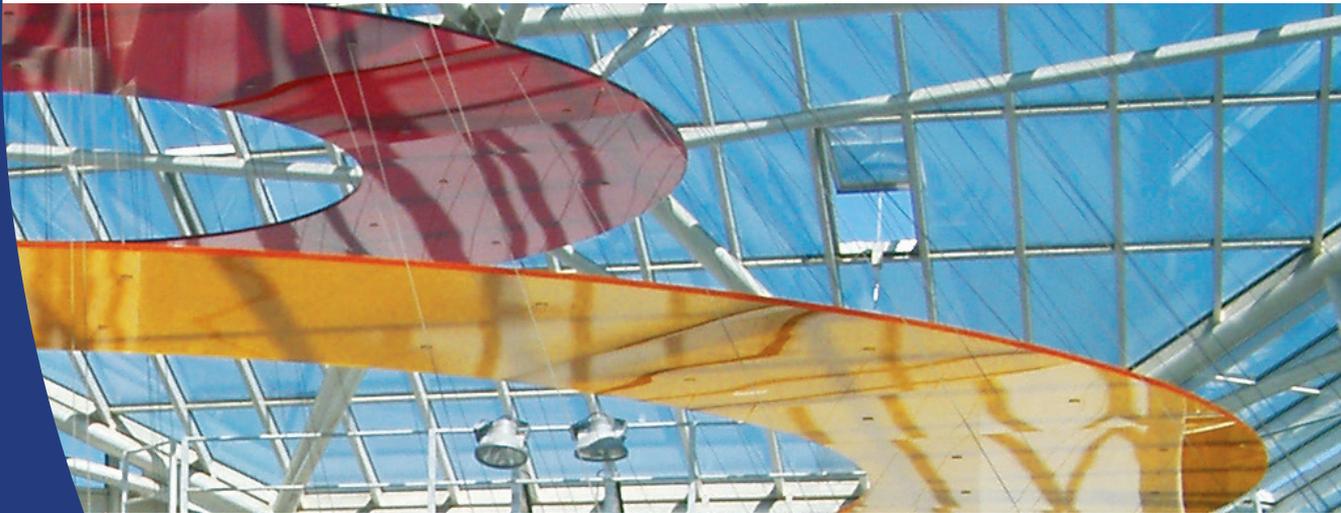


# Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2014



## Actualités du Centre d'études juridiques européennes – 2014 -

### Avant-propos

Le Centre d'études juridiques européennes s'est vu décerner en 2014 le label de « Centre d'excellence Jean Monnet » pour les activités de recherche menées en droit de l'Union européenne à l'Université de Genève.

Parmi les publications du Centre, les «actualités» offrent un éclairage spécialisé sur de nombreux aspects des développements récents du droit de l'Union européenne et des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne. Elles sont rédigées par des doctorants de l'Université de Genève et des chercheurs rattachés au Centre d'études juridiques européennes. L'édition 2014 contient les contributions de Ljupcho Grozdanovski, Michaela Nicola, Stefanie Schacherer, Araceli Turmo, Edouard Verté et Martial Zongo (*doctorants à l'Université de Genève*), Anne Monpion (*docteur en droit*) ainsi que de Christine Kaddous (*professeur et directeur du Centre d'études juridiques européennes*).

Les actualités sont régulièrement mises en ligne à l'adresse [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch) et sont envoyées, tous les quinze jours, aux abonnés de la lettre d'information du Centre. L'inscription à ladite lettre se fait en ligne sur le site du Centre.

Bonne lecture !

Février 2015



Christine KADDOUS

Professeur, chaire Jean Monnet *ad personam*

Directeur du Centre d'études juridiques européennes



## Table des matières

### I. Questions institutionnelles et droits fondamentaux

|  |   |
|--|---|
| 1. L'article 27 de la Charte n'est pas invocable dans les relations entre personnes privées (16.1.2014) .....                                    | 1 |
| 2. Champ d'application du droit de l'UE et applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1.4.2014).....              | 2 |
| 3. Invalidité de la directive sur la conservation des données (10.4.2014) .....  | 3 |
| 4. Annulment of Directive 2011/82 Facilitating the Cross-Border Exchange of Information on Road Safety Related Traffic Offences (13.5.2014)..... | 4 |
| 5. Le rôle des moteurs de recherche sur Internet et la protection des droits de la personne (25.5.2014) .....                                    | 5 |
| 6. La Cour confirme l'arrêt Sophie in't Veld sur le droit d'accès aux documents concernant les accords internationaux (4.7.2014).....            | 6 |
| 7. Ressortissants de pays tiers en situation irrégulière et procédures de retour dans le pays d'origine (16.12.2014).....                        | 7 |

### II. Libre circulation des marchandises et libre prestation des services

|  |    |
|--|----|
| 8. Proposition par l'Avocat général de faire évoluer le régime d'aide à la production d'énergie renouvelable dans l'Union européenne (12.2.2014).....                | 9  |
| 9. Fourniture de services aériens en provenance d'un Etat tiers et principe de non-discrimination en raison de la nationalité (24.3.2014).....                       | 10 |
| 10. Dispense d'examen d'une restriction des droits reconnus dans la Charte résultant du constat d'une restriction de la libre prestation de services (8.5.2014)..... | 11 |
| 11. Autorisations de mise sur le marché et importations parallèles de produits phytopharmaceutiques dans l'UE (11.11.2014).....                                      | 12 |

### III. Libre circulation des personnes et convention d'application de l'accord Schengen (CAAS)

|   |    |
|---|----|
| 12. Incompatibilité avec la liberté d'établissement des restrictions à l'ouverture de pharmacies en Autriche (19.2.2014) .....  | 15 |
| 13. The Court extends third-country nationals' derived right of residence under Articles 21 and 45 TFEU (18.3.2014).....  | 16 |
| 14. Reconnaissance d'une limitation au principe <i>ne bis in idem</i> dans le cadre de l'application de la Convention d'application de l'accord de Schengen (2.6.2014)..... | 17 |
| 15. Citoyens de l'Union européenne non actifs, droit de séjour et exclusion du bénéfice de l'aide sociale (13.11.2014).....   | 18 |

### IV. Libre circulation des capitaux

|   |    |
|---|----|
| 16. Les PTOM ne sont pas des Etats tiers au sens de l'article 63 du traité FUE (13.6.2014)..... | 20 |
| 17. Résidents et non résidents en matière de traitement fiscal (8.9.2014).....                  | 21 |

## V. Fiscalité et droit des sociétés

18. La législation britannique sur la fiscalité des groupes de sociétés et de consortiums jugée contraire aux articles 49 et 54 du traité FUE (3.4.2014) ..... 23
19. Détachement des travailleurs et imposition à la source (20.6.2014) ..... 24

## VI. Propriété intellectuelle et concurrence

20. La directive 2001/29 et la fourniture, par un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres librement accessibles sur d'autres sites Internet (24.2.2014) ..... 26
21. Imputabilité à l'Etat des garanties accordées par une entreprise publique à une banque aux fins de l'octroi de crédits (23.9.2014) ..... 27
22. Proposition de rejet des recours formés contre la création d'une protection unitaire du brevet (3.12.2014) ..... 28

## VII. Energie, environnement et protection des consommateurs

23. Obligation d'information du public en matière d'environnement (16.1.2014) ..... 30
24. Transferts de déchets entre Etats membres (16.1.2014) ..... 31
25. Associations de protection des consommateurs et accès à la justice (3.3.2014) ..... 32
26. Le renforcement de la conditionnalité : l'intégration du principe du pollueur-payeur dans la PAC (20.3.2014) ..... 33
27. La France, une nouvelle fois condamnée pour manquement à la directive « nitrates » (8.9.2014) ..... 34

## VIII. Relations extérieures de l'Union européenne

28. La directive 1999/32 et la convention Marpol 73/78 (3.2.2014) ..... 36
29. Examen, par l'avocat général, de la validité de la décision du Conseil de l'UE autorisant l'ouverture de négociations en vue de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion (19.4.2014) ..... 37
30. Proposition de clarification des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres dans la participation à l'organisation internationale de la vigne et du vin (5.5.2014) ..... 40
31. The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union, summary of a conference held on May 20th 2014 (21.5.2014) ..... 41
32. Application *ratione personae* du régime des services maritimes dans l'Espace économique européen (14.7.2014) ..... 42
33. Exigence de connaissances linguistiques de base de la langue officielle d'un Etat membre et clause de « standstill » dans le cadre de l'association CEE-Turquie (16.7.2014) ..... 43
34. Compétence externe exclusive de l'Union pour négocier la convention sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion (9.9.2014) ..... 44
35. Le rôle de l'Union européenne à l'OMC, compte rendu d'une conférence tenue le 25 septembre 2014 (1.10.2014) ..... 45
36. L'Union européenne dans l'Organisation internationale de la vigne et du vin. Clarifications sur les conditions d'application de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE (15.10.2014) ..... 46
37. La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la compétence de l'Union européenne (22.10.2014) ..... 47

|  |    |
|--|----|
| 38. Compétence externe exclusive de l'Union européenne dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie renouvelable (9.12.2014)..... | 49 |
| 39. L'Union économique et monétaire ouest-africaine : vingt ans après sa création (7.10.2014).....   | 50 |

**IX. Politique étrangère et de sécurité commune**

|   |    |
|---|----|
| 40. Quelle est la base légale adéquate de la décision portant signature et conclusion, par l'Union, d'un accord international en matière de piraterie ? (6.2.2014)..... | 52 |
| 41. The Common Security and Defense Policy – Europe as a global player?, summary of a conference held on May 6th 2014 (12.5.2014).....                                  | 53 |

**X. Relations entre la Suisse et l'Union européenne**

|   |    |
|---|----|
| 42. Contrôle de la base juridique d'une décision mettant à jour l'accord sur la libre circulation entre l'Union européenne et la Suisse (3.3.2014)..... | 55 |
| 43. Suisse – UE : plaider pour de nouvelles périodes transitoires en matière de libre circulation des personnes (12.2.2014).....                        | 56 |
| 44. Actualités des relations Suisse-UE – état au 28 mai 2014 (2.6.2014).....  | 57 |
| 45. Ecopop anéantit le principe de libre circulation (18.11.2014).....  | 58 |
| 46. Suisse - Union européenne : une activité de prostitution constitue-t-elle une activité lucrative dépendante ou indépendante ? (3.11.2014).....      | 60 |

\* \* \*



## I. Questions institutionnelles et droits fondamentaux

### 1. *L'article 27 de la Charte n'est pas invocable dans les relations entre personnes privées*

L'affaire Association de médiation sociale (C-176/12) a permis à la Cour de justice de préciser la portée des droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées. L'arrêt rendu le 15 janvier 2014 porte sur l'invocabilité de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux dans un litige opposant une association, personne de droit privé, à plusieurs parties représentant un syndicat, la Confédération générale du travail (CGT).

La CGT a désigné un représentant d'une section syndicale créée au sein de l'association de médiation sociale (AMS), association de réinsertion dont l'effectif est de moins de onze salariés selon les règles de calcul établies par le code du travail français. Sont en effet décomptés les travailleurs bénéficiant de contrats aidés. L'AMS conteste donc cette désignation sur la base d'une disposition nationale exonérant les établissements de moins de onze salariés de l'obligation de nommer des représentants syndicaux. L'argument du syndicat, selon lequel ce mode de calcul des effectifs est contraire au droit de l'Union européenne, avait été accueilli en première instance. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation française a interrogé la Cour de justice sur l'invocabilité des dispositions de droit de l'Union pertinentes, et sur la conformité du droit national applicable à ces dernières.

Les défendeurs au pourvoi invoquaient la directive 2002/14, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, ainsi que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux. La Cour de justice évalue, dans un premier temps, la conformité de la disposition nationale litigieuse à la directive. Cette dernière ne permet pas aux États membres d'exclure du calcul des effectifs de l'entreprise une catégorie de travailleurs, dès lors que cela a pour effet de soustraire certains employeurs à leurs obligations et de priver lesdits travailleurs des droits d'information et de représentation que la directive vise à protéger. La justification mise en avant par le gouvernement français, selon lequel cette mesure viserait à promouvoir l'emploi, constitue un objectif légitime mais se heurte à l'effet utile de la directive, tel qu'exposé en son article 11.

La règle invoquée par les défendeurs, concernant l'obligation de prendre en compte tous les travailleurs dans ce calcul, est clairement suffisamment inconditionnelle et précise pour produire un effet direct vertical. La difficulté, relevée par la Cour de cassation elle-même, découle en l'espèce du caractère privé de la relation juridique en cause. Or, en vertu d'une jurisprudence constante, les directives ne sont pas susceptibles d'avoir un effet direct horizontal, et donc de justifier l'inapplication de la loi nationale. Au surplus, l'incompatibilité évidente de la disposition litigieuse avec le droit de l'Union européenne ne peut être résolue par une interprétation conforme.

