discussed in Opinion 1/78 and in *Portugal v Council*. However, one of the participants considered that this could be in violation of the principle of conferral. The link between Article 21 TEU and Article 207 TFEU also raised some doubts on the consequences of the violation of one of the objectives contained in Article 21 TEU. What would happen in the event of a violation of a clause related with labour or environmental standards? Taking into account Opinion 2/15, this should lead to the suspension of the agreement. However, some participants to the FIDE Congress argued that an assessment should be carried out on a case-by-case basis.

Third, the procedure of the negotiation of free trade agreements itself was discussed. This brought discussions on the transparency of the procedure and solutions were sought on the public debate surrounding these negotiations. The idea of adopting a sort of “European trade act” containing horizontal issues on the negotiation of future trade agreements was raised. This would allow a debate on such a document and could maybe avoid future debates on every specific agreement negotiated by the Union. However, some doubts surrounded this idea. There were questions as to the content of such a document, on the difference between the content of that document and the general principles contained in Article 207 TFEU, and on whether this would really avoid public debate on future trade agreements. It was highlighted that trade negotiations were already one of the most scrutinized areas and it was even wondered whether so much transparency was positive. While transparency was seen as an essential democratic requirement by some, it was also seen as a risk to the negotiating power of the Union and a very difficult objective to reach by others.

Regarding investments, the participants mainly discussed the effects of the *Achmea* judgment. More specifically, the question arises as to whether this judgment, which concerns an intra-EU bilateral investment treaty, extends to extra-EU BITs. The wording of the judgment could lead to several misreadings, which makes the interpretation of the judgment somehow difficult. Moreover, the extrapolation of the judgment would be very problematic for thousands of agreements concluded by Member States with third countries and for any dispute settlement system that could be established by the European Union in its own trade agreements. With such doubts on the table, it was argued that CETA should not be ratified for the moment and that it would be appropriate to wait for the Court’s opinion on the compatibility of the investment court system with EU law.

The FIDE Congress brought together most of the specialists in EU external relations law and it was the perfect occasion to put all the hot topics in this area on the table. While, obviously,

most of the debates did not find a definitive conclusion, the discussions allowed for a rich exchange of ideas between academics, practitioners and the representatives of the EU institutions.

Elisabet Ruiz Cairó, « FIDE Congress 2018: Trade and Investment Issues in the EU External Action », actualité du 13 juin 2018, www.ceje.ch

29. La circulation des véhicules des entreprises turques sur le territoire d'un Etat membre : conditions posées par la législation nationale

L'arrêt de deuxième chambre rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 11 juillet 2018, dans le cadre de l'affaire C-629/16, porte sur l'interprétation de l'accord d'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie (accord CEE-Turquie). Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice a statué que les dispositions de l'accord ne s'opposent pas à une réglementation nationale restreignant le droit des entreprises de transport de marchandises ayant leur siège en Turquie de faire circuler leurs véhicules dans le territoire d'un Etat membre, sous obtention préalable d'une autorisation délivrée dans les limites d'un contingent fixé au titre d'un accord bilatéral conclu entre ledit Etat membre et la Turquie, ou d'un permis octroyé en raison d'un intérêt public majeur.

Une entreprise de transport international de droit turc, condamnée à payer une amende au motif qu'elle ne disposait pas des documents exigés par la législation autrichienne en vertu de laquelle les entreprises turques doivent avoir obtenu une autorisation préalable pour transiter sur le territoire de cet Etat membre, a introduit un recours devant la Cour administrative nationale en faisant valoir une violation de la décision n°1/95 du Conseil d'association interdisant toute restriction quantitative à l'importation et à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent à celle-ci. Saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation de l'accord CEE-Turquie, du protocole additionnel annexé audit accord et de la décision n°1/95 du Conseil d'association, la Cour a examiné s'il y a éventuelle violation desdites dispositions.

La Cour de justice a tout d'abord constaté que l'autorisation préalable requise par la législation autrichienne ne relevait pas du champ d'application de la libre circulation de marchandises, mais qu'elle « conditionne spécifiquement l'accès à un marché de service » (cons. 42). Dès lors, la Cour a interprété la question à la lumière de l'accord CEE-Turquie et du protocole additionnel, en écartant la décision du Conseil d'association qui ne s'est pas avérée applicable au cas d'espèce.

En vertu de l'accord CEE-Turquie et du protocole additionnel, les dispositions du TFUE en matière de transports peuvent être étendues à la Turquie par décision du Conseil d'association. Ce dernier n'ayant toutefois pris aucune mesure en matière de libre prestation de services dans le domaine de transport, la Cour a jugé que « les services de transport ne peuvent être fournis [...] que dans les limites des contingents fixés dans de tels accords bilatéraux ou de la réglementation nationale » (cons. 47).

La Cour a ensuite examiné la validité de la disposition autrichienne à la lumière du protocole additionnel qui prévoit une clause de standstill, dans la mesure où les Etats membres s'engagent à ne pas adopter des mesures plus restrictives dans le domaine du libre établissement et de la libre prestation de services par rapport à celles applicables lors de l'entrée en vigueur de l'accord dans l'Etat membre concerné. Par conséquent, deux conditions cumulatives sont nécessaires afin de considérer la mesure en cause contraire à l'accord d'association et au protocole additionnel : la mesure en cause doit constituer une restriction à la libre prestation de services et elle doit présenter un caractère de nouveauté par rapport à une mesure antérieure.

La Cour a jugé, d'une part, que l'octroi de la part de l'Etat membre d'une autorisation préalable telle que celle en cause constituait une restriction à libre prestation de services des entreprises turques, et a laissé, d'autre part, une large marge d'appréciation aux juridictions nationales sur le caractère de nouveauté de la mesure adoptée.

Dans le champ des relations bilatérales entre l'Union et la Turquie, cet arrêt a permis d'interpréter l'accord d'association conclu entre la CEE et la Turquie dans le sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale restreignant le droit des entreprises de transport de marchandises ayant siège en Turquie à circuler sur le territoire d'un Etat membre, en requérant l'obtention d'une autorisation préalable octroyée dans les limites d'un contingent fixé par l'accord bilatéral conclu entre ledit Etat membre et la République de Turquie ou d'un permis délivré en raison d'un intérêt public majeur, pour autant que cette disposition ne soit pas contraire à la clause de standstill.

Paola Rando, « La circulation des véhicules des entreprises turques sur le territoire d'un Etat membre : conditions posées par la législation nationale », actualité du 20 Septembre 2018, www.ceje.ch

30. Conformité au droit international de la mer de la directive relative à la pollution causée par les navires

Dans l'affaire C-15/17 Bosphorus Queen Shipping, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : « la Cour ») est confrontée à l'interprétation de la conformité de la directive 2005/35/CE portant sur la pollution causée par les navires avec la Convention Marpol 73/78 et la Convention de Montego Bay, celle-ci devant être lue à la lumière de la convention sur l'intervention en haute mer. La Cour suprême finlandaise, saisie d'une affaire de rejet d'hydrocarbures par un navire étranger dans la zone économique exclusive (ZEE) finlandaise, pose à la Cour une série de questions ayant trait à l'interprétation des termes « preuve manifeste », « Etat riverain ou côtier », « ressources de la ZEE » ainsi qu'à la méthode à suivre pour l'appréciation du risque et de l'étendue des dommages afin d'imposer des mesures proportionnées au navire concerné.

Après avoir affirmé sa compétence pour interpréter les deux conventions internationales auxquelles l'Union européenne est partie, la Cour suit la méthode classique d'interprétation des traités fondée sur le triptyque lettre-objet-but (art. 31 CVDT) pour fournir des réponses sur l'interprétation.

Quant à la notion de « preuve manifeste » au sens de l'article 220, paragraphe 6, de la Convention de Montego Bay, la Cour affirme que cette preuve doit porter cumulativement sur la commission d'une infraction prévue par l'article 220, paragraphe 3, de ladite convention et sur les dommages ou risques de dommages pour l'Etat côtier.

La Cour se penche ensuite sur l'interprétation de la notion d' « Etat côtier ou riverain » pour en conclure que les termes « littoral » et « côte » consacrés respectivement par la Convention de Montego Bay et par la convention sur l'intervention en haute mer, ont exactement même portée dès lors qu'ils désignent la zone de contact entre la mer et la terre.

La Cour poursuit son raisonnement par l'analyse de l'article 220, paragraphe 6, de la convention de Montego Bay qui a étendu la protection des ressources biologiques et non biologiques à la ZEE et, par un raisonnement déductif et une interprétation large, elle parvient à la conclusion que la notion de « ressources de la ZEE » vise non seulement les espèces exploitées, mais également - vu l'interdépendance entre les différentes espèces - les espèces vivantes associées aux espèces exploitées ou dépendant de celles-ci.

Estimant qu'il n'est pas nécessaire d'inclure la notion de « pollution notable » à l'article 220, paragraphe 5, pour l'analyse du paragraphe 6 du même article, la Cour privilégie une approche fondée sur une série d'indices afin d'apprécier l'importance et l'étendue du dommage causé ou qui risque d'être causé aux biens et intérêts connexes de l'Etat côtier. Dans cette analyse, il conviendra de tenir compte du caractère cumulatif des atteintes, des caractéristiques écologiques particulières et de la vulnérabilité de la zone, tout comme des conséquences défavorables des rejets sur les biens et intérêts connexes de l'Etat côtier, notamment par rapport à la nature des substances nocives, leur propagation et durée.

Pour conclure, quant aux mesures pouvant être prises en vue de lutter contre la pollution causée par les navires, les Etats membres ne sauraient imposer des mesures plus restrictives que celles prévues par l'article 7, paragraphe 2, de la directive 2005/35, dès lors que les rédacteurs de la convention de Montego Bay - transposée en droit de l'Union par ladite directive - ont voulu ménager un juste équilibre les intérêts des États côtiers et ceux des États du pavillon.

Rita Franceschet, « Conformité au droit international de la mer de la directive relative à la pollution causée par les navire », actualité du 21 septembre 2018, www.ceje.ch

31. Une prise de position au sein du conseil de coopération UE-Kazakhstan à la majorité qualifiée, et non à l'unanimité

Dans un arrêt rendu en grande chambre le 4 septembre 2018 (aff. C-244/17), la Cour de justice de l'Union européenne a annulé une décision du Conseil de l'Union européenne qui avait pour objet la prise de position de l'Union européenne au sein du conseil de coopération institué par l'accord de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et ses Etats membres et le Kazakhstan. La décision concernée visait le fonctionnement des instances internationales créées sur le fondement de l'accord de partenariat. Elle permettait l'adoption du règlement intérieur du conseil de coopération et la mise en place de plusieurs sous-comités.

La Commission européenne contestait les bases juridiques sur lesquelles le Conseil de l'Union européenne avait décidé d'adopter ladite décision. En effet, le Conseil a ajouté l'article 31, paragraphe 1, TUE, disposition prévoyant un vote à l'unanimité, alors que la Commission considérait que la prise de décision devait se faire à la majorité qualifiée, en vertu de l'article 218, paragraphe 9, TFUE. Pour résoudre ce différend relatif à la règle de vote applicable, la Cour de justice s'est concentrée, dans un premier temps, sur l'interprétation de l'article 218, paragraphe 9, TFUE. Cette disposition fixe une procédure simplifiée s'agissant des prises de position de l'Union européenne au sein d'une instance créée par un accord international. La Cour a souligné qu'elle ne prévoyait en revanche aucune règle de vote spécifique. Sur ce point, il était pertinent d'avoir recours, dans un second temps, au paragraphe 8 de l'article 218 TFUE, qui prévoit différentes hypothèses selon les domaines concernés.

En vue d'identifier le domaine pertinent, il était nécessaire de se référer à l'accord de partenariat en tant que tel ainsi qu'à la décision de signature dudit accord par le Conseil. L'examen des bases juridiques matérielles de ces actes a permis à la Cour de justice de considérer que des liens entre l'accord de partenariat et la PESC pouvaient être reconnus. Toutefois, ceux-ci ne pouvaient pas être considérés comme « suffisants pour qu'il soit considéré que la base juridique de la décision relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à son application provisoire, devait inclure l'article 37 TUE » (pt 43). En effet, les dispositions de l'accord couvrent principalement la politique commerciale commune ainsi que la politique de coopération au développement (pt 44). En considérant que la composante PESC était accessoire, cela impliquait que la prise de décision ne devait pas être prise à l'unanimité, comme l'avait estimé, à tort, le Conseil. Compte tenu de ces observations, la décision a été annulée mais les effets de celle-ci ont été maintenus, par souci de sécurité juridique.

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de jurisprudence relative au choix de la base juridique, dans le domaine plus particulier de l'action extérieure de l'Union européenne et de la composante PESC qui peut être présente dans les accords conclus par l'Union européenne avec ses partenaires (pt 36). En octobre 2017, l'article 218, paragraphe 9, TFUE, avait été au cœur d'un autre recours, lui aussi relatif à une prise de position au nom de l'Union au sein d'une instance créée par un accord international (affaire C-687/15, voy. l'actualité y relative). Il était toutefois question d'une autre problématique : la forme de l'acte juridique adopté, et non les règles de votation applicables à la prise de décision.

Margaux Biermé, « Une prise de position au sein du conseil de coopération UE-Kazakhstan à la majorité qualifiée, et non à l'unanimité », actualité du 24 septembre 2018, www.ceje.ch

32. Arrêt AMP Antarctique : limites à la possibilité pour l'UE d'agir seule dans un domaine de compétence partagée

Dans son arrêt de grande chambre *Commission c. Conseil (AMP Antarctique)*, la Cour de justice de l'Union européenne pose des limites à la possibilité, pour l'Union européenne, d'agir seule sur la scène internationale dans un domaine de compétence partagée.