Les défendeurs avaient donc cherché à s'appuyer sur la motivation de l'arrêt *Kücükdeveci* (C-555/07), demandant au juge national d'écarter la disposition litigieuse sur le fondement de l'article 27 de la Charte, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive. La Cour de justice admet l'applicabilité de l'article 27 dans l'affaire au principal, dès lors que la loi nationale vise à mettre en œuvre la directive 2002/14. Cependant, elle considère que, contrairement au principe de non-discrimination invoqué dans *Kücükdeveci*, l'article 27 ne crée pas, en lui-même, un droit subjectif dans le chef des particuliers. Il ne saurait donc être invoqué afin d'écarter une règle nationale contraire.

Notons que l'avocat général Cruz Villalón avait retenu une solution différente, estimant que l'article 27 de la charte, combiné avec les dispositions de la directive qui en concrétisent le contenu, devait être invocable dans un litige tel que celui en cause au principal. La Cour, refusant de reconnaître un effet direct horizontal au droit fondamental garanti par l'article 27, ne laisse plus

aux défendeurs au pourvoi que le recours en responsabilité de l'État, fondé sur la jurisprudence Francovich (C-6/90).

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «L'article 27 de la Charte n'est pas invocable dans les relations entre personnes privées», www.ceje.ch, actualité du 16 janvier 2014.*

## **2. Champ d'application du droit de l'UE et applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

Dans son arrêt Torralbo Marcos du 27 mars 2014 (C-265/13), la Cour de justice de l'Union européenne précise sa jurisprudence concernant l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le salarié d'une entreprise en redressement judiciaire a été licencié tout en bénéficiant d'un contrat de transaction entériné par un tribunal de commerce de Barcelone. Suite à l'inexécution du contrat de transaction par l'entreprise, le salarié demande l'exécution forcée du contrat devant un tribunal du travail de Terrassa.

Cette exécution forcée est ordonnée mais suspendue le même jour au motif que l'entreprise bénéficiait d'un plan de redressement et qu'il n'existait aucun bien saisissable antérieur à ce plan. Le requérant décide de faire appel en vue d'obtenir une déclaration judiciaire d'insolvabilité de l'employeur lui ouvrant ainsi un droit d'accès à l'institution de garantie compétente, conformément à la directive 2008/94 du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283, p. 36).

Pour pouvoir faire appel de la décision, le justiciable espagnol doit s'acquitter d'une taxe relative à l'exercice du pouvoir juridictionnel par les juridictions civiles, du contentieux administratif et sociales, le requérant est donc invité par une décision du tribunal du travail à s'acquitter de cette taxe. Le requérant introduit un recours en réformation contre la décision, estimant d'une part, qu'il est exonéré du paiement de cette taxe, et faisant valoir d'autre part, que l'exigence de versement de cette taxe porte atteinte à la protection accordée par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Suite aux questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi, la Cour de justice de l'Union européenne examine l'applicabilité de la Charte à l'affaire. Elle rappelle que l'article 51, paragraphe 1, de la Charte prévoit que ses dispositions s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Au point 21 de l'arrêt Åkerberg Fransson du 26 février 2013 (C-617/10), la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que la Charte des droits fondamentaux devait s'appliquer dans l'ensemble du champ d'application du droit de l'Union et pas simplement lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union.

Dans l'arrêt Torralbo Marcos, la Cour examine à nouveau l'étendue du champ d'application du droit de l'Union, mais conclut que l'affaire en cause au principal ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union. S'il est vrai que le requérant entend faire appliquer une règle prévue par le droit de l'Union européenne, la directive 2008/94, la Cour relève au point 40 de son arrêt que ce seul fait ne suffit pas pour considérer que la situation en cause au principal relève, *dès ce stade de la procédure*, du champ d'application de cette directive et, par conséquent, du droit de l'Union. La Cour de justice de l'Union européenne relève également que l'objet de la procédure ne concerne pas l'interprétation ou l'application d'une règle du droit de l'Union autre que celle figurant dans la Charte et précise encore que ce fait n'est pas suffisant pour considérer que la situation relève du champ d'application du droit de l'Union.

La Cour de justice précise à plusieurs reprises que la situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union *à ce stade de la procédure*. Elle se déclare donc incompétente pour répondre aux questions posées par le juge national, laissant toutefois ouverte la possibilité

que la situation puisse entrer dans le champ d'application du droit de l'Union, dans l'hypothèse où la directive 2008/94 serait appliquée par les juridictions espagnoles.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «Champ d'application du droit de l'UE et applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 1<sup>er</sup> avril 2014.*

### **3. Invalidité de la directive sur la conservation des données**

La Cour de justice a rendu, le 8 avril 2014, un arrêt très attendu concernant la validité de la directive 2006/24, sur la conservation des données relatives à des communications électroniques. Deux renvois préjudiciels transmis par des juridictions irlandaise et autrichienne lui ont fourni l'occasion de se prononcer, dans des affaires jointes *Digital Rights Ireland Ltd e.a.* (C-293/12 et C-594/12) sur la conformité avec les droits fondamentaux de cet acte vivement contesté dès son adoption par les associations de défense des droits numériques.

Les questions préjudicielles portaient plus spécifiquement sur les articles 7, 8 et 11 de la Charte des droits fondamentaux, visant respectivement le droit au respect de la vie privée, la protection des données personnelles et la liberté d'expression. La directive visait à harmoniser les dispositions nationales relatives à la conservation des données générées ou traitées par les services de communications électroniques par leurs fournisseurs, en vue d'en garantir la disponibilité aux fins de lutte contre les infractions graves telles que le terrorisme. Elle établit ainsi une obligation, pour ces fournisseurs, de conserver des données permettant d'identifier les personnes, leurs localisations et leurs activités, ainsi que leurs relations sociales, et de les rendre accessibles aux autorités compétentes le cas échéant. La Cour de justice admet donc logiquement la pertinence des articles invoqués.

La directive 2006/24 déroge tout d'abord à des instruments de droit dérivé antérieurs, les directives 95/46 et 2002/58, qui établissent un régime de protection du droit au respect de la vie privée (pt 32). L'obligation de conserver des données relatives à la vie privée des utilisateurs et à leurs communications, ainsi que l'accès des autorités nationales à ces données, constituent en outre des ingérences claires dans les droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte. La Cour de justice insiste sur l'ampleur de cette ingérence, affirmant, comme son avocat général, qu'elle « doit être considérée comme particulièrement grave » (pt 37). Comme lui, elle prend notamment en considération l'impression de surveillance constante générée par un tel système, dans lequel l'utilisateur n'est informé ni de la conservation de ses données, ni de leur utilisation.

L'ingérence établie est susceptible d'être justifiée par l'objectif de lutte contre la criminalité grave, l'utilité des données concernées dans la prévention et la lutte contre ces infractions étant par ailleurs établie. La Cour de justice opère toutefois un contrôle de proportionnalité d'autant plus strict que l'ingérence est grave, et qu'elle concerne un aspect fondamental du respect de la vie privée. Si la Cour admet l'aptitude des mesures prévues à la réalisation de l'objectif de protection de la sécurité publique, la directive achoppe sur le critère de la nécessité. Se référant à la jurisprudence de la Cour EDH, elle rappelle que toute réglementation dérogeant à la protection des données personnelles doit prévoir des garanties suffisantes, et notamment des règles claires et précises de nature à circonscrire l'atteinte à ce droit fondamental à ce qui est nécessaire.

Or, deux des caractéristiques de la directive sont incompatibles avec ces exigences. D'une part, la Cour dénonce le caractère général et automatique de la conservation des données. Aucune différenciation ni exception n'est prévue, qui permettrait par exemple de délimiter l'accès des autorités nationales aux données ou la durée de la conservation des données selon leur utilité aux fins de la lutte contre la criminalité. La directive n'établit pas non plus les conditions de l'accès aux données, ne subordonne l'accès à aucun contrôle préalable et n'établit aucun critère objectif pour délimiter les personnes autorisées à y accéder. D'autre part, la directive est également très

insuffisante en ce qui concerne la protection des données dont elle prévoit la conservation. Elle ne prévoit pas de garanties particulières rendues nécessaires par la quantité et la nature des données, notamment en ce qui concerne le risque d'accès illicite, et ne garantit pas leur destruction irrémédiable au terme de la durée de conservation. Enfin, la Cour signale l'impossibilité de garantir un contrôle pleinement garanti par une autorité indépendante dans la mesure où la directive permet la conservation des données à l'extérieur de l'Union européenne.

S'affirmant comme garante de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, la Cour de justice censure la mise en place d'une surveillance généralisée sous prétexte de lutte contre la criminalité organisée. Cet arrêt répond aux inquiétudes exprimées non seulement par de nombreux acteurs de la société civile, mais aussi par les juridictions constitutionnelles de plusieurs États membres, et par le Contrôleur européen de la protection des données. Surtout, il confirme l'importance potentielle de la Charte dans l'ordre juridique de l'Union, et celle de la Cour comme juridiction constitutionnelle, capable de s'opposer au législateur européen sur des choix sociaux fondamentaux.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «Invalidité de la directive sur la conservation des données», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 10 avril 2014.*

#### ***4. Annulment of Directive 2011/82 Facilitating the Cross-Border Exchange of Information on Road Safety Related Traffic Offences***

Directive 2011/82 seeks to facilitate the exchange of information on road safety related traffic offences, regardless of their administrative or criminal nature under the law of the Member State concerned. This Directive was adopted by the European Parliament and Council using Article 87(2) TFEU as its legal basis. The Court, however, annulled this act on 6 May 2014, ruling in Case *European Commission v Parliament and Council* (C-43/12) that the appropriate legal basis was, as the Commission had initially proposed, Article 91(1) (c) TFEU.

This provision concerns the European Union's transport policy, whereas Article 87(2) is part of Title V, on the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), and concerns police cooperation in relation to criminal offences. The importance of legal basis in this case is evident due to the specific legal regimes associated with the AFSJ, notably the possibility of opt-outs for the UK, Ireland and Denmark under Protocols 21 and 22. The Commission's challenge was based on an understanding of the scope of Article 87(2) as being restricted to criminal offences, whereas the Directive covers all road safety related traffic offences.

Following its previous case-law, the European Court of Justice examined the aim and content in order to identify the appropriate legal basis. It ruled in favour of the Commission, stating that improving road safety was both the main purpose of Directive 2011/82 and a "prime objective" of the EU's transport policy. According to the Court, the act's contents provide the means of pursuing this objective. This prevents the use of Article 87 TFEU which, read in the light of Article 67 TFEU, must be understood as having different objectives.

The Court granted the Commission and the Council's request that the Directive's effects be maintained, given the importance of the pursuit of its aims, and taking into account the fact that the transposition period had already ended. Directive 2011/82 will retain its effects for a maximum of 12 months, until the entry into force of a new directive based on the correct legal basis.

It is worth noting that the Court did not follow the Opinion of Advocate General Bot, who proposed that the application be dismissed. According to him, the fact that the directive seeks to improve road safety is not, in itself, decisive, since another aim is to enable more effective enforcement of sanctions related to traffic offences by introducing a mechanism for cooperation

between national law enforcement authorities. The Advocate General also held a much wider view of the scope of Article 87(2) TFEU, quoting the ECHR's functional approach in defining the scope of criminal matters under Article 6 of the Convention.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «Annulment of Directive 2011/82 Facilitating the Cross-Border Exchange of Information on Road Safety Related Traffic Offences», www.ceje.ch, actualité du 13 mai 2014.*

### **5. Le rôle des moteurs de recherche sur Internet et la protection des droits de la personne**

L'arrêt du 13 mai 2014 a donné à la Cour de justice de l'Union européenne la possibilité d'examiner, pour la première fois, la situation juridique d'un fournisseur de services exploitant un moteur de recherche sur Internet à la lumière de la directive 95/46, laquelle établit des limites strictes à l'utilisation des données à caractère personnel sur le territoire des Etats membres.

En 1998, le journal espagnol *La Vanguardia Ediciones SL* a publié dans ses éditions papier ainsi que dans une version électronique mise à disposition sur Internet deux annonces concernant une adjudication sur une saisie immobilière pratiquée à l'encontre d'un ressortissant espagnol, M. *Costeja Golzalez*, en recouvrement de dettes de sécurité sociale. Douze ans plus tard, l'intéressé a introduit auprès de l'agence nationale de protection des données (*l'AEPD*) une réclamation au motif que, lorsqu'un internaute introduisait le nom de celui-ci dans le moteur de recherche du groupe *Google*, il obtenait des liens vers les pages web concernées. *L'Audiencia Nacional*, qui doit trancher le fond du litige, demande à la Cour de justice de préciser si l'exploitant d'un moteur de recherche peut être tenu pour « responsable » du traitement des données à caractère personnel sur le fondement de la directive 95/46. En cas de réponse affirmative, celle-ci est appelée à déterminer la portée des obligations d'un tel exploitant et des droits des intéressés garantis par ladite directive, notamment au regard du « droit à l'oubli », en vertu duquel ceux-ci pourraient demander après une certaine période la suppression de tout ou partie des résultats de recherche les concernant affichés au moyen d'un moteur de recherche.