L'arrêt concerne deux recours en annulation introduits par la Commission européenne à l'encontre de deux actes adoptés dans le cadre de la Commission pour la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique (CAMLR). Il s'agit, d'une part, de la décision de 2015 du Conseil de l'Union européenne, telle que contenue dans la conclusion du président du Coreper, approuvant la soumission au nom de l'Union européenne et des États membres d'un document de réflexion relatif à une proposition de création d'une aire marine protégée. D'autre part, la Commission européenne demande l'annulation de la décision de 2016 du Conseil approuvant la soumission au nom de l'Union européenne et des États membres de trois propositions de création d'aires marines protégées et d'une proposition de création de zones spéciales pour l'étude scientifique de l'espace maritime, du changement climatique et du recul des plateformes glaciaires.

La Cour précise d'abord la notion d'acte attaqué en vertu de l'article 263 TFUE. La question se pose notamment de savoir si la décision du Conseil de l'Union européenne, telle que contenue dans la conclusion du président du Coreper, peut être soumise à un recours en annulation. La Cour rappelle que le Coreper est un organe auxiliaire du Conseil avec des tâches de préparation et d'exécution. Elle établit, par ailleurs, que « l'Union étant une union de droit, un acte pris par le Coreper doit pouvoir être soumis à un contrôle de légalité lorsqu'il vise, comme tel, à produire des effets de droit et sort, dès lors, du cadre de cette fonction de préparation et d'exécution » (point 61). La Cour analyse le contexte et le contenu de la décision de 2015 ainsi que l'intention de son auteur pour en déduire que cette décision visait bien à produire des effets de droit. La décision de 2015 est donc un acte attaqué.

La Cour se penche ensuite sur la question de la compétence des États membres pour adopter les décisions attaquées. La Commission européenne considère que de telles décisions reviennent à l'Union européenne en vertu de sa compétence dans le domaine de la conservation des ressources biologiques de la mer, telle qu'établie à l'article 3, paragraphe 1, sous d), TFUE. Pour déterminer la matière à laquelle appartiennent les décisions adoptées, la Cour prend en compte non seulement le contenu et les objectifs poursuivis par lesdites décisions mais également leur contexte (point 76 ; comparer avec l'arrêt C-244/17 *Accord UE-Kazakhstan* du 4 septembre 2018, point 36). Ces trois variables permettent à la Cour de conclure que les décisions ont pour finalité principale la protection de l'environnement, alors que la pêche n'est qu'une finalité accessoire (point 100). De ce fait, les décisions attaquées relèvent de la

compétence partagée de l'Union européenne et des États membres et non pas d'une compétence exclusive de l'Union comme le soutenait la Commission européenne.

La Commission soumet cependant que, même si adoptées dans un domaine de compétence partagée, les décisions pouvaient être prises par l'Union seule en se référant à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-600/14 Allemagne c. Conseil. La Cour confirme cette affirmation en signalant que « la seule circonstance qu'une action de l'Union sur la scène internationale relève d'une compétence partagée entre celle-ci et les États membres n'exclut pas la possibilité que le Conseil recueille en son sein la majorité requise pour que l'Union exerce seule cette compétence externe » (point 126). Cependant, la Cour ajoute, dans le présent arrêt une condition essentielle : cet exercice doit se faire dans le respect du droit international (point 127). Or, dans le cas d'espèce, l'exercice, par l'Union seule, de sa compétence partagée en matière d'environnement serait incompatible avec le droit international.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour évalue le fonctionnement de la commission CAMLR. Cette commission est régie par la convention de Canberra, qui s'applique spécifiquement à la commission CAMLR, et par le traité sur l'Antarctique, lequel gouverne l'ensemble des traités et des conventions internationaux applicables à l'Antarctique. Les organisations d'intégration régionale doivent adhérer à la convention de Canberra pour devenir membres de la commission CAMLR, ce que l'Union européenne a fait, mais ladite convention ne leur accorde pas un statut complètement autonome. Pour sa part, le traité sur l'Antarctique met en place des parties consultatives à la commission CAMLR, qui sont les États chargés de faire évoluer l'ensemble conventionnel relatif à l'Antarctique et d'en assurer la cohérence, et leur accorde des obligations et des responsabilités particulières. L'Union européenne n'est pas partie consultative au traité sur l'Antarctique alors que certains États membres ont acquis un tel statut renforcé. De ce fait, la Cour en déduit que « permettre à l'Union de recourir, au sein de la commission CAMLR, à la faculté dont elle dispose d'agir sans le concours de ses États membres dans un domaine de compétence partagée, alors même que, contrairement à elle, certains d'entre eux ont le statut de parties consultatives au traité sur l'Antarctique, risquerait, eu égard à la place particulière de la convention de Canberra au sein du système conventionnel sur l'Antarctique, de compromettre les responsabilités et les prérogatives de ces parties consultatives, ce qui pourrait affaiblir la cohérence dudit système conventionnel » (point 133).

Ce raisonnement amène la Cour à conclure que les deux décisions attaquées sont valides et les recours introduits par la Commission européenne sont rejetés. L'arrêt AMP Antarctique apporte ainsi des nouveaux éléments de réflexion au domaine de l'action extérieure de l'Union européenne. Une analyse plus stricte de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres semble s'imposer et le contexte international devient un élément essentiel à prendre en compte dans la mise en œuvre de l'action extérieure par l'Union européenne.

Elisabet Ruiz Cairó, « Arrêt AMP Antarctique : limites à la possibilité pour l'UE d'agir seule dans un domaine de compétence partagée », actualité du 10 décembre 2018, www.ceje.ch

XII. Politique étrangère et de sécurité commune

33. La Corée du Nord à nouveau sanctionnée par l'Union européenne

Au lendemain des « Jeux de la Paix », qui ont permis un certain rapprochement diplomatique dans la péninsule coréenne, la Corée du Nord fait à nouveau l'objet de sanctions de la part des Nations unies et de l'Union européenne.

En effet, le Conseil de sécurité a adopté à l'unanimité, le 22 décembre dernier, la résolution 2397 suite au lancement d'un nouveau missile balistique par la République populaire démocratique de Corée. Agissant en vertu du Chapitre 7, article 41, de la Charte des Nations unies, les États membres ont fait part de leur inquiétude quant au choix des dirigeants nord-coréens de ne pas honorer le Traité de non-prolifération des armes nucléaires, au détriment du bien-être des citoyens. Toutes exportations qui pourraient aider au développement du programme nucléaire nord-coréen sont donc limitées, à l'instar du pétrole ou encore du trafic maritime par cargos. Cette résolution menace la Corée d'un embargo encore plus restrictif si cette dernière n'abandonne pas ses ambitions nucléaires et militaires.

Suite à cette résolution, l'Union européenne, agissant en vertu de l'article 28 TFUE, a mis en œuvre les mesures prises par le Conseil de Sécurité. Le règlement 2018/285 a ainsi été adopté le 26 février dernier. Il modifie le précédent texte (règlement UE 2017/1509) en ajoutant des interdictions plus fermes d'importations et d'exportations, et en enrichissant la liste des personnes physiques sujettes au gel de fonds et de ressources économiques. Notons que l'Union européenne a décidé d'adopter une démarche plus engagée que la communauté internationale sur cette question, puisqu'elle a pris l'initiative d'approfondir les sanctions à l'encontre de la Corée, afin de poursuivre son objectif principal : la réduction des tensions dans la péninsule, la non-prolifération des armes nucléaires et le développement des droits humains.

En pratique donc, le nouveau règlement du Conseil de l'Union européenne restreint le commerce du pétrole, brut ou raffiné, entre les États membres et la République populaire démocratique de Corée, mais également l'échange de matériel électrique, de machine et de technologie... Le but de cette réglementation est de restreindre l'accès de la Corée du Nord à toute ressource permettant le développement du secteur nucléaire. De plus, certains produits agricoles sont visés, et il est interdit pour tout État membre de l'Union d'avoir recours à des navires nord-coréens (location de bateau, fourniture de services aux équipages, etc., article 43). Enfin, de nouvelles personnes physiques, comme le Ministre des armées populaires ou encore le Vice-directeur du département de l'industrie des munitions (annexe VII du règlement), font l'objet de gel de fonds. La majorité des articles du règlement 2018/285 comportent néanmoins une exception pour des raisons humanitaires, étant donné les informations disponibles sur la qualité de vie des citoyens nord-coréens.

Même si les sanctions antérieures n'ont pas été d'une grande efficacité, ces dernières pourraient avoir des conséquences lourdes sur l'économie nord-coréenne. Le pays, qui ne produit pas assez de pétrole, est dépendant de la Chine, qui, elle, doit réduire les échanges. De même, le pays pourrait rencontrer des difficultés pour envoyer des travailleurs à l'étranger, pourtant source précieuse de revenus pour l'État. Il est ainsi important que l'Union européenne mette en œuvre les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies. Les dirigeants européens ont toutefois réaffirmé la nécessité de conserver un contact avec la République populaire démocratique de Corée, afin de parvenir plus aisément au désarmement et au respect des droits humains.

Natacha Alix, « La Corée du Nord à nouveau sanctionnée par l'Union européenne », actualité du 5 mars 2018, www.ceje.ch

34. Le conflit armé en Syrie et l'action de l'Union européenne

Le conflit en Syrie a éclaté il y a de cela sept ans. Dès lors, l'Union européenne a suspendu sa coopération avec le gouvernement syrien concernant sa politique de voisinage. Des exemptions humanitaires ont néanmoins été établies et l'Union a développé une stratégie à plusieurs niveaux, pour répondre au mieux, aux différentes problématiques engendrées par le sévère conflit.

Au niveau national syrien, l'Union européenne a développé une stratégie, explicitée tant dans les conclusions du Conseil des affaires étrangères du 3 avril 2017 que dans la communication jointe de la Haute représentante et de la Commission du 14 mars 2017. Conformément à cette stratégie, l'Union européenne a des objectifs stratégiques en Syrie. Il s'agit tout d'abord de mettre un terme au conflit en instaurant une véritable transition politique négociée entre les parties, avec le soutien des acteurs tant internationaux que régionaux et plus spécifiquement avec le soutien de l'envoyé spécial des Nations Unies. Il s'agit aussi, en accord avec la résolution 2254 du Conseil de sécurité de l'ONU et le Communiqué de Genève, de promouvoir une transition significative et inclusive en Syrie. La société civile syrienne sera accompagnée en vue de promouvoir en son sein des valeurs telles que la démocratie, les droits de l'homme et la liberté d'expression. L'objectif est également d'appuyer un processus de réconciliation nationale, d'une part en soutenant un accord de paix, et d'autre part, en luttant contre l'extrémisme violent. Une aide humanitaire efficace doit être apportée et il conviendra de promouvoir l'obligation de répondre des crimes de guerre afin de permettre une justice transitionnelle. Enfin, il s'agit de soutenir la résilience tant de la population que des institutions syriennes.

Cette stratégie européenne a été établie en vue d'accompagner le processus de paix onusien. Parallèlement à cela, l'Union européenne a soutenu, à hauteur de 4.6 millions d'euros, l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) pour ses missions spéciales sur le sol syrien, ses missions d'enquête ainsi que pour le mécanisme joint d'investigation (ONU-OIAC) suite à la résolution 2235 du Conseil de sécurité des Nations unies.

Au niveau régional, l'Union européenne a également développé une stratégie pour la Syrie, l'Irak et pour la menace que constitue Daesh, adoptée en mars 2015 et revue en mai 2016. D'une part, ce plan régional vise à apporter un soutien à la coalition internationale dans le combat contre Daesh, en réduisant l'afflux de matériel et de combattants terroristes au profit de ce dernier. D'autre part, ce plan vise à prévenir la contagion régionale et à apporter une aide humanitaire aux pays de la région tels que le Liban, la Jordanie, la Turquie ou l'Irak, qui accueillent des millions de réfugiés syriens. Depuis le début du conflit en 2011, plus de 9 milliards d'euros ont été libérés par l'Union européenne et ses Etats membres pour venir en aide aux victimes tant sur le plan humanitaire qu'au niveau de l'assistance au développement. Pour la période de 2018 à 2020, c'est plus de 3,4 milliards qui ont été débloqués par l'Union européenne et la communauté internationale lors de la conférence qui s'est tenue à Bruxelles en avril 2017 pour l'aide à apporter pour l'avenir de la Syrie et des pays de la région. Concernant l'aide non-humanitaire, il s'agit de plus de 2.5 milliards d'euros débloqués par la Commission européenne sous différents programmes, comme par exemple l'instrument européen de voisinage, l'instrument contribuant à la stabilité et la paix, ou encore le fonds fiduciaire régional de l'UE en réponse à la crise syrienne (Fonds Madad, constitutif d'un mécanisme flexible réunissant les instruments financiers de l'UE et les contributions des Etats membres).

Au niveau européen, l'Union européenne a transféré sa délégation hors de Syrie (opérant maintenant depuis Beyrouth et Bruxelles) et a parallèlement pris des mesures restrictives contre le régime syrien et ses alliés jusqu'au 1er juin 2018. Ces mesures concernent, d'une part, des restrictions sur les exportations de certains équipements pouvant être utilisés pour une répression interne, un embargo pétrolier ou encore des restrictions sur certains investissements. D'autre part, ces mesures concernent plus de 300 personnes et entités soutenant le régime en place, contre lesquelles des gels de fonds et des interdictions de voyager ont été décidés.

Au vu des évènements tragiques persistant sur le sol syrien malgré la résolution 2401 du Conseil de sécurité des Nations unies, il est important que l'action de l'Union européenne se poursuive en vue d'un accord de paix. Il sera essentiel de redresser le pays et de consolider la paix. L'Union aura alors un rôle clé à jouer tant sur le plan humanitaire pour la population syrienne, que sur celui de la gouvernance. Permettre une justice transitionnelle, un retour des réfugiés, une réconciliation nationale et un nouveau gouvernement démocratique, tel sera alors le défi de la future Syrie.

Camille Limon, « Le conflit armé en Syrie et l'action de l'Union européenne », actualité du 8 mars 2018, www.ceje.ch

35. Position de l'Union européenne en matière de désarmement et de non-prolifération dans le domaine chimique

La Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction est un traité multilatéral entré en vigueur en avril 1997. Elle constitue le texte fondateur de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC), dont tous les Etats membres de l'Union européenne sont membres.