En ce qui concerne l'interprétation du champ d'application matériel de la directive 95/46, la Cour de justice considère que l'activité de l'exploitant d'un moteur de recherche en tant que fournisseur de contenus qui consiste à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel », au sens de l'article 2, sous d), de ladite directive. Selon elle, une dérogation générale à l'application de la directive 95/46 au motif que de telles informations ont déjà fait l'objet d'une publication légale dans les médias viderait cette directive largement de son sens. Dans la mesure où l'exploitant d'un moteur de recherche détermine « les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel », au sens de la même disposition, il doit être considéré comme le « responsable » de ce traitement en vertu de la disposition précitée. Dans le cadre de cette responsabilité, un tel exploitant doit s'assurer que l'organisation et l'agrégation des informations publiées sur Internet sont conformes aux exigences établies par la directive 95/46, son activité étant susceptible, eu égard à l'accessibilité des informations à tout internaute, d'affecter « de manière additionnelle » par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux au respect de la vie privée et au respect des données à caractère privé. Par ailleurs, la circonstance que l'exploitant d'un moteur de recherche n'exerce pas de contrôle sur les données à caractère personnel publiées sur les pages web de tiers ou le fait que les éditeurs de telles pages n'indiquent pas, à l'aide notamment de protocoles d'exclusion comme « *robot.txt* » ou de codes comme « *noindex* » ou « *noarchive* », qu'ils souhaitent qu'une information déterminée, publiée sur leur site, soit exclue en totalité ou partiellement des index automatiques des moteurs de recherche, ne sont pas susceptibles, comme la Cour de justice le souligne, d'enlever la responsabilité de l'exploitant de tels moteurs de recherche au titre de la directive 95/46.

S'agissant ensuite de l'étendue de la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche, la Cour de justice souligne que la directive 95/46 confère aux personnes concernées un droit de rectification, d'effacement et de verrouillage des données, prévu à son article 12, sous b), ainsi qu'en droit d'opposition au traitement de données à caractère personnel, prévu à l'article 14, sous a), de celle-ci. Dans le cadre de l'examen des conditions d'octroi de ces droits, les autorités compétentes doivent prendre en considération toutes les circonstances entourant la situation concrète des intéressés et doivent procéder à une mise en balance des droits fondamentaux de ceux-ci reconnus aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'une part, et des intérêts économiques des exploitants d'un moteur de recherche ainsi que de l'intérêt légitime des internautes à avoir l'accès aux informations visées, d'autre part. Bien qu'une protection efficace et complète des personnes concernées exige la suppression des informations les concernant auprès des éditeurs de sites web, il ne peut être exclu, comme la Cour de justice le souligne, que les intéressés soient dans certaines circonstances susceptibles d'exercer leurs droits visés aux articles 12, sous b), et 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46 contre seulement ledit exploitant, lorsque la publication d'informations relatives à une personne physique par l'éditeur d'une page web est effectué « *aux seules fins de journalisme* » et ainsi bénéficie, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci. L'exercice des droits conférés par la directive 95/46 à l'encontre du seul exploitant d'un moteur de recherche s'impose à plus forte raison, compte tenu du fait que le traitement des données à caractère personnel effectué par celui-ci est susceptible de constituer une ingérence plus importante que celle résultant du traitement effectué par l'éditeur d'une page web, vu qu'il facilite sensiblement, comme dans le cas de l'espèce, l'accessibilité aux informations publiées à tout internaute effectuant une recherche sur la personne concernée et peut jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations.

Quant à la question relative à un éventuel « *droit à l'oubli* » de la personne concernée, la Cour de justice rappelle que dans le cadre de l'examen des demandes introduites en raison d'un traitement des données à caractère personnel méprisant les conditions établies par les dispositions pertinentes de la directive 95/46, l'autorité saisie d'une telle demande doit examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information relative à sa personne soit, *au stade actuel*, maintenue dans la liste de résultats générés dans le cadre d'une recherche effectuée au moyen d'un moteur de recherche sur Internet. Un tel examen n'est subordonné à la constatation d'aucun préjudice dans le chef de la personne concernée par l'inclusion de ladite information dans la liste de résultats. Dans la mesure où des raisons particulières ne justifient pas un intérêt prépondérant du public au maintien de l'accès à cette information, la Cour de justice conclut à la reconnaissance en faveur de la personne concernée d'un droit d'exiger la suppression de celle-ci. S'agissant de la situation de M. *Costeja Gonzalez*, même s'il apparaît, eu égard à la sensibilité des informations contenues dans ces annonces pour sa vie privée et au fait que leur publication initiale avait été effectuée 16 ans auparavant, qu'il justifie d'un tel droit, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier concrètement l'existence d'un éventuel intérêt du public à l'accès à ces informations, en tenant compte des précisions apportées par la Cour de justice.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «Le rôle des moteurs de recherche sur Internet et la protection des droits de la personne», www.ceje.ch, actualité du 25 mai 2014.*

## **6. La Cour confirme l'arrêt Sophie in't Veld sur le droit d'accès aux documents concernant les accords internationaux**

Par un arrêt du 3 juillet 2014 (C-350/12 P), la Cour de justice a confirmé l'arrêt du Tribunal concernant le recours en annulation formé par Mme Sophie in't Veld contre la décision du Conseil du 29 octobre 2009 lui refusant l'accès intégral à l'avis de son service juridique sur l'ouverture de négociations entre l'Union européenne et les États-Unis en vue de la conclusion de

l'accord TFTP (T-529/09). Cet accord prévoit la mise à disposition du Trésor des États-Unis des données de messagerie financière, dans le cadre de la prévention du terrorisme et de la lutte contre son financement.

Le Tribunal avait partiellement accueilli le recours, jugeant que le Conseil avait insuffisamment justifié son refus au regard des conditions d'invocation des exceptions, prévues à l'article 4, par. 1 et 2 du règlement n° 1049/2001, au droit d'accès du public aux documents des institutions. La décision du Conseil a donc été annulée en ce qu'elle refusait l'accès aux parties du document autres que celles ayant trait au contenu spécifique de l'accord envisagé ou des directives de négociation. Le Conseil reprochait au Tribunal d'avoir, ce faisant, violé les paragraphes 1 et 2 de l'article 4, relatifs, respectivement, à l'exception tirée de la protection de l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales, et à celle afférente aux avis juridiques.

La Cour de justice estime que l'interprétation de ces deux dispositions dans l'arrêt du Tribunal n'est pas erronée en droit, et réaffirme l'exigence selon laquelle il appartient au Conseil de prouver en quoi le refus d'accès à ces documents est justifié. Par son premier moyen, le Conseil soutenait, d'une part, que le Tribunal avait exclu que la divulgation d'un désaccord entre institutions sur le choix de la base juridique serait susceptible d'entrer dans le champ de l'exception établie au par. 1 et, d'autre part, qu'il aurait à tort procédé à un contrôle complet de la légalité de la décision litigieuse. La Cour estime, au contraire, que le Tribunal a simplement affirmé que l'affirmation du risque lié à la divulgation de ces positions ne démontre pas l'existence d'une atteinte portée à l'intérêt de l'Union protégé par cette disposition, le Conseil n'ayant pas démontré de quelle manière l'accès au document concerné risquerait de porter « concrètement et effectivement atteinte » à cet intérêt. S'agissant de la seconde branche du moyen, la Cour juge que le Tribunal s'est contenté de vérifier la motivation de la décision litigieuse concernant l'existence d'un tel risque, et n'a donc pas violé la large marge d'appréciation du Conseil en la matière.

Par son second moyen, fondé sur l'article 4, par. 2, le Conseil reprochait d'abord au Tribunal de ne pas avoir tenu compte du caractère sensible du document, portant sur la coopération dans la lutte contre le terrorisme. La Cour de justice rejette rapidement cette branche du moyen en relevant que le Tribunal a indiqué dans son arrêt avoir pris en considération cette circonstance, mais ne l'a pas considérée suffisante pour appliquer l'exception relative aux avis de droit. Elle rejette tout aussi rapidement l'argument selon lequel le Tribunal n'aurait pas dû appliquer le critère du « dommage concret et effectif ». Enfin, elle rappelle que, contrairement à ce qu'il prétendait, le Conseil n'a pas fourni d'éléments établissant de quelle manière la divulgation de la partie concernée du document porterait atteinte aux négociations internationales en cours.

Rappelons en effet que l'arrêt du Tribunal n'a pas accueilli le recours en ce qui concerne la substance de l'accord envisagé et les directives de négociation. Si ces arrêts constituent un progrès pour le droit d'accès du public aux avis concernant les accords internationaux, ils sont donc loin de conduire à la transparence des négociations internationales, telle qu'elle a pu être réclamée dans les débats concernant l'accord TFTP et TAFTA.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «La Cour confirme l'arrêt Sophie in't Veld sur le droit d'accès aux documents concernant les accords internationaux», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 4 juillet 2014.*

### ***7. Ressortissants de pays tiers en situation irrégulière et procédures de retour dans le pays d'origine***

Dans son arrêt Boudjlida du 11 décembre 2014 (aff. C-249/13), la Cour de justice a précisé les modalités selon lesquelles un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière peut exercer son droit d'être entendu dans le cadre d'une décision de retour au titre de la directive 2008/115

relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

En l'espèce, M. Boudjlida, ressortissant algérien en situation irrégulière en France, fait l'objet d'une décision du préfet des Pyrénées-Atlantiques, l'obligeant à quitter le territoire dans un délai de trente jours. Devant le tribunal administratif de Pau, ce dernier réclame l'annulation de la décision de retour en relevant plusieurs moyens dont la violation de son droit d'être entendu. Le tribunal administratif pose une question préjudicielle à la Cour de justice à l'effet de connaître le contenu du droit d'être entendu prévu à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de savoir, précisément, si ce droit comporte pour le ressortissant étranger en situation irrégulière, le droit d'être mis à même d'analyser l'ensemble des éléments qui lui sont opposés et sur lesquels l'autorité compétente entend fonder sa décision, celui de disposer d'un temps de réflexion suffisant avant de proposer ses observations et celui de bénéficier d'une assistance juridique du conseil de son choix.

Tout d'abord, la Cour de justice s'écarte des conclusions de l'avocat général, en refusant d'étendre l'application de l'article 41, relatif au droit d'être entendu conformément au droit à une bonne administration, aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne. Pour la Cour de justice cette disposition ne s'applique qu'aux institutions, organes et organismes de l'UE. Toutefois, le droit d'être entendu fait partie intégrante des droits de la défense, garantis à l'article 47 de la charte, en tant que principe général du droit de l'UE.

Cela étant, la Cour de justice affirme que le respect de ce droit avant l'adoption d'une décision de retour par les autorités nationales a pour finalité de permettre à l'intéressé de s'exprimer sur la légalité de son séjour et sur une éventuelle application des exceptions prévues à l'article 6 de la directive. Ainsi, le droit d'être entendu du ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière serait satisfait lorsque ce dernier a été mis en situation de présenter, de manière utile et effective, son point de vue au sujet de l'irrégularité de son séjour et des motifs pouvant justifier, en vertu du droit national, que l'autorité compétente pour prendre la décision de retour s'abstienne de le faire. Dans ce sens, le droit d'être entendu n'impose aucune obligation à ladite autorité de prévenir le ressortissant d'un Etat tiers de ce qu'elle envisage d'adopter à son égard une décision de retour, de lui communiquer les éléments sur lesquels elle entend fonder celle-ci ou encore de lui laisser un délai de réflexion avant de recueillir ses observations, sauf lorsque le ressortissant de l'Etat tiers ne peut raisonnablement se douter des éléments susceptibles de lui être opposés ou ne serait objectivement en mesure d'y répondre qu'après avoir procédé à des vérifications ou entrepris des démarches en vue d'obtenir des documents justificatifs.

Quant au droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de l'audition par les autorités nationales, la Cour de justice tout en relevant qu'aucun droit de cette nature n'est prévu par la directive 2008/115 avant l'adoption d'une décision de retour, soutient qu'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière peut toujours faire appel à un conseil juridique afin de bénéficier de son assistance lors de son audition, à condition que l'exercice de ce droit n'affecte pas le bon déroulement de la procédure ni la mise en œuvre effective de la directive. En outre, le recours à une telle assistance juridique serait aux frais de l'intéressé contrairement à l'assistance juridique gratuite, prévue à l'article 13 de la directive, et qui peut lui être offerte dans le cadre d'un recours formé après l'adoption de la décision de retour.

Le présent arrêt a le mérite de clarifier le sens et la portée du droit d'être entendu pour les ressortissants d'Etats tiers en situation irrégulière dans le cadre de la directive 2008/115, même si l'approche de la Cour peut sembler restrictive.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Relwende Louis Martial Zongo, «Ressortissants de pays tiers en situation irrégulière et procédures de retour dans le pays d'origine», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 16 décembre 2014.*

## II. Libre circulation des marchandises et libre prestation des services

### 8. *Proposition par l'Avocat général de faire évoluer le régime d'aide à la production d'énergie renouvelable dans l'Union européenne*

L'affaire Ålands Vindkraft AB contre Energimyndigheten (C-573/12) porte sur la difficile mais nécessaire articulation entre la libre circulation des marchandises et les exigences de protection de l'environnement. La question préjudicielle a été posée par une juridiction suédoise afin de contrôler la conformité avec le droit de l'Union des dispositions des régimes d'aide nationaux aux énergies produites à partir de sources renouvelables qui limitent le bénéfice des aides aux seuls producteurs d'électricité situés sur le territoire national. En l'espèce, les autorités suédoises ont refusé au requérant l'octroi d'un agrément permettant de pouvoir obtenir la délivrance de certificats verts en vertu de la réglementation suédoise, au motif que l'électricité produite par celui-ci provient d'un parc éolien situé en Finlande et non en Suède.