En novembre 2018 se tiendra la quatrième session extraordinaire de la Conférence des Etats parties chargée d'examiner le fonctionnement de cette Convention. A cet effet, le Conseil de l'Union européenne a rendu des conclusions le 16 avril 2018. Il insiste sur l'opportunité que représente cette Conférence pour examiner les progrès effectués dans la mise en œuvre de ladite Convention ainsi que pour définir les futures priorités de l'OIAC. Pour ce faire, les mots d'ordre de la Conférence seront : non-utilisation, intégrité et responsabilité. Le Conseil de l'Union européenne réaffirme son soutien tant à l'interdiction qu'à l'élimination totale des armes chimiques partout dans le monde ainsi qu'à la condamnation de l'utilisation d'agents chimiques toxiques comme armes. Le Conseil souligne l'importance de la Convention en tant qu'instrument clé pour le désarmement et la non-prolifération ainsi que l'importance de sa mise en œuvre pour la sauvegarde de la paix et la sécurité internationale.

Plusieurs objectifs à cette Conférence sont avancés par le Conseil dans ses conclusions, accompagnés de propositions de mesures afin de les mettre en œuvre.

Il s'agit premièrement d'un objectif de renforcement. En effet, il convient de renforcer la Convention en assurant sa mise en œuvre effective, et ce, en tenant compte de l'environnement sécuritaire évolutif ainsi que des développements en matière chimique et technologique. Il importe également de détruire les réserves d'armes chimiques tout en prévenant leur réémergence, en améliorant d'une part, le régime de vérification de la Convention et, d'autre part, les mesures nationales de sa mise en œuvre par les Etats parties.

Il s'agit deuxièmement d'un objectif de promotion. En effet, il convient de réaffirmer la nature globale et exhaustive de l'interdiction des armes chimiques, de réaffirmer l'obligation de destruction des armes chimiques par tout Etat qui en posséderait ainsi que de promouvoir la mise en œuvre d'approches personnalisées en coordination avec les Etats parties. Il importe

également de promouvoir les actions européennes communes visant à mettre en œuvre la Convention et de promouvoir la visibilité de l'action européenne au soutien de cette dernière.

Il s'agit troisièmement d'un objectif de coopération. En effet, il convient de stimuler la coopération internationale en matière de désarmement et de non-prolifération ainsi que d'encourager une meilleure contribution de l'OIAC aux efforts de lutte contre le terrorisme.

Il est important de noter que l'Union européenne agit au soutien de l'OIAC et de sa Convention à travers nombre d'actions communes dont certains exemples sont développés ci-après. L'Union européenne agit également de manière plus globale en luttant pour le désarmement et la non-prolifération des armes chimiques, depuis de nombreuses années. La Convention de l'IOAC est incluse dans la liste des accords contenue dans la position commune du Conseil 2003/805/PESC sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs. En 2004, le Conseil de sécurité des Nations-Unies a adopté la résolution 1540, réaffirmant que la prolifération des armes de destruction massives, nucléaires, chimiques et biologiques, constituait une menace à la paix et la sécurité internationale.

En novembre 2004, le Conseil avait alors adopté la première action commune 2004/797/PESC au soutien des activités de l'OIAC dans le cadre de la Stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massives. L'annexe de cette action commune détaillait les objectifs et les projets spécifiques visant à les atteindre. A titre d'exemple, un projet consistait en l'organisation d'ateliers concernant la Convention à l'intention des Etats non parties des Caraïbes, d'Afrique, du bassin méditerranéen et du Moyen-Orient afin de permettre la participation de décideurs et d'organisations régionales. Un autre projet consistait en une aide afin d'augmenter le niveau de compétence technique des laboratoires travaillant sur l'analyse et le suivi chimiques, ainsi que des cours de développement des capacités analytiques pour les chimistes analystes qualifiés des Etats parties à la Convention.

Ladite action commune étant venue à expiration, ont alors suivi nombre d'actions communes successives du Conseil comme celles de 2009 (2009/569/PESC), de 2012 (2012/166/PESC), ou encore de 2015 (2015/259/PESC). Cette dernière propose également, à l'instar des autres actes cités, des objectifs et des projets spécifiques. Quelques projets peuvent être cités comme des ateliers consacrés à la gestion de la sûreté et de la sécurité chimiques, du soutien à l'élaboration de programmes de sensibilisation ou encore des missions d'évaluation des progrès scientifiques et technologiques.

Certaines décisions ont été prises au soutien de la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité en la matière, comme par exemple la décision du Conseil 2017/1252/PESC au soutien de la résolution 1540 du Conseil de sécurité onusien pour le renforcement de la sécurité chimique en Ukraine. Cette décision prévoit différents projets en la matière comme l'amélioration du système réglementaire de l'Ukraine en matière de sûreté et de sécurité chimiques ainsi que la mise en place d'un centre de référence national ukrainien afin d'identifier les substances chimiques contrôlées et toxiques. C'est également le cas de la décision du Conseil 2015/2215/PESC, prise au soutien de la mise en œuvre de la résolution 2235 du Conseil de sécurité des Nations unies établissant un mécanisme d'enquête conjoint OIAC-ONU chargé d'identifier les auteurs d'attaques à l'arme chimique en République arabe syrienne, prévoyant notamment une mission d'établissement des faits ainsi que la mise en place du mécanisme d'enquête conjoint OIAC-ONU.

Ces différentes décisions interviennent au soutien des activités de l'OIAC et sont souvent accompagnées du soutien bilatéral des Etats membres de l'UE, comme cela a été le cas pour des opérations liées à l'ancien site de stockage d'armes chimiques en Libye (décision du Conseil 2017/2302/PESC). La Commission européenne contribue également aux opérations de l'OIAC

pour l'élimination notamment des armes chimiques syriennes, ainsi que le Service européen d'action extérieure dont la participation active en coopération et au sein de l'OIAC est essentielle.

La dernière décision du Conseil de février 2018 en la matière, 2018/299/PESC a réaffirmé le soutien de l'UE au Consortium chargé de la non-prolifération, à qui il avait confié, par décision 2010/430/PESC, la mise en œuvre technique du réseau européen de groupes de réflexion indépendants sur la non-prolifération et le désarmement, à l'appui de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive. Des projets concrets ont alors été définis comme l'organisation d'une grande conférence annuelle l'élaboration d'un rapport et de recommandations, de réunions consultatives annuelles de l'Union et de séminaires ad hoc, des publications ou encore des stages et des formations de sensibilisation à la prolifération.

Les conclusions du Conseil du 16 avril 2018 représentent ainsi une étape supplémentaire dans le cadre des efforts globaux pour le désarmement et la non-prolifération dans le domaine chimique. L'Union européenne poursuivra ses activités en ce sens, et continuera d'apporter, avec ses Etats membres, un soutien actif aux activités de l'OIAC.

Camille Limon, « Position de l'Union européenne en matière de désarmement et de non-prolifération dans le domaine chimique », actualité du 3 mai 2018, www.ceje.ch

36. *Respect des droits fondamentaux des personnes maintenues sur les listes de mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne*

L'arrêt *Klyuyev c. Conseil* s'inscrit dans le contexte de la répression des manifestations qui ont eu lieu en 2014 à Kiev, en Ukraine, ce qui a amené le Conseil de l'Union européenne à adopter des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités impliquées dans des cas présumés de corruption et de violations des droits de l'homme. L'affaire en cause concerne le maintien sur une liste du nom de M. Klyuyev, haut fonctionnaire de l'administration de l'ancien président Yanukovych, faisant l'objet d'une enquête pénale sur le détournement de fonds publics et leur transfert illégal hors d'Ukraine.

Le Tribunal de l'Union européenne analyse d'abord la légalité du maintien des mesures restrictives et affirme que le principe de la lutte contre la corruption, dans le contexte de l'action extérieure de l'Union européenne, s'inscrit dans la notion d'Etat de droit consacrée à l'article 2 TUE. L'article 29 TUE, quant à lui, constitue une base juridique valable pour le maintien des mesures restrictives. Le Tribunal précise ensuite la notion de détournement de fonds publics dont le critère pertinent n'est pas fondé sur un concept abstrait, mais vise concrètement des faits de détournement qui, eu égard au montant, au type ou au contexte dans lequel ils se sont produits, sont susceptibles de porter atteinte aux fondements juridiques et institutionnels de l'Etat.

Le Tribunal examine aussi le respect du droit à un procès équitable et conclut que le Conseil n'était pas tenu de vérifier si l'Ukraine avait assuré au requérant une protection des droits fondamentaux équivalente à celle garantie en droit de l'Union européenne à défaut d'avoir démontré l'existence de défaillances systémiques affectant les institutions judiciaires ukrainiennes. Ce ne serait que si le choix éminemment politique du Conseil consistant à coopérer avec les nouvelles autorités ukrainiennes - considérées par le Conseil comme étant dignes de confiance - se révélait manifestement erroné, notamment du fait que les droits fondamentaux seraient systématiquement violés après le changement de régime, que la question de la protection équivalente des droits fondamentaux se poserait.

Sur le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, il n'appartient pas au Conseil de vérifier l'exactitude des éléments retenus par les autorités ukrainiennes pour conduire les procédures pénales en cause. En revanche, il relève de la compétence du Conseil de vérifier le bien-fondé de la décision de gel des fonds au regard des informations transmises par les autorités ukrainiennes.

Sur la violation alléguée des droits de la défense, le Tribunal constate que le Conseil s'est acquitté de ses obligations dans la mesure où il a dûment communiqué au requérant l'ensemble des décisions le concernant et les motifs de celles-ci en lui donnant la possibilité de présenter ses observations. L'examen à des intervalles réguliers d'au moins douze mois de la liste des noms a également été jugé conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Pour ce qui concerne le droit de propriété et le droit à la réputation, le Tribunal passe en revue les trois conditions de restrictions des droits fondamentaux consacrées à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte pour constater que le critère pertinent susmentionné est une base légale valable, que la consolidation de l'Etat de droit par la lutte contre le détournement des fonds publics est un objectif d'intérêt général. Quant à la nécessité et la proportionnalité au but visé des mesures restrictives, le Tribunal relève le caractère réversible et temporaire du gel des fonds et l'absence de mesures moins contraignantes pour faciliter la constatation et la restitution des fonds détournés. La restriction du droit à la réputation est également une mesure nécessaire et proportionnée à l'objectif visé en considération du fait que les lettres des autorités ukrainiennes demeurent confidentielles et que le Conseil se borne à mentionner la qualification pénale des faits invoqués.

Sur l'argument tiré de l'erreur manifeste d'appréciation par rapport aux actes de 2017, le Tribunal souligne que, dans le cadre de l'analyse du critère pertinent, le Conseil de l'Union européenne a l'obligation de vérifier dans quelle mesure les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé justifient le maintien du nom sur la liste. Afin de déterminer s'il y a erreur manifeste d'appréciation, le Tribunal cherche à établir si les éléments fournis au Conseil sont de nature à susciter des interrogations légitimes quant aux résultats des enquêtes, à la fiabilité et à l'actualité de l'information. Au vu des incohérences constatées par le Tribunal entre les informations transmises par les autorités ukrainiennes et celles transmises par le requérant sur la suspension des procédures à son encontre, le Tribunal estime que le Conseil avait l'obligation d'opérer des vérifications supplémentaires ou de solliciter des éclaircissements auprès des autorités ukrainiennes avant de se prononcer sur le maintien du nom du requérant dans la liste. C'est pour cette raison que la Cour annule la décision prise par le Conseil en 2017.

S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence relative au gel de fonds des personnes soupçonnées d'avoir détourné des fonds publics, cet arrêt exprime clairement la volonté du Tribunal de ménager un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux de la personne visée par les mesures restrictives d'une part, et les intérêts de l'Etat d'origine des fonds à la répression de la corruption et au rapatriement des fonds, d'autre part. Par cet arrêt, le Tribunal affirme que le principe de la lutte contre la corruption sous-tend la notion l'Etat de droit et par ce biais il réaffirme l'importance accordée à ces valeurs dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne.

Rita Franceschet, « Respect des droits fondamentaux des personnes maintenues sur les listes de mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne », actualité du 2 octobre 2018, www.ceje.ch

XIII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

37. Relations Suisse-UE : vues et perspectives différentes du côté suisse et du côté européen

Pour l'ambassadeur de l'Union européenne à Berne, M. Michael Matthiessen « Après trois années difficiles, 2017 a été une année très positive. Il n'y a pas de crise entre les deux parties, juste quelques malentendus. » C'est ainsi que s'est exprimé l'ambassadeur, lors de la deuxième édition des Entretiens de Verbier, le 6 janvier 2018, pour dresser le bilan des relations Suisse-UE.

Les liens bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne ont été continuellement développés depuis l'accord de libre-échange de 1972. Des négociations en vue d'un accord institutionnel ont été entamées en 2014 afin de garantir un accès plus large au marché intérieur de l'Union.

Si l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse » du 9 février 2014, a pendant un temps terni les relations Suisse-UE, l'année 2017 a été marquée par un approfondissement de leurs relations.

Lors d'une première rencontre à Bruxelles, le 6 avril dernier, le président de la Commission européenne, M. Jean-Claude Juncker, et la présidente de la Confédération, Mme Doris Leuthard, se sont mis d'accord pour relancer les négociations et rouvrir les dossiers en suspens.

Puis, dans le cadre de la visite officielle de Jean-Claude Juncker à Berne, le 23 novembre 2017, les deux présidences ont tiré un bilan positif des progrès réalisés, et répété leur volonté de renforcer la voie bilatérale entre la Suisse et l'Union. À cette occasion, le président de la Commission a annoncé souhaiter conclure un « accord d'amitié » au printemps 2018.