Le problème est décomposé en quatre questions par la juridiction nationale. Premièrement, la juridiction nationale demande si l'exclusivité réservant la délivrance des certificats aux producteurs situés sur le territoire national est conforme aux dispositions de la directive 2009/28 encadrant les régimes d'aide. Deuxièmement, elle demande si le régime en question est susceptible de constituer une restriction quantitative à l'importation ou une mesure d'effet équivalent. Dans l'affirmative, la troisième question porte sur la possibilité de justifier cette restriction par l'objectif de production d'énergie renouvelable. La quatrième question porte sur les trois premières, et précise que la restriction du champ d'application du régime décrit aux seuls producteurs nationaux n'est pas expressément inscrite dans la loi, la juridiction nationale se demandant si ce facteur a une quelconque incidence sur la réponse à apporter aux questions.

L'Avocat général Bot considère que le régime suédois constitue bien un régime d'aide au sens de la directive 2009/28. Il explique que la directive permet aux Etats membres de réserver l'octroi du régime d'aide aux seuls producteurs nationaux. Cette lecture s'explique à la fois par le libellé de l'article 3, paragraphe 3, de la directive, l'économie générale de celle-ci, ainsi que ses objectifs.

Concernant les deuxième et troisième questions, l'Avocat général suit un raisonnement identique à celui suivi dans l'affaire Essent Belgium (C-204/12 à C-208/12), examinant successivement l'applicabilité de l'article 34 TFUE, l'existence d'une restriction, puis celle d'une justification. Selon l'Avocat général, l'intervention de la directive 2009/28 ne dispense pas d'un examen des questions au regard de l'article 34 TFUE. Une difficulté réside néanmoins dans l'affirmation dans la directive de la compétence des Etats membres pour déterminer si leurs régimes d'aide s'appliquent ou non à l'énergie verte importée depuis un autre Etat membre. L'Avocat général relève que sur le fondement de l'instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales institué par l'article 267 TFUE, la Cour peut, dans certaines circonstances particulières être amenée à examiner la validité de dispositions de droit dérivé, même lorsqu'elle est exclusivement saisie à titre préjudiciel d'une question d'interprétation du droit de l'Union. Partant, l'Avocat général estime qu'il convient d'examiner la mesure nationale à la lumière de l'article 34 TFUE et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences quant à la validité de la directive 2009/28 au regard du droit primaire.

L'existence de la restriction n'est pas difficile à démontrer. Selon une jurisprudence constante, le constat de l'existence d'un avantage économique susceptible de favoriser les producteurs nationaux par rapport aux producteurs situés dans d'autres Etats membres suffit. Concernant la justification, l'Avocat général propose une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure posée notamment par l'arrêt *PreussenElektra* (C-379/98), en raison de l'évolution du cadre réglementaire et notamment l'adoption du troisième paquet « énergie ». L'Avocat général met en doute la justification générale fondée sur la protection de l'environnement invoquée par le

gouvernement suédois car si le régime vise à stimuler la production d'énergie renouvelable, l'effet sur l'environnement est aussi positif lorsque l'énergie a été produite dans un autre Etat membre. Il ressort de l'analyse de l'Avocat général que les justifications invoquées par le gouvernement suédois ne sont pas de nature à garantir la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement.

La conséquence de ce raisonnement est l'invalidité de l'article 3, paragraphe 3, de la directive au regard de l'article 34 TFUE.

Si la restriction n'est pas justifiée, l'Avocat général est d'avis de limiter les effets dans le temps de l'invalidation qu'il préconise. En effet, compte tenu de l'investissement coûteux et à long terme que nécessite la production d'énergie renouvelable, et du risque de perte de confiance des investisseurs suite à un changement rétroactif du régime, l'Avocat général recommande à la Cour de justice de différer de 24 mois les effets de son arrêt.

La quatrième question ne nécessite pas de réponse de la part de la Cour, l'Avocat général précisant qu'elle porte explicitement sur l'interprétation du droit national, pour lequel les juridictions nationales sont seules compétentes.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «Proposition par l'Avocat général de faire évoluer le régime d'aide à la production d'énergie renouvelable dans l'Union européenne», www.ceje.ch, actualité du 12 février 2014.*

### **9. Fourniture de services aériens en provenance d'un Etat tiers et principe de non-discrimination en raison de la nationalité**

Le règlement n° 1008/2008 confère à chaque transporteur aérien, dont le principal établissement est situé dans un Etat membre, le droit de naviguer librement dans l'espace aérien européen, à la condition d'être titulaire d'une licence d'exploitation délivrée par l'autorité compétente de cet Etat membre. Dans l'arrêt *International Jet Management* rendu en Grande chambre le 18 mars 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu à la question de savoir si un Etat membre peut légitimement soumettre les vols privés à destination de son territoire en provenance de pays tiers effectués par une compagnie aérienne établie dans un autre Etat membre à l'obligation de détenir une autorisation délivrée par les autorités du premier Etat membre, alors qu'une telle compagnie est titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par son Etat d'établissement, au sens des articles 3 et 8 du règlement n° 1008/2008.

A la suite des vols privés opérés à destination de l'Allemagne et en provenance respectivement de Moscou et d'Ankara, la compagnie aérienne *International Jet Management*, établie en Autriche et titulaire d'une licence d'exploitation en cours de validité délivrée par cet Etat membre, a été condamnée au versement de diverses amendes pour violation des dispositions de la réglementation allemande relatives à l'exigence d'une autorisation en vue d'effectuer les vols concernés. Selon cette réglementation, l'octroi d'une telle autorisation est soumise à la production d'une déclaration attestant que les transporteurs aériens titulaires d'une licence d'exploitation délivrée par l'Allemagne soit ne sont pas disposés à effectuer ces vols, soit ne sont pas en mesure d'effectuer ceux-ci. Saisi du litige, l'*Oberlandesgericht Braunschweig* demande à la Cour de justice si une telle réglementation est compatible avec l'interdiction de discrimination prévue à l'article 18 du traité FUE.

La Cour de justice rappelle d'abord que la libre prestation des services en matière de transports est soumise, dans le cadre du droit primaire, à un régime juridique particulier prévu au titre VI du traité FUE. Cependant, ce titre ne régit pas les transports aériens, les auteurs du traité ayant prévu que la libéralisation de ce secteur doit être effectuée au moyen des règles de droit dérivé fondées sur l'article 100, paragraphe 2, du traité FUE. En l'occurrence, s'il est vrai que les services de

transports aériens portant sur les liaisons entre les Etats membres et les pays tiers n'ont pas encore fait l'objet de telles mesures, il n'en demeure pas moins que l'article 18 du traité FUE est susceptible de s'appliquer à de tels services, à condition toutefois que ceux-ci relèvent du champ d'application des traités, au sens de ce dernier article.

Selon la Cour de justice, la circonstance que les services en cause soient fournis au départ d'un pays tiers n'est pas de nature à exclure l'application de l'article 18 du traité FUE. A cet égard, elle constate que les conditions établies à l'article 4 du règlement n° 1008/2008 en vue de l'octroi, par l'autorité compétente d'un Etat membre, d'une licence d'exploitation à une entreprise de transport aérien, visent notamment le fait que le « *principal établissement* » de cette entreprise soit situé dans ledit Etat membre et l'activité principale de cette entreprise soit l'exploitation de « *services aériens* ». Cette dernière notion comprend, eu égard à la définition contenue à l'article 2 du règlement n° 1008/2008, non seulement les vols effectués à l'intérieur de l'Union, mais aussi ceux assurant la liaison entre un pays tiers et un Etat membre. De surcroît, cette catégorie de transports aériens a fait l'objet d'une réglementation riche de droit dérivé, comprenant notamment les règlements n°s 261/2004, 785/2004 et 847/2004, ainsi qu'une série d'accords négociés entre l'Union et ses Etats membres, d'une part, et des pays tiers, d'autre part. Ces circonstances sont de nature à prouver que les services de transports aériens fournis au départ d'un pays tiers font partie du domaine d'application des traités au sens de l'article 18 du traité FUE.

En examinant ensuite la conformité de la réglementation litigieuse avec l'article 18 du traité FUE, la Cour de justice considère que l'exigence liée à la délivrance d'une autorisation de pénétrer l'espace aérien allemand institue une différence de traitement entre les transporteurs aériens établis en Allemagne et ceux ayant leur siège social dans un autre Etat membre qui ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national (arrêts *Bidar*, du 15 mars 2005, aff. C-209/03 et arrêt *Neukirching*, du 25 janvier 2011, aff. C-382/08). S'agissant de la justification d'une telle différence de traitement, elle rejette les deux arguments invoqués par le gouvernement allemand. Le premier argument tiré de la protection de l'économie nationale est rejeté dans la mesure où une différence de traitement, telle que celle en cause au principal, ne saurait être justifiée par un objectif de nature économique. D'autre part, la Cour de justice considère que la réglementation allemande va au-delà de la protection de la sécurité nationale invoquée en tant qu'objectif légitime poursuivi par ladite réglementation, compte tenu du fait que les intérêts de sécurité auxquels se référait le ministère public allemand avaient été déjà pris en compte à l'occasion de la délivrance de la licence d'exploitation à *International Jet Management* par l'autorité compétente autrichienne.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «Fourniture de services aériens en provenance d'un Etat tiers et principe de non-discrimination en raison de la nationalité», www.ceje.ch, actualité du 24 mars 2014.*

#### **10. Dispense d'examen d'une restriction des droits reconnus dans la Charte résultant du constat d'une restriction de la libre prestation de services**

Il est de jurisprudence constante que les réglementations nationales visant à interdire ou à limiter l'organisation de jeux de hasard relèvent du champ d'application de l'article 56 du traité FUE. L'approche de la Cour de justice en la matière est relativement classique : une fois qu'est établie l'entrave à la libre prestation des services, il y a lieu de s'interroger sur l'éventuelle justification fondée sur l'un des motifs reconnus dans le traité FUE, ou sur une raison impérieuse d'intérêt général, reconnue comme légitime dans la jurisprudence de la Cour. L'arrêt *Pfleger* du 30 avril 2014 (aff. C-390/12) comporte un aspect novateur, car outre la violation de l'article 56 du traité FUE, les requérants au principal dans cette affaire ont fait valoir une violation des dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

Dans cette affaire, il s'agit de quatre litiges pendants devant les juridictions autrichiennes, concernant des mesures de sanction prises à l'encontre d'exploitants de machines à sous, au motif qu'ils n'ont pas disposé d'autorisations administratives préalables à l'exploitation de ces machines. La juridiction de renvoi a posé quatre questions préjudicielles à la Cour de justice relatives, en substance, à la compatibilité de la réglementation autrichienne avec l'article 56 du traité FUE d'une part, et les articles 15 à 17 de la Charte des droits fondamentaux, d'autre part.

Après avoir déclaré les questions préjudicielles recevables, la Cour de justice s'est prononcée sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux au sens de l'article 51 de celle-ci. Elle a jugé, sur ce point, que même si l'organisation des jeux de hasard ne relève pas d'un domaine harmonisé, elle relève du champ d'application de l'article 56 du traité FUE, conformément à l'arrêt *Åkerberg Fransson* (C-617/10) selon lequel, dès qu'une situation est régie par le droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux a vocation à s'appliquer.

En ce qui concerne l'examen de fond, la Cour a procédé en deux temps en examinant, en premier lieu, l'entrave à la libre prestation des services, et en second lieu, la violation des dispositions de la Charte. Sur le premier point, il a été jugé qu'il résulte de la jurisprudence en matière de jeux de hasard (v. notamment l'arrêt *Placanica*, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04), qu'une réglementation nationale qui interdit l'exploitation des machines à sous sans une autorisation administrative préalable constitue une restriction à la libre prestation des services, pouvant être justifiée sur le fondement de l'article 52 du traité FUE, ou des raisons impérieuses d'intérêt général, dont la protection des joueurs soulevée par le gouvernement défendeur au principal. La Cour a toutefois considéré qu'il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier si la réglementation autrichienne poursuit cet objectif, dans le respect des principes de proportionnalité et de non-discrimination. En ce qui concerne le second point en revanche, relatif aux restrictions à la liberté professionnelle, la liberté d'entreprendre et au droit de la propriété, la Cour a considéré que ces restrictions peuvent être admises lorsqu'elles sont prévues par la loi, et sous réserve du respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Elle a toutefois estimé que le constat d'une violation non justifiée de l'article 56 du traité FUE a pour effet de rendre non nécessaire l'examen d'une violation des articles 15 à 17 de la Charte. Par conséquent, la restriction à l'article 56 du traité FUE « couvre également les éventuelles restrictions de l'exercice des droits et des libertés aux articles 15 et 17 de la Charte de sorte qu'un examen séparé à ce titre n'est pas nécessaire » (pt 60).