Les négociations en cours ont abouti à des résultats concrets, avec notamment la mise à jour de l'accord sur les entraves techniques au commerce (ARM), et la signature à Berne, le 23 novembre 2017, de l'accord sur le couplage des systèmes d'échange de quotas d'émission de CO2 (Emissions Trading System, ETS).

Néanmoins, des divergences subsistent en lien avec l'accord institutionnel quant au rôle de la Cour de justice de l'Union européenne en cas de désaccord sur l'application des accords bilatéraux. Cette instance suscite la méfiance en Suisse, où l'UDC s'active pour faire reconnaître la primauté du droit suisse sur le droit international (Initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers »).

La question des aides d'Etat constitue un autre point de désaccord. Celles-ci, proscrites au sein de l'Union européenne, sont pratiquées par la Suisse notamment dans le secteur de l'hydroélectricité.

Si pour l'ambassadeur Matthiessen l'année 2017 s'est révélée positive, M. Henri Gétaz, chef de la Direction des affaires européennes au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), a qualifié la situation actuelle « d'impasse bilatérale ».

Ce dernier a fait référence à deux décisions récentes de l'Union européenne. La première concernant l'inscription de la Suisse, le 5 décembre 2017, sur la liste « grise » des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales. La Suisse a jusqu'à fin 2018 pour honorer ses engagements de bonne conduite en matière fiscale.

La seconde décision, du 15 décembre 2017, par laquelle la Commission européenne a limité à un an le statut d'équivalence boursière de la Suisse, conditionnant son renouvellement aux progrès réalisés dans les négociations sur l'accord institutionnel. Cette reconnaissance de

l'équivalence financière est pourtant essentielle pour que les places boursières suisses puissent avoir accès au marché européen et que les entreprises d'investissement de l'UE puissent négocier des actions en Suisse.

A la fin du mois de décembre 2017, les relations se sont alors tendues et la présidente de la Confédération, Mme Doris Leuthard, a annoncé que « La décision de l'UE grève les relations bilatérales sur des dossiers importants ». La décision de la Commission est en effet perçue par le Conseil fédéral comme unediscrimination à l'égard de la Suisse, alors que les bourses en Australie, à Hong Kong et aux Etats-Unis ont obtenu une reconnaissance illimitée.

L'Union européenne justifie ce traitement au regard de la situation particulière de la Suisse. Selon la Commission européenne, les décisions d'équivalence sont toujours fondées sur les circonstances propres au pays concerné et il n'existe pas de droit automatique à l'équivalence. La Suisse est différente à plusieurs égards des autres pays et territoires qui se sont vu reconnaître l'équivalence récemment. La portée de la décision concernant la Suisse est beaucoup plus large, étant donné que la négociation d'actions suisses dans l'UE, et inversement, est beaucoup plus répandue que pour les autres pays et territoires qui ont récemment obtenu une reconnaissance d'équivalence (Etats-Unis, Hong Kong et Australie).

En tout état de cause, le Conseil fédéral suisse se réunit, le 31 janvier 2018, afin de discuter de l'ensemble du dossier européen et de déterminer sa position en matière de politique européenne.

Jeanne Clément, « Relations Suisse-UE : vues et perspectives différentes du côté suisse et du côté européen », actualité du 30 janvier 2018, www.ceje.ch

38. Un droit de séjour en faveur de parents ressortissants d'un Etat tiers ayant un droit de garde sur un enfant en bas âge ressortissant d'un Etat membre de l'UE

Dans un arrêt rendu le 15 janvier 2018, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans le cadre d'un litige portant sur l'obtention d'une autorisation de séjour de parents, ressortissants d'un Etat tiers, disposant conjointement de l'autorité parentale et du droit de garde sur un enfant en bas âge, ressortissant d'un Etat membre de l'UE.

Les parents, ressortissants boliviens, bénéficiaient de l'autorité parentale et de la garde conjointe de leur fille, ressortissante espagnole. Le premier parent avait exercé une activité lucrative pendant plus de neuf ans en Suisse. Suite à la perte de son emploi, il était au bénéfice d'indemnités journalières de l'assurance-chômage. Le second exerçait une activité occasionnelle dans l'économie domestique. Le couple percevait également une allocation familiale en faveur de leur fille, et celle-ci bénéficiait du subside de l'assurance-maladie. Sur la base de ces informations, les époux avaient déposé auprès de l'Office cantonal compétent une demande d'autorisation de séjour UE/AELE.

La question était de savoir si la fille bénéficiait d'un droit propre à l'obtention d'une autorisation de séjour UE/AELE en vertu des articles 6 et 24, annexe I, de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), et, le cas échéant, si les parents pouvaient prétendre à une telle autorisation à titre dérivé.

Le Tribunal fédéral a d'abord dû déterminer si les parents bénéficiaient d'une autorisation de séjour à titre dérivé. Celui-ci s'est référé, conformément à l'article 16, paragraphe 2, ALCP, à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Dans un arrêt Zhu et Chen, la CJUE (anciennement CJCE) avait estimé que « la législation européenne relative au droit de séjour, et en particulier la Directive 90/364/CEE, confère un droit de séjour de durée indéterminée au ressortissant mineur en bas âge d'un Etat membre qui est couvert par une assurance maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un Etat

tiers, dont les ressources sont suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil (pt 41). Cette pratique permet en outre au parent qui a effectivement la garde de cet enfant de séjourner avec lui dans l'Etat membre d'accueil (pt 46) ».

Pour le Tribunal fédéral, le présent cas d'espèce ne diffère pas de la jurisprudence *Zhu et Chen*. En effet, les parents, ressortissants d'un Etat tiers, qui ont la garde de leur enfant ressortissant d'un Etat membre de l'UE, peuvent se prévaloir d'un droit dérivé pour autant qu'ils réunissent les conditions fixées aux articles 6 et 24, annexe I, ALCP (conditions de ressources financières suffisantes et de couverture maladie). Quant à la fille en bas âge, dans la mesure où ses parents bénéficient d'un droit de garde, celle-ci perdrait tout intérêt à obtenir une autorisation de séjour si leur présence faisait défaut.

Par conséquent, le Tribunal fédéral a estimé que la famille pouvait être mise au bénéfice d'une autorisation de séjour pour autant que les conditions fixées aux articles 6 et 24, annexe I, ALCP soient remplies.

En vertu de ces deux dispositions, le ressortissant d'une partie contractante n'exerçant pas d'activité économique dans le pays de résidence reçoit un titre de séjour d'une durée de cinq ans au moins, à condition qu'il prouve aux autorités nationales compétentes que celui-ci dispose pour lui-même et les membres de sa famille de moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant son séjour, et d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques. L'article 24, paragraphe 2, annexe I, ALCP précise que les moyens financiers nécessaires sont réputés suffisants s'ils dépassent le montant en-dessous duquel les nationaux, eu égard à leur situation personnelle, peuvent prétendre à des prestations d'assistance. D'après le Tribunal fédéral, tel est le cas si les moyens financiers d'un citoyen suisse, dans la même situation, lui fermeraient l'accès à l'aide sociale (article 16, alinéa 1, de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (OLCE)). Enfin, il importe peu, pour apprécier la situation économique du requérant, que les moyens financiers soient générés par lui-même ou par un tiers.