Il est possible de penser que l'arrêt sous examen permet d'anticiper la jurisprudence à venir de la Cour de justice, qui sera probablement caractérisée par une multiplication de cas où, outre une restriction aux libertés de circulation, les requérants feront valoir une restriction à l'un des droits reconnus dans la Charte des droits fondamentaux. Les développements jurisprudentiels futurs permettront de tirer une conclusion quant à la question de savoir si ces deux types de restrictions feront, ou non, l'objet d'un seul et même examen. L'arrêt *Pfleger* semble montrer une tendance en ce sens.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Dispense d'examen d'une restriction des droits reconnus dans la Charte résultant du constat d'une restriction de la libre prestation de services », www.ceje.ch.ch, actualité du 8 mai 2014.*

## ***11. Autorisations de mise sur le marché et importations parallèles de produits phytopharmaceutiques dans l'UE***

Dans l'arrêt *Mac GmbH* du 6 novembre 2014 (aff. C-108/13), la Cour de justice de l'Union européenne précise sa jurisprudence relative au commerce parallèle des produits phytopharmaceutiques dans le respect de la libre circulation des marchandises au sein de l'UE.

En l'espèce, le produit phytopharmaceutique *céron* bénéficiait d'une autorisation de mise sur le marché (ci-après AMM), délivrée en France, conformément à la directive 91/414 du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques. Ce produit a ensuite été autorisé au Royaume-Uni à titre d'importation parallèle sous la dénomination « Agrotech Ethephon » et sur la base d'une AMM délivrée pour ce même produit au Royaume-Uni. En 2007, Mac GmbH introduit en France une demande d'autorisation d'importation parallèle (réimportation parallèle en réalité) de « Agrotech Ethephon » pour être commercialisé sous l'appellation « Mac Ethephon ». Sa demande est rejetée au motif que le produit « Agrotech Ethephon » ne bénéficie pas au Royaume-Uni d'une AMM délivrée conformément à la directive 91/414, comme l'exigerait l'article R. 253-52 du code rural français.

La demanderesse allègue l'incompatibilité de ladite décision avec les dispositions de l'article 34 du traité FUE devant le conseil d'Etat. Ce dernier s'en réfère à la Cour de justice afin de savoir si les articles 34 et 36 du traité FUE devraient être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui exclut la délivrance d'une autorisation d'importation parallèle à un produit phytopharmaceutique qui ne bénéficie pas, dans l'Etat membre d'exportation, d'une AMM délivrée conformément à la directive 91/414, alors que ce produit bénéficie d'une autorisation d'importation parallèle dans cet Etat et est identique à un produit autorisé dans l'Etat membre d'importation sur le fondement de la directive 91/414 ?

Pour répondre à cette question, la Cour relève dans un premier temps l'applicabilité des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises au commerce parallèle des produits phytopharmaceutiques en invoquant sa jurisprudence *Escalier et Bonnarel*, puis *Commission c. France* (aff. C-260/06 et C-261/06 ; C-104/2008). Après avoir rappelé cette solution, la Cour affirme, en se référant à l'arrêt *British Agrochemicals Association* (aff. C-129/1999), que si le principe de base de la directive 91/414 veut en effet que tout produit mis sur le marché d'un Etat membre y soit au préalable autorisé conformément à des règles et procédures communes, et ceci, afin de protéger la santé humaine, animale ou végétale, il n'en demeure pas moins que, lorsqu'une telle opération consiste en une importation parallèle d'un produit bénéficiant déjà d'une AMM dans l'Etat membre d'importation, ce dernier pourrait être considéré comme ayant déjà été autorisé dans l'Etat membre d'importation, de sorte à bénéficier de l'AMM délivrée conformément à la directive 91/414 au produit phytopharmaceutique déjà présent sur le marché de cet Etat. Un tel produit bénéficierait dans ce sens d'une présomption d'innocuité vis-à-vis de l'espèce humaine, animale ou encore végétale. Toutefois, le bénéfice de cette présomption est conditionné par l'obligation de l'Etat membre d'importation d'appliquer une procédure dite *simplifiée* d'autorisation d'importation parallèle visant à vérifier l'*identité* du produit en question avec celui existant déjà sur le marché d'importation et dont il est censé bénéficier de l'AMM. Cette vérification exige que les deux produits aient « [...] à tout le moins, une *origine commune* [...] » au sens de la jurisprudence *Commission c. France* (aff. C-201/06 cité au point 24) et vise aussi bien les produits qui disposent dans l'Etat membre d'exportation d'une AMM au sens de la directive que ceux qui n'y font que l'objet d'une autorisation d'importation parallèle. Exiger une AMM pour l'importation parallèle d'un produit dans de telles circonstances constituerait une restriction injustifiée aux échanges entre Etats membres, prohibée par l'article 34 du traité FUE.

Ensuite, quand bien même elle admet, que la mise en œuvre de ladite procédure nécessite que les autorités de l'Etat membre d'importation disposent de toutes les informations nécessaires à cette fin, la Cour affirme qu'une interdiction absolue d'importation parallèle de produits phytopharmaceutiques ayant fait l'objet d'une importation parallèle dans l'Etat membre d'exportation ne saurait être justifiée dans le cas de réimportation parallèle sur la base d'« [...] une prétendue insuffisance systématique des données qui peuvent être mises à la disposition de l'Etat membre d'importation ou sur la simple possibilité d'une telle insuffisance ». Qui plus est, une telle mesure s'avérerait clairement en contravention avec le principe de proportionnalité

puisqu'elle excédait ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection humaine, animale et végétale prévus à l'article 36 du traité FUE.

Compte tenu de ces éléments, la Cour conclut que les articles 34 et 36 du traité FUE s'opposent à une réglementation nationale qui exclut la délivrance d'une autorisation d'importation parallèle pour un produit phytopharmaceutique qui ne bénéficie pas, dans l'Etat membre d'exportation, d'une AMM délivrée sur le fondement de la directive 91/414, alors que ce produit bénéficie d'une autorisation d'importation parallèle et peut être considéré comme identique à un produit bénéficiant d'une AMM délivrée conformément à cette directive dans l'Etat membre d'importation.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Relwende Louis Martial Zongo, « Autorisations de mise sur le marché et importations parallèles de produits phytopharmaceutiques dans l'UE », [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 11 novembre 2014.*

### **III. Libre circulation des personnes et convention d'application de l'accord Schengen (CAAS)**

#### ***12. Incompatibilité avec la liberté d'établissement des restrictions à l'ouverture de pharmacies en Autriche***

Dans son arrêt du 13 février 2014 dans l'affaire *Sokoll-Seebacher* (C-367/12), la Cour de justice de l'Union européenne a à nouveau du évaluer la compatibilité avec les libertés de circulation d'une législation nationale visant à réguler la répartition géographique de certains commerces. En l'espèce, la demanderesse souhaite ouvrir une pharmacie dans le Land de Haute-Autriche, mais s'est vue refuser l'autorisation nécessaire par le préfet, au motif qu'il n'existait aucun besoin de créer une nouvelle officine dans la commune concernée selon les critères établis dans la loi nationale. Elle conteste cette décision en s'appuyant sur l'article 49 TFUE, ainsi que sur les articles 16 et 47 de la Charte.

La première question posée à la Cour de justice était celle de la recevabilité du renvoi préjudiciel. En effet, le litige en cause au principal oppose une ressortissante autrichienne aux autorités de son État d'origine, aucun élément d'extranéité ne paraît donc justifier l'application des dispositions relatives aux libertés de circulation. La Cour constate le caractère purement interne de l'affaire en cours, mais admet la recevabilité dans la mesure où la réglementation visée pourrait également produire des effets en cas d'exercice d'une liberté de circulation, et où elle n'exclut pas qu'une réponse soit utile dans le cas où le droit national octroierait les mêmes droits que le droit de l'Union européenne équivalent.

Ecartant la question qui portait sur l'article 47 de la Charte au vu des réponses aux autres questions de la juridiction de renvoi, la Cour de justice exclut également l'applicabilité de l'article 16 de la Charte, garantissant la liberté d'entreprise. La portée de cette disposition est en effet à apprécier au regard, notamment, du droit de l'Union : la Cour n'applique donc que l'article 49 TFUE. Il s'agit donc de déterminer si la réglementation nationale, régulant l'établissement des pharmacies sur la base de critères géographiques visant à assurer l'accès de la population aux prestations sanitaires, est compatible avec la liberté garantie par cette disposition.

La Cour de justice rappelle sa jurisprudence constante, selon laquelle un régime d'autorisation préalable pour l'installation de pharmacies est justifiable, s'il est fondé sur la nécessité d'assurer un accès uniforme aux prestations sanitaires sur tout le territoire de l'État membre. Cette jurisprudence ne concerne que les régimes non discriminatoires, fondés sur des critères objectifs et connus à l'avance, de manière à éviter un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales. En l'espèce, les critères prévus par la législation autrichienne paraissent remplir ces critères : sont pris en compte le nombre de prestataires dans la zone concernée, la distance entre chaque officine et le nombre de personnes à approvisionner.

En revanche, selon la Cour, ces dispositions ne paraissent pas de nature à réaliser l'objectif annoncé de manière suffisamment cohérente et systématique. En effet, la loi nationale prévoit l'application de critères uniformes relatifs au nombre de personnes à approvisionner par chaque pharmacie, sans tenir compte, semble-t-il, de la densité de la population dans chaque zone. Si tel était le cas, les populations résidant dans des zones rurales pourraient se voir privées d'un accès suffisant au service pharmaceutique.

Par l'application du critère de cohérence désormais habituel dans la jurisprudence concernant ce type d'entrave, la Cour laisse donc peu de marge de manœuvre à la juridiction de renvoi, dans l'hypothèse où cette dernière devrait apprécier la compatibilité de cet aspect de la législation nationale avec la liberté d'établissement.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «Incompatibilité avec la liberté d'établissement des restrictions à l'ouverture de pharmacies en Autriche», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 19 février 2014.*

### **13. The Court extends third-country nationals' derived right of residence under Articles 21 and 45 TFEU**

On 12 March 2014, the Grand Chamber of the Court of Justice gave two much-anticipated rulings in Cases *O* (C-456/12) and *S*. (C-457/12), both of which concerned the right of residence which third-country nationals may derive from their Dutch relatives in the Netherlands. The existence of such a derived right of residence is well-known in cases where the Union citizen is established in a different Member State from that of which he is a national. However, the case-law concerning the ability to derive any such rights in the Union citizen's State of origin was much less clear. These rulings therefore provide a welcome clarification, moving the Court's case-law towards better protection of bi-national families.

The questions in Case *O*. arose from proceedings in which the Union citizens have previously exercised their right to freedom of movement but currently reside in the Netherlands. Mr O. married his sponsor in Spain for two months, and resided there as a family member of a Union citizen, and sought to obtain a residence permit in the Netherlands when she returned to her Member State of origin. Mr B. lived in Belgium for two years after having been denied residence in the Netherlands, a period during which his sponsor spent every weekend with him, but he was subsequently forced to return to Morocco. After marrying his sponsor, Mr B. returned to the Netherlands and renewed his application for a residence permit.

The Court of Justice confirmed that neither third-country national could rely on Directive 2004/38, since their sponsors are not currently exercising their right to free movement. However, it held that Article 21(1) TFEU may form the basis for a derived right of residence in cases where the Union citizen is returning to her State of origin. Referring to its *Singh* and *Eind* case-law concerning the free movement of workers, the Court extended it to cover cases where the Union citizen merely availed herself of the rights conferred by Article 21(1) TFEU. Indeed, the same type of obstacle to leaving one's Member State of origin would be created if such situations were admissible under EU law.

The conditions for granting a derived right of residence are determined by analogy to Directive 2004/38: a right will therefore only arise where the Union citizen has genuinely resided in another Member State with the third-country national, pursuant to Article 7(1) of the Directive, or, *a fortiori*, where they have been granted a permanent right of residence in the host State pursuant to Article 16 of the Directive. Short-term residence, pursuant to Article 6, is not sufficient to create or strengthen family life and will therefore not confer any derived right when the Union citizen returns to their State of origin. Accordingly, short periods such as weekends or holidays cannot have a cumulative effect creating a derived right of residence. Moreover, only third-country nationals who had the status of a family member during their stay in the host Member State may rely on Article 21(1) TFEU in their sponsor's State of origin.

In the national proceedings which gave rise to Case *S*., the third-country nationals are relying on their spouses's exercise of the rights conferred by Article 45 TFEU. One of the sponsors makes weekly business trips to Belgium, the other is a frontier worker who goes there to work every day: both fall within the scope of the provision. Here too, the Court held that Directive 2004/38 cannot

be relied upon in the Union citizen's Member State of origin. However, it chose to transpose its *Carpenter* case-law to free movement of workers.

The same justification based on the effectiveness of freedom of movement applies: a derived right of residence must therefore be granted where it is necessary to guarantee the citizen's effective exercise of his fundamental freedom. The criteria applicable in order to determine whether such a dissuasive effect exists depend on the circumstances of the case, and may, as in *Carpenter*, depend on the third-country national's role in taking care of the Union citizen's children.

Cases *O.* and *S.* are both major steps in the evolution of the law concerning the derived rights of residence of Union citizens's family members. Although the Court did not follow Advocate General Sharpston's bold proposals concerning the rights of Union citizens returning to their Member State of origin, the extension of the *Singh-Eind* and *Carpenter* precedents to other areas increases the protection granted by EU law to Union citizens and their family members in their own Member States. The ability to rely on the Treaties, rendered all the more necessary by the current context of immigration restrictions, and contributes to the construction of the "fundamental status" announced in *Grzelczyk*.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «The Court extends third-country nationals' derived right of residence under Articles 21 and 45 TFEU», www.ceje.ch, actualité du 18 mars 2014.*

#### ***14. Reconnaissance d'une limitation au principe ne bis in idem dans le cadre de l'application de la Convention d'application de l'accord de Schengen***

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU (ECLI:EU:C:2014:525), la Cour de justice de l'Union européenne examine l'articulation entre les droits conférés à la fois par la Convention d'application de l'accord de Schengen et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et plus spécifiquement leurs dispositions respectives consacrant le principe de *ne bis in idem*, principe selon lequel une personne définitivement condamnée ne peut plus être poursuivie pour les mêmes faits.

Depuis 2010, M. Spasic, est poursuivi par les autorités allemandes pour avoir commis en Italie en 2009 une escroquerie contre un ressortissant allemand en échangeant des vrais billets de banque contre des faux. Les poursuites se basent d'abord sur un mandat d'arrêt national, puis sur un mandat d'arrêt européen. En 2012, une juridiction italienne condamne M. Spasic à une peine d'un an de prison et à une amende pour cette escroquerie. M. Spasic, incarcéré en Autriche, pour une durée de 7 ans et six mois suite à la commission d'actes similaires, est remis aux autorités allemandes fin 2013 en application du mandat d'arrêt européen émis en 2010, visant notamment les faits commis en Italie en 2009. M. Spasic attaque la décision allemande ordonnant son maintien en détention, invoquant le fait qu'il ne peut pas être incarcéré en Allemagne pour des faits commis en Italie et pour lesquels il fait déjà l'objet d'une condamnation définitive et exécutoire en Italie. M. Spasic fait valoir que l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après CAAS) porte atteinte au principe *ne bis in idem* consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce que l'article 54 de la CAAS subordonne l'application du principe *ne bis in idem* à la condition que la condamnation soit déjà exécutée, ou en cours d'exécution, ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'Etat de condamnation. De plus, M. Spasic fait valoir qu'il s'est acquitté de l'amende infligée en Italie, sa condamnation ayant ainsi été exécutée ce qui devrait empêcher son maintien en détention. La juridiction allemande décide de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice afin de savoir si la condition supplémentaire posée par l'article 54 de la CAAS est compatible avec l'article 50 de la Charte et si le seul paiement d'une amende infligée en même temps qu'une peine privative de liberté suffit à considérer que la peine a été exécutée.

Sur la première question, la Cour relève que l'article 54 de la CAAS pose une limitation au principe tel qu'énoncé dans la Charte. Elle rappelle néanmoins qu'une telle limitation est possible à la double condition d'être prévue par la loi et de respecter le contenu essentiel du droit protégé par la Charte. La limitation étant prévue par une convention, elle répond à la première condition. De plus, la Cour relève que la condition supplémentaire de l'article 54 de la CAAS ne remet pas en cause le principe en lui-même, mais vise uniquement à éviter qu'un individu condamné définitivement ne puisse pas être poursuivi par un autre Etat contractant, si l'Etat contractant l'ayant condamné n'a pas fait exécuter la sanction. La Cour vérifie ensuite que la condition posée par l'article 54 de la CAAS revêt bien un caractère proportionnel, ce qui implique à la fois qu'elle réponde à un objectif d'intérêt général et respecte le principe de proportionnalité qui prévoit que la mesure doit être nécessaire à la réalisation de l'objectif, comme en dispose l'article 52, paragraphe 1, de la Charte. Dans la mesure où l'objectif de la disposition en cause est d'éviter que des personnes condamnées puissent bénéficier d'une impunité en se déplaçant d'un Etat à un autre, elle s'inscrit dans les objectifs de prévention et la lutte contre la criminalité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne. Quant au caractère nécessaire du niveau de la limitation, la Cour de justice relève que plusieurs autres décisions ont été adoptées afin d'œuvrer pour le rapprochement des différents systèmes en engageant des consultations entre les différents Etats membres et de permettre aux Etats membres de faire exécuter les peines prononcées dans un autre Etat membre, cette dernière option étant néanmoins conditionnée par l'accord de la personne emprisonnée. La Cour relève que ces décisions ne sont pas de nature à permettre la pleine réalisation de l'objectif et que seule la condition posée par l'article 54 de la CAAS le permet.

Sur la deuxième question, la Cour relève que M. Spasic a été condamné à deux peines principales, la peine privative de liberté et l'amende. La Cour précise que pour que la sanction soit exécutée au sens de l'article 54 de la CAAS, il est nécessaire en présence de deux peines principales, que les deux soient exécutées. Une autre interprétation compromettrait l'application utile de cet article. La Cour relève également qu'il est impossible de considérer que la peine est en cours d'exécution, M. Spasic n'ayant pas commencé l'exécution de sa deuxième peine principale, la peine privative de liberté, avant son maintien en détention en Allemagne.

La Cour admet ainsi que la Convention d'application de l'accord de Schengen puisse apporter une limite au principe *ne bis in idem* tel que défini par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Cette limitation est admise car elle permet de garantir une coopération plus efficace entre les Etats contractants et la réalisation d'un objectif fondamental des traités.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «Reconnaissance d'une limitation au principe ne bis in idem dans le cadre de l'application de la Convention d'application de l'accord de Schengen», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 2 juin 2014.*

### ***15. Citoyens de l'Union européenne non actifs, droit de séjour et exclusion du bénéfice de l'aide sociale***

Il est de jurisprudence constante que le statut de citoyen de l'Union européenne, en tant que statut fondamental des ressortissants des Etats membres de l'Union (Grzelczyk, aff. C-184/99), suppose que l'exercice de la libre circulation et le bénéfice du droit de séjour des citoyens dans un Etat membre d'accueil, soient garantis de sorte à accorder le même traitement juridique aux ressortissants nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres qui résident sur le territoire de ce dernier. Cependant, l'arrêt *Dano* (aff. C-333/13), rendu en grande chambre le 11 novembre 2014, montre que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, au sens des dispositions du droit de l'Union européenne relatives à la citoyenneté de l'Union, n'a pas une portée absolue.

Mme Dano et son fils, tous deux de nationalité roumaine, résident en Allemagne et sont titulaires d'une attestation de séjour à durée illimitée. Bien qu'elle soit apte à travailler, Mme Dano ni exerce, ni cherche à exercer une activité lucrative en Allemagne. Elle a présenté deux demandes visant l'octroi de prestations dites spéciales à caractère non-contributifs, lesquelles ont été rejetées par les autorités allemandes. Elle a introduit un recours en annulation de la deuxième décision de rejet, en faisant valoir, entre autres, une violation des articles 18 et 45 du traité FUE. En éprouvant des doutes quant à la compatibilité de la législation allemande relative aux prestations sociales avec le règlement n° 883/2004, et avec le principe de non-discrimination au sens des articles 18 et 20 du traité FUE, ainsi que de la directive 2004/38, la juridiction de renvoi a posé quatre questions préjudicielles à la Cour de justice qui portent, en substance, sur deux aspects. Premièrement, il s'agit de savoir si les prestations spéciales à caractère non-contributif tombent dans le champ d'application du règlement n° 883/2004. Deuxièmement, il s'agit de déterminer si un citoyen de l'Union, se trouvant dans une situation telle que celle de la requérante dans l'affaire au principal, peut faire valoir l'application du principe de non-discrimination en vue de bénéficier desdites prestations dans un Etat membre d'accueil.

Sur le premier point, la Cour de justice a jugé que les prestations spéciales à caractère non-contributif tombent, en effet, dans le champ d'application du règlement n° 883/2004. Sur le second point en revanche, la Cour a examiné l'application du principe de non-discrimination en lien avec les conditions relatives à l'octroi d'un droit de séjour à un citoyen de l'Union qui réside sur le territoire d'un Etat membre d'accueil. Cet examen a été poursuivi en tenant compte de deux critères, à savoir, les conditions d'octroi d'un droit de séjour d'une part, et la qualité de personne économiquement active ou inactive de l'intéressé d'autre part.

En ce qui concerne le critère tenant aux conditions d'octroi d'un droit de séjour à un citoyen de l'Union qui réside sur le territoire d'un Etat membre d'accueil, la Cour de justice s'est référée aux articles 6 et 14 de la directive 2004/38, relatifs au séjour d'une durée inférieure et supérieure à trois mois, ainsi qu'à l'article 16 de ladite directive, relatif au droit de séjour permanent. Le rappel de ces dispositions a permis à la Cour de mettre en avant le fait que le bénéfice d'un droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre d'accueil est conditionné, notamment, par le fait que les citoyens de l'Union européenne disposent de ressources suffisantes pouvant financer leur séjour, ainsi que celui des membres de leurs familles. C'est sur ce point que la Cour de justice a examiné le second critère, relatif à la qualité de personne économiquement active ou inactive de l'intéressé. Elle a ainsi considéré qu'au sens de la directive 2004/38, lorsque les citoyens de l'Union n'exercent aucune activité lucrative dans un Etat membre d'accueil, ils doivent, néanmoins, disposer de ressources financières suffisantes, afin de ne pas devenir une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale dudit Etat. A défaut de pouvoir justifier de telles ressources, il ne saurait être admis qu'un citoyen de l'Union puisse invoquer le principe de non-discrimination en vue de bénéficier de prestations sociales dans un Etat membre d'accueil, lorsque ces prestations sont le seul moyen de financement de son séjour. La Cour de justice a, dès lors, jugé que la directive 2004/38, ainsi que le règlement n° 883/2004, ne s'opposent pas à une législation nationale comme celle dans l'affaire au principal, dans la mesure où un citoyen de l'Union européenne ne peut pas faire valoir le bénéfice d'un droit de séjour, dans un Etat membre d'accueil, sur le fondement de la directive 2004/38. En outre, compte tenu du fait que dans ce cas, le droit de séjour est fondé sur les droits nationaux des Etats membres, le principe de non-discrimination tel que reconnu dans la Charte des droits fondamentaux ne saurait être invoqué, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une situation de mise en œuvre du droit de l'Union européenne, au sens de l'article 51 de ladite Charte.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «Citoyens de l'Union européenne non actifs, droit de séjour et exclusion du bénéfice de l'aide sociale», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 13 novembre 2014.*

## IV. Libre circulation des capitaux

### *16. Les PTOM ne sont pas des Etats tiers au sens de l'article 63 du traité FUE*

L'article 63 du traité FUE, relatif aux mouvements de capitaux et de paiements, présente la particularité d'interdire, à son paragraphe 1, les restrictions à la circulation des capitaux « *entre les Etats membres et les pays tiers* ». L'on sait que, depuis l'arrêt *Sanz de Lerra* (aff. jtes C-163/94, C-165/94 et C-250/94), la Cour de justice considère que le marché des capitaux dans l'Union étant désormais libéralisé, le régime général régissant le mouvement des capitaux s'applique indistinctement aux capitaux et paiements en provenance des Etats membres de l'Union et à ceux en provenance d'Etats tiers. Dans l'arrêt *X BV* du 5 juin 2014 (aff. jtes C-24/12 et C-27/12), il s'agissait de savoir si les pays et territoires d'outre-mer (ci-après PTOM) pouvaient être qualifiés d'Etats tiers au sens de l'article 63 du traité FUE, malgré l'existence du régime spécial les concernant dans la quatrième partie du traité FUE (art. 198 ss).

En vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales dans les Antilles néerlandaises, les autorités ont mis en place un régime d'imposition des dividendes versés par des filiales établies aux Pays-Bas et leurs sociétés-mères établies dans les Antilles néerlandaises. En vertu de ce régime, les dividendes versés par les filiales sont imposés à la source à un taux entre 5 et 7,5 %, alors que les sociétés-mères sont imposés à un taux entre 2,4 et 5,5%. Ces dernières ont toutefois la possibilité de bénéficier d'une déduction individuelle accordée par l'administration fiscale, pour certains bénéfices perçus dans le cadre des versements de dividendes.

Dans l'affaire au principal, deux filiales établies aux Pays-Bas ont versé des dividendes à leurs sociétés-mères établies dans les Antilles néerlandaises. Ayant été assujetties à une imposition à la source, ces entreprises ont présenté des demandes de réclamation des sommes payées. Les demandes ont été rejetées par les juges de fond et d'appel. Les sociétés ont alors formé un pourvoi en cassation, en faisant valoir une violation de la libre circulation des capitaux. La Cour de cassation néerlandaise a observé qu'au sens de l'arrêt *Prunus et Polonium* (aff. C-384/09), à défaut d'une disposition spécifique dans les traités régissant les mouvements de capitaux entre l'Union européenne et les PTOM, ces derniers peuvent être considérés comme des Etats tiers au sens de l'article 63 du traité FUE et se voir appliquer le *régime général* de la libre circulation des capitaux. Ladite juridiction s'est toutefois interrogée sur la pertinence de l'arrêt *Prunus et Polonium* dans l'affaire au principal, qui portait sur un mouvement de capitaux entre un Etat membre et son propre PTOM conduisant à penser, comme soutenu par le gouvernement néerlandais, qu'il s'agissait d'une situation purement interne. La Cour de cassation a alors posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne relatives, premièrement, à la qualification des Antilles néerlandaises d'Etats tiers aux fins de l'application de l'article 63 du traité FUE et deuxièmement, à la compatibilité du système néerlandais avec ledit article.