S'agissant des revenus, les indemnités journalières de l'assurance-chômage doivent être prises en compte au même titre que l'allocation familiale. Quant au subside en faveur de la fille, le Tribunal fédéral a estimé qu'il s'apparentait davantage à une prestation complémentaire, ce qui l'excluait de la notion de moyens financiers.

En l'espèce, en comparant les revenus et les charges de la famille, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que le droit de séjour devait leur être accordé au sens de l'article 24, annexe I, ALCP, dans la mesure où il y avait un excédant qui écartait l'octroi à des prestations d'aide sociale.

Cet arrêt marque une nouvelle fois l'importance du droit européen nécessaire pour interpréter une législation fédérale euro-compatible.

David Trajilovic, « Un droit de séjour dérivé en faveur de parents ressortissants d'un Etat tiers ayant un droit de garde sur un enfant en bas âge ressortissant d'un Etat membre de l'UE », actualité du 5 février 2018, www.ceje.ch

39. *La gestion de titres de participation dans des sociétés établies dans un Etat partie à l'ALCP à partir d'un autre Etat partie audit accord ne relève pas de la liberté d'établissement*

Dans un arrêt rendu le 15 mars 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a interprété les dispositions relatives à la liberté d'établissement de l'Accord sur la libre-circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP).

M. Picart, ressortissant français, avait décidé de transférer sa résidence de la France vers la Suisse. Lors du transfert, il détenait des participations substantielles dans le capital social de plusieurs sociétés établies en France. Conformément à l'article 167bis du code général des impôts français (CGI), les contribuables domiciliés en France et détenant notamment des titres de participation dans des sociétés établies en France sont imposables sur les plus-values constatées sur lesdits titres de participation, lorsqu'ils décident de transférer leur domicile hors de France. Le CGI dispose que le paiement de l'impôt peut en être différé si le contribuable nomme un représentant fiscal en France et si celui-ci fournit une garantie bancaire propre à assurer le recouvrement de la créance du Trésor français. Toutefois, ce sursis au paiement de l'impôt prend notamment fin lorsque le contribuable cède ses titres de participation.

En l'espèce, M. Picart avait respecté les conditions posées à l'article 167bis CGI en déclarant une plus-value latente sur les titres de ses participations auprès de sociétés établies en France. Il avait désigné un représentant fiscal en France, et avait fourni une caution bancaire à titre de garantie. Toutefois, lors de la cession des titres, M. Picart ne bénéficiait plus de son sursis au paiement de l'impôt, dès lors l'administration fiscale française, en réévaluant le montant de la plus-value déclarée, avait décidé de mettre à sa charge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales, assorties de pénalités. M. Picart avait alors contesté le paiement de ces cotisations supplémentaires, ainsi que les pénalités imposées en soutenant que l'article 167bis du CGI était incompatible avec l'ALCP, en ce sens qu'il était restreint dans sa liberté d'établissement, garantie par l'accord, laquelle lui permet de s'établir en Suisse et d'y exercer une activité économique en tant qu'indépendant, consistant en la gestion de ses diverses participations directes ou indirectes dans plusieurs sociétés établies en France.

En préambule, la Cour de justice a rappelé son arrêt Ettwein, selon lequel dans certaines circonstances et en fonction des dispositions applicables, un ressortissant d'un Etat partie à l'ALCP peut se prévaloir des droits tirés de celui-ci à l'égard de l'Etat vers lequel il exerce une liberté de circulation, mais également à l'encontre de son propre Etat (point 16).

Elle a ensuite examiné si M. Picart relevait du champ d'application *ratione personae* de la notion d'indépendant, soit en vertu de l'article 12, soit en vertu de l'article 13, chapitre III, annexe I, ALCP (points 17-18).

Conformément à l'article 12, paragraphe 1, annexe I, ALCP, est considéré comme indépendant, le ressortissant d'une partie contractante souhaitant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'exercer une activité non salariée. La Cour de justice a précisé que cette disposition vise toute personne physique souhaitant exercer une activité non salariée sur le territoire d'une partie contractante autre que celle dont il est ressortissant (points 22-23). Or, en l'occurrence, M. Picart, ressortissant français, ne souhaitait pas exercer une activité économique en Suisse, mais entendait uniquement poursuivre une activité sur le territoire de son Etat d'origine, c'est-à-dire la France. En conséquence, la Cour a estimé que M. Picart ne relevait pas du champ d'application de l'article 12, paragraphe 1, annexe I, ALCP (point 24).

Quant à l'article 13, paragraphe 1, annexe I, ALCP, celui-ci est consacré au frontalier indépendant, entre autres le ressortissant d'une partie contractante qui dispose d'une résidence sur le territoire d'une partie contractante, qui exerce une activité non salariée sur le territoire

d'une autre partie contractante, et qui retourne à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine. Dans l'arrêt Ettwein, la Cour de justice avait considéré qu'un couple de travailleurs indépendants qui avaient transféré leur résidence de leur Etat d'origine vers la Suisse, tout en gardant leur activité dans cet Etat d'origine, et qui effectuaient un retour quotidien depuis leur lieu de leur activité professionnelle vers celui de leur résidence, relevait du champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, annexe I, ALCP (point 26).

Cependant, la Cour a constaté que la situation dans l'arrêt Ettwein était différente de celle M. Picart. En effet, celui-ci, contrairement à ce couple de travailleurs indépendants, demeurait sur le territoire de son Etat de résidence, à savoir la Suisse, d'où il désirait poursuivre son activité dans son Etat d'origine, à savoir la France, sans toutefois effectuer un retour quotidien, voire au moins une fois par semaine, depuis son lieu de son activité économique vers celui de sa résidence. Ainsi, la situation de M. Picart ne peut pas être assimilée à celle de l'arrêt Ettwein. Dès lors, il ne relevait pas du champ d'application de l'article 13, paragraphe 1, annexe I, ALCP (point 27).

En définitive, la Cour a conclu que M. Picart ne pouvait pas se prévaloir de l'ALCP, du fait que celui-ci ne relevait pas du champ d'application *ratione personae* de la notion d'indépendant.

Enfin, la Cour de justice a écarté toute analogie entre les dispositions de l'ALCP relatives à la notion d'indépendant et celles prévues par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (article 49 TFUE). Selon elle, « l'interprétation donnée des dispositions du droit de l'Union relatives à ce marché (marché intérieur) ne peut être automatiquement transposée à l'interprétation de l'ALCP, sauf dispositions expresses prévues par cet accord lui-même », or l'ALCP ne contient pas de telles dispositions expresses (points 29-30).

David Trajilovic, « La gestion de titres de participation dans des sociétés établies dans un Etat partie à l'ALCP à partir d'un autre Etat partie audit accord ne relève pas de la liberté d'établissement », actualité du 29 mars 2018, www.ceje.ch

* * *



Centre d'études juridiques européennes
Université de Genève
Bd du Pont d'Arve 40
CH - 1211 Genève 4

Tél. +41 22 379 84 90
Fax +41 22 379 86 62

www.ceje.ch