Dans sa réponse à la première question préjudicielle, la Cour de justice a d'abord précisé que les PTOM font l'objet d'un régime spécial d'association, défini dans la quatrième partie du traité FUE. S'agissant d'une *lex specialis*, ce régime implique que les PTOM ne sauraient, en principe, se voir appliquer les régimes généraux du droit de l'Union européenne. Le Conseil a d'ailleurs adopté une 'décision PTOM' sur le fondement de l'article 171 du traité FUE, dans laquelle sont indiquées les restrictions interdites aux mouvements de capitaux entre l'Union et les PTOM qui comprennent, entre autres, les versements de dividendes. Cependant, compte tenu du fait que la réglementation néerlandaise dans l'affaire au principal a été adoptée afin de prévenir les flux excessifs de capitaux vers les Antilles néerlandaises en vue de lutter contre l'attrait des PTOM en tant que paradis fiscaux, la Cour a considéré qu'une telle réglementation relève de la *clause d'exception fiscale* de la décision PTOM du Conseil. Elle a ainsi jugé que le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à une mesure nationale, comme celle dans l'affaire au principal, qui

restreint le mouvement des capitaux en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, à condition de satisfaire aux exigences de nécessité et de proportionnalité.

Compte tenu de la réponse à la première question préjudicielle, la Cour de justice a considéré qu'il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question préjudicielle portant sur l'existence d'une entrave au mouvement des capitaux au sens de l'article 63 du traité FUE.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «Les PTOM ne sont pas des Etats tiers au sens de l'article 63 du traité FUE », www.ceje.ch, actualité du 13 juin 2014.*

### **17. Résidents et non résidents en matière de traitement fiscal**

Dans l'arrêt *Arens-Sikken* du 11 septembre 2008 (aff. C-43/07), la Cour de justice de l'UE a établi que, pour qu'une réglementation fiscale nationale qui, aux fins du calcul des droits de succession ou de donation, opère une distinction entre les résidents et les non résidents ou entre les biens situés sur le territoire national et ceux situés hors dudit territoire soit considérée comme compatible avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux, il est nécessaire que la différence de traitement concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou qu'elle soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Dans l'arrêt *Commission c. Espagne* du 3 septembre 2014 (aff. C-127/12), la Cour confirme cette jurisprudence relative à l'interprétation stricte des dispositions de l'article 65, paragraphe 1, du traité FUE portant sur la possibilité pour les Etats membres d'établir une distinction en matière fiscale entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur lieu de résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis.

Dans sa requête, la Commission européenne demande à la Cour de justice de constater que l'Espagne a manqué à ses obligations en vertu des articles 21 et 63 du traité FUE ainsi que des articles 28 et 40 de l'accord sur l'espace économique européen (ci-après accord EEE), dans la mesure où les articles 32 et 48 de sa loi nationale 22/2009, du 18 décembre 2009, violeraient les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes et des capitaux.

La loi espagnole 22/2009 organise la cession, aux communautés autonomes d'Espagne, du produit des droits de succession et des taxes sur les donations générés sur leur territoire. L'article 32 de ladite loi fixe les critères de rattachement qui déterminent la cession desdits droits et taxes tandis que l'article 48 confère aux communautés autonomes une compétence réglementaire pour appliquer des abattements fiscaux supplémentaires en cas de rattachement à leur territoire. Dans son examen de la législation litigieuse, la Cour commence par rejeter l'allégation de la violation des articles 21 du traité FUE et 28 de l'accord EEE pour absence de lien entre ces dispositions et la législation en cause. Concernant l'allégation de la violation des articles 63 du traité FUE et 40 de l'accord EEE, relatifs à la libre circulation des capitaux, elle se réfère à son arrêt *Mattner* (aff. C-510/08) en matière de traitement fiscal sur les donations et à l'arrêt *Welte* (aff. C-181/12) en matière de successions. Elle considère qu'en prévoyant explicitement la possibilité pour les communautés autonomes d'opérer des abattements fiscaux, lesquels ne s'appliquent qu'en cas de rattachement aux territoires de ces communautés, les articles 32 et 48 de la loi 22/2009 privent les ayants droit, les donataires, et les *de cujus* ne résidant pas sur le territoire espagnol ainsi que les bénéficiaires d'une succession ou d'une donation portant sur un bien immeuble ne se trouvant pas sur le territoire espagnol, de tels abattements fiscaux de telle sorte que la valeur de la succession ou de la donation pour ces derniers s'en trouve diminuée (points 59 et 60).

La Cour précise en outre, que la seule possibilité qu'offre la législation étatique de traiter différemment les assujettis en fonction de leur résidence, alors qu'ils se trouvent dans une situation comparable, peut suffire à caractériser une restriction à la libre circulation des capitaux, indépendamment du point de savoir si l'ensemble des communautés autonomes a usé ou non de la faculté prévue par la législation étatique en cause (point 66).

Se déterminant sur la possibilité, prévue à l'article 65, paragraphe 1 du traité FUE, pour les Etats membres d'établir une distinction en matière fiscale entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur lieu de résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis, la Cour rappelle ses arrêts *Arens-Sikken* (aff. C-43/07) et *Schumacker* (aff. C-279/93) avant d'en inférer que, dans la mesure où la loi nationale espagnole considère les ayants cause et les donataires tant résidents que non résidents comme assujettis aux fins de la perception de droits de succession ou de mutations sur les biens immeubles situés sur le territoire espagnol, il n'existe aucune différence de situation objective de nature à fonder une différence de traitement entre ces derniers.

De ce qui précède, la Cour conclut à un manquement aux obligations qui incombent à l'Espagne en vertu de l'article 63 du traité FUE, et partant, en vertu de l'article 40 de l'accord EEE, étant donné l'égalité de la portée juridique de ces deux dispositions identiques en substance (point 80).

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Relwende Louis Martial Zongo, «Résidents et non résidents en matière de traitement fiscal», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 8 septembre 2014.*

## V. Fiscalité et droit des sociétés

### *18. La législation britannique sur la fiscalité des groupes de sociétés et de consortiums jugée contraire aux articles 49 et 54 du traité FUE*

Une abondante jurisprudence de la Cour de justice rendue notamment en matière de liberté d'établissement, traite de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne des différences de traitement fiscal de sociétés, ou de groupes de sociétés. Dans la lignée de cette jurisprudence, l'arrêt *Felixstowe Dock* (C-80/12), rendu en grande chambre le 1<sup>er</sup> avril 2014 porte, en substance, sur les conditions, arrêtées en droit britannique, relatives à l'octroi d'un avantage fiscal aux groupes de sociétés et aux consortiums.

Hutchinson Whampoa Ltd, une société établie à Hong Kong, détient des filiales établies au Royaume-Uni, formant ainsi un groupe de sociétés au sens de la législation fiscale britannique. Hutchinson 3G UK Ltd est une société établie au Royaume-Uni, détenue indirectement par un consortium et constituant, dès lors, une société de consortium au sens du droit britannique. Hutchison 3G UK Investment Sàrl, établie au Luxembourg, est une société dite de liaison chargée de relier le groupe et le consortium. Hutchinson 3G UK a été chargée de l'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile. A cette fin, elle a procédé à de lourds investissements qui ont engendré d'importantes pertes. En vertu du droit britannique, ces pertes pouvaient être imputées sur les bénéficiaires fiscaux des autres membres du groupe ou du consortium. Toutefois, le bénéfice de ce régime a été soumis à la condition que la société de liaison ait une résidence fiscale au Royaume-Uni ou y exerce une activité commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable. Le juge de renvoi, saisi de l'affaire, a introduit une demande de décision préjudicielle en interprétation devant la Cour de justice demandant, en substance, si les articles 49 et 54 du traité FUE s'opposent à ce que la législation d'un Etat membre de l'Union fixe une condition de résidence fiscale des sociétés de liaison afin d'accorder le bénéfice d'un avantage fiscal.

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'un dégrèvement des pertes, tel que celui dans l'affaire au principal, constitue un avantage fiscal puisqu'il confère à un groupe de sociétés un avantage de trésorerie. Le fait que le bénéfice de cet avantage est, en application du droit britannique, soumis à une condition de résidence, a pour effet d'introduire une différence de traitement entre les sociétés reliées par une société de liaison établie au Royaume-Uni et celles reliées par une société de liaison établie sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne. La conséquence en est qu'une telle différence de traitement rend fiscalement moins attrayant l'établissement d'une société de liaison dans un Etat membre autre que le Royaume-Uni. En se référant à l'arrêt *Philips Electronics*, dans lequel il a été admis qu'une société peut invoquer une restriction à la liberté d'établissement d'une autre société qui lui est liée dans la mesure où une telle restriction affecte sa propre imposition, la Cour de justice a considéré que les sociétés dans l'affaire au principal, dans la mesure où elles forment un groupe et un consortium, doivent avoir la possibilité de se prévaloir du bénéfice fiscal prévu dans le droit britannique. Elle a en outre souligné, comme l'avocat général N. Jääskinen aux pts 56 ss de ses conclusions, que l'application des articles 49 et 54 du traité FUE n'est pas remise en cause par le fait que la société-mère du groupe Hutchinson est établie dans un pays tiers. En effet, bien que les libertés reconnues auxdits articles ne s'étendent pas aux entreprises établies en dehors de l'Union européenne, la Cour a observé que dans l'affaire au principal, la société cédant des pertes a son siège social sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, justifiant ainsi l'application des dispositions des traités.

En ce qui concerne les justifications à ladite restriction, la Cour a examiné le pouvoir d'imposition des Etats membres, d'une part, et la lutte contre l'évasion fiscale, d'autre part.

Sur la première justification, reconnue comme légitime notamment dans l'arrêt *National Grid Indus*, la Cour a considéré que dans l'affaire au principal, le pouvoir d'imposition du Royaume-Uni n'est point affecté par la possibilité d'étendre le bénéfice de dégrèvement des pertes à des sociétés de liaison établies sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union européenne. Quant à la deuxième justification, la Cour a estimé que, conformément à la jurisprudence *Cudbury Schweppes*, la finalité de la législation britannique n'est nullement de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages artificiels, en vue d'éluider l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire d'un Etat membre de l'Union. La restriction à la liberté d'établissement, ainsi qu'à la libre prestation des services ne pouvait donc pas être justifiée.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «La législation britannique sur la fiscalité des groupes de sociétés et de consortiums jugée contraire aux articles 49 et 54 du traité FUE», www.ceje.ch, actualité du 3 avril 2014.*

### **19. Détachement des travailleurs et imposition à la source**

Dans son arrêt du 19 juin 2014 (aff. jtes C-53/13 et C-80/13), la Cour de justice de l'Union européenne a examiné la compatibilité de l'obligation imposée par la législation d'un Etat membre à une entreprise siégeant sur le territoire de cet Etat membre de payer une retenue à la source sur les salaires des employés mis à sa disposition par une agence de travail intérimaire établie dans un autre Etat membre, alors que cette obligation pèse sur la succursale de cette agence établie dans le premier Etat membre.

Deux sociétés tchèques ayant recouru aux services d'agences de travail intérimaires slovaques ont contesté devant les juridictions nationales le montant qu'elles auraient, en vertu du droit tchèque, dû retenir à la source sur les travailleurs employés par lesdites agences ayant en Tchéquie une succursale inscrite au registre du commerce de cet Etat membre. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les renvois préjudiciels des juridictions nationales respectives, tenant à l'interprétation des articles 18, 45, 49 et 56 du traité FUE.

La Cour de justice rappelle, d'abord, que s'il est vrai que la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de l'Union européenne, il n'en reste pas moins que les Etats membres doivent exercer leurs compétences dans le respect du droit de l'Union. Examinant la question de savoir quelle est la liberté fondamentale applicable en l'espèce, la Cour constate qu'une mesure nationale concernant des modalités de perception de l'impôt sur le revenu, qui s'imposent aux entreprises d'un Etat membre auprès desquelles des travailleurs ont été détachés dans le cadre d'une relation contractuelle avec des agences établies dans un autre Etat membre et opérant dans le premier Etat membre par le biais d'une succursale, relève de la libre circulation des services inscrite à l'article 56 du traité FUE. En outre, la Cour de justice souligne qu'une telle mesure est susceptible d'affecter la liberté d'établissement et la circulation des travailleurs. Cependant, un examen autonome de ladite législation ne se justifie pas au regard des dispositions afférentes à ces deux dernières libertés, dans la mesure où les effets restrictifs éventuels sur ces deux libertés ne seraient que la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la libre prestation des services. De surcroît, la Cour écarte l'application de l'article 18 du traité FUE, compte tenu du fait que cet article n'a vocation à s'appliquer de manière autonome que dans des situations pour lesquelles le traité FUE ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination.

S'agissant de la compatibilité de la réglementation litigieuse avec la libre prestation des services, la Cour de justice considère que l'obligation de procéder à la retenue d'un acompte sur l'impôt sur le revenu des travailleurs mis à disposition par les agences de travail intérimaire non établies en Tchéquie et au versement de cet acompte à cet Etat membre implique une charge administrative

supplémentaire pour les entreprises respectives en tant que destinataires desdits services, qui n'est pas exigée pour les destinataires des mêmes services fournis par un prestataire résident. Par conséquent, la différence de traitement fiscal établie par la réglementation tchèque affecte le droit des destinataires des services de choisir librement des services transfrontaliers et comporte une restriction à la libre prestation des services.

En ce qui concerne la possibilité de justifier une telle restriction, la Cour de justice rejette les deux arguments invoqués par le gouvernement tchèque. D'une part, elle estime que la réglementation en cause au principal ne saurait être justifiée au regard de la *nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt sur le revenu*. Selon sa jurisprudence en la matière, une telle mesure ne saurait être considérée comme un moyen légitime et approprié pour assurer le traitement fiscal des revenus d'une personne établie en dehors de l'Etat que lorsque les prestataires de services fournissent des « *services occasionnels* » dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils étaient établis et n'y restaient que peu de temps. En l'occurrence, cette condition n'est pas remplie, compte tenu du fait que les agences de travail intérimaires concernées fournissent leurs services en Tchéquie par l'intermédiaire d'une succursale inscrite au registre du commerce, qui assure une présence physique du prestataire de services sur le territoire de cet Etat membre. Par ailleurs, la Cour de justice écarte l'argument du gouvernement tchèque lié à la *nécessité de prévenir la fraude et l'évasion fiscale*, en rappelant qu'une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale fondée sur la circonstance qu'un prestataire de services est établi dans un autre Etat membre ne saurait suffire à justifier une mesure fiscale qui porte atteinte aux objectifs du traité. Dans cet ordre d'idée, elle souligne que les opérations administratives effectuées par l'une des succursales des agences de travail intérimaires précitées, afin d'opérer et de verser la retenue en cause au principal, permettent de douter du bien-fondé d'une telle présomption générale. Eu égard à ces observations, la Cour de justice conclut à l'incompatibilité du traitement fiscal prévu par la réglementation tchèque en matière de location internationale de main-d'œuvre avec l'article 56 du traité FUE.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «Détachement des travailleurs et imposition à la source», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 20 juin 2014.*

## VI. Propriété intellectuelle et concurrence

### *20. La directive 2001/29 et la fourniture, par un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres librement accessibles sur d'autres sites Internet*

La jurisprudence de la Cour de justice relative à la protection du droit d'auteur s'est enrichie d'un arrêt rendu le 13 février 2014, portant sur la question de savoir si l'insertion sur un site Internet d'hyperliens renvoyant à des œuvres protégées, qui se trouvent en libre accès sur d'autres sites Internet est susceptible d'affecter le droit d'auteur de leurs titulaires au regard de la l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

Le litige au principal a pour origine la demande d'indemnisation introduite par quatre journalistes pour la compensation du préjudice qu'ils estiment avoir subi du fait de la fourniture sur le site Internet géré par *Retriever Sverige* des listes de liens Internet renvoyant à des articles de presse sur lesquels ils étaient titulaires du droit d'auteur et qui étaient notamment publiés sur le site Internet du *Göteborgs-Posten*.

La Cour d'appel de Svea (Suède) a posé à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles afin de savoir si *Retriever Sverige* a porté atteinte au droit exclusif des requérants de mettre leurs œuvres respectives à la disposition du public, compte tenu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Elle souhaitait en outre savoir si les Etats membres de l'Union sont autorisés à conférer aux titulaires d'un droit d'auteur un régime de protection plus ample allant au-delà d'opérations visées à ladite disposition.

Selon la Cour de justice, la notion de « *communication au public* », visée à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « *acte de communication* » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « *public* ».

S'agissant du premier de ces éléments, à savoir l'existence d'un « *acte de communication* », elle estime que le fait de fournir, sur un site Internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, doit, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, être qualifié de « *mise à disposition* » et, par conséquent, d'« *acte de communication* », au sens de la disposition précitée.

Quant à l'examen du second élément, à savoir que l'œuvre protégée doit être effectivement communiquée au « *public* », la Cour de justice considère que la notion de « *public* » contenue à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important. Dans la mesure où un acte de communication, tel que celui effectué par *Retriever Sverige* au moyen de liens cliquables, vise l'ensemble des utilisateurs potentiels de son site, soit un nombre indéterminé et assez important de destinataires, il doit être considéré que ledit gérant effectue une communication au public, au sens l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

Il reste toutefois à vérifier si la communication est, en l'espèce, adressée à un public *nouveau*, c'est-à-dire, comme la Cour de justice le souligne, à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public (arrêt *SGAE* du 7 décembre 2006, aff.C-306/05, ordonnance *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon* du 18 mars 2010, aff. C-136/09). Compte tenu du fait que les œuvres proposées sur le site du *Göteborgs-Posten* étaient en accès libre, les utilisateurs du site de *Retriever Sverige* devaient, selon la Cour de justice, être considérés comme faisant partie du public déjà pris en compte par les journalistes lors de l'autorisation de la publication des articles sur le *Göteborgs-Posten*. Il en ressort que la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable par *Retriever Sverige* ne conduit pas, dans le cas

d'espèce, à la communication des œuvres en question à un public *nouveau* et que ce gérant n'a pas porté atteinte au droit d'auteur des requérants.

Enfin, la Cour de justice relève qu'eu égard à l'objectif poursuivi par la directive 2001/29 de remédier aux disparités législatives et à l'insécurité juridique qui entourent la protection des droits d'auteur, dans l'Union européenne, ses Etats membres ne sauraient protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur, en prévoyant que la notion de communication au public comprend également des opérations autres que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive. De surcroît, elle écarte la possibilité d'application de l'article 20 de la convention de Berne, en vertu duquel les Etats signataires peuvent prendre entre eux des « *arrangements particuliers* » afin de conférer aux titulaires d'un droit d'auteur, des droits plus étendus que ceux prévus par cette convention. Cette considération est justifiée à la lumière de l'arrêt *Luksan* de la Cour de justice, selon lequel, lorsqu'une convention permet à un Etat membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit de l'Union, sans toutefois l'y obliger, l'Etat membre en question doit s'abstenir d'adopter une telle mesure.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «La directive 2001/29 et la fourniture, par un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres librement accessibles sur d'autres sites Internet», www.ceje.ch, actualité du 24 février 2014.*

### **21. Imputabilité à l'Etat des garanties accordées par une entreprise publique à une banque aux fins de l'octroi de crédits**

Dans son arrêt du 17 septembre 2014, C-242/13 - *Commerz Nederland*, la Cour de justice de l'Union européenne a statué sur une question portant sur l'imputabilité à l'Etat néerlandais d'une garantie accordée par une entreprise détenue par la municipalité de Rotterdam à une autre entreprise afin que celle-ci obtienne un crédit.

En l'espèce, cette garantie a été accordée en violation des statuts internes de l'entreprise par l'administrateur public. De plus, cet administrateur a gardé secret à l'entité publique l'octroi de la garantie ce qui pousse la juridiction de renvoi à questionner la Cour de justice sur l'imputabilité de l'octroi de la garantie à l'entité publique détenant l'entreprise.

La Cour examine ensemble les questions qui traitent du problème de l'imputabilité. Elle commence par rappeler le préalable nécessaire, soit l'engagement de ressources d'Etat, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. L'engagement de telles ressources existe dès lors que ces garanties comportent un risque économique suffisamment concret susceptible d'entraîner des charges pour l'entité publique. Tel était le cas en l'espèce car le risque existait pour l'entreprise octroyant la garantie, et cette dernière était entièrement détenue, à la date des faits, par la commune de Rotterdam.

Une fois la question de l'engagement des ressources d'Etat résolue, la Cour applique sa jurisprudence établie dans son arrêt du 16 mai 2002, C-482/99 - *France / Commission*. Elle rappelle notamment que l'imputabilité ne saurait être déduite du seul fait que l'entreprise est détenue par une entité publique. L'exercice concret d'une influence déterminante par l'Etat sur les opérations ne peut être automatiquement présumé pour un cas concret. La Cour exige en effet la vérification de l'implication de l'autorité publique, d'une manière ou d'une autre dans l'adoption de la mesure en cause. Cette implication peut être déduite d'un ensemble d'indices et d'une analyse du contexte général de l'adoption de la mesure en cause. Pour l'application de ces principes au cas d'espèce, la Cour de justice laisse à la juridiction de renvoi le soin de vérifier l'implication de la commune de Rotterdam dans l'adoption de la mesure en cause.

La Cour de justice apporte néanmoins quelques éléments de réponse. Elle pose une présomption réfragable d'imputabilité à l'Etat et met avant les faits qui permettent de se prononcer en faveur de

l'imputabilité à l'entité publique du fait des liens organiques établis entre la ville et l'entreprise notamment en raison de la détention à 100% de l'entreprise par la ville de Rotterdam. La Cour explique que le seul fait que l'administrateur a agi en violation des statuts de l'entreprise n'est pas de nature à prouver l'absence d'implication de l'entité publique. En effet, un tel raisonnement affaiblirait considérablement l'effectivité des règles en matière d'aides d'Etat, car l'irresponsabilité de l'Etat pourrait être facilement organisée par une méconnaissance fortuite des règles.

La Cour relève néanmoins que l'administrateur de la société a agi dans le plus grand secret, ce qui va à l'encontre d'une quelconque implication de l'entité publique dans la décision et constitue un élément susceptible de renverser la présomption d'imputabilité de l'octroi de la garantie à l'Etat.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «Imputabilité à l'Etat des garanties accordées par une entreprise publique à une banque aux fins de l'octroi de crédits», www.ceje.ch, actualité du 23 septembre 2014.*

## **22. Proposition de rejet des recours formés contre la création d'une protection unitaire du brevet**

L'Avocat général Bot a rendu des conclusions attendues dans les affaires C-146/13 Espagne / Parlement et Conseil et C-147/13 Espagne/Conseil. Par ses recours, l'Espagne demande l'annulation du règlement mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet.

Depuis 1977, la Convention sur le brevet européen prévoit qu'un brevet européen a les mêmes effets et est soumis au même régime qu'un brevet national dans chacun des Etats contractants. Cette convention de droit international regroupe plus de parties que l'Union européenne, comptant notamment parmi elles la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège ou la Turquie. En 2011, une coopération renforcée a été adoptée afin d'harmoniser les effets du brevet européen au sein de l'Union européenne. Cette coopération renforcée est mise en œuvre par le règlement attaqué.

L'Espagne invoque 7 moyens au soutien de ses recours en annulation, tirés de l'atteinte aux valeurs de l'Union européenne, du défaut de base juridique, d'un détournement de pouvoir, d'une violation des principes de délégation de compétences entre l'Union et ses Etats membres et d'une violation des principes d'autonomie et d'uniformité du droit de l'Union.

Le Conseil et le Parlement estiment que toutes les dispositions qu'ils ont adoptées sont conformes au droit de l'Union.

Sur le premier moyen tiré d'une violation des valeurs de l'Etat de droit en raison de l'incompatibilité entre le règlement attaqué et la Convention sur le brevet européen, l'Avocat général rappelle tout d'abord que le règlement attaqué a pour seul but d'encadrer la reconnaissance de l'effet unitaire d'un brevet européen délivré conformément à la Convention sur le brevet européen. La protection du règlement, qui n'est effective que lorsque le brevet a été délivré et vise à harmoniser les modalités de la protection accordée dans les différents Etats membres. L'annulation du règlement attaqué n'aurait aucun effet sur la délivrance des brevets européens rendant ainsi l'argument tiré de l'incompatibilité avec la Convention sur le brevet européen inopérant.

Sur le moyen tiré d'un défaut de base juridique, l'Espagne soutient que le règlement est une « norme de droit sans aucun contenu » dont le seul but est de transférer des compétences de l'Union à une organisation internationale. L'Avocat général estime que ce moyen est non fondé. Le règlement renvoie à la loi nationale applicable dans chaque cas et prévoit que cette législation s'appliquera à l'ensemble du territoire des Etats membres. La mise en œuvre de cette protection est sans rapport avec la décision d'octroyer le brevet, qui est toujours régie par la convention

précitée. Cet argument décrit par l'Avocat général de la « coquille vide » conduit ce dernier à proposer le rejet du troisième moyen tiré d'un détournement de pouvoir.

Sur les quatrième et cinquième moyens, relatif aux compétences d'exécution et déléguations de compétences l'Avocat général propose également leur rejet car non fondés. En effet, les institutions restent libres de déléguer certaines compétences aux Etats membres.

Les deux derniers moyens se réfèrent au lien entre le règlement attaqué et l'accord sur la Juridiction unifiée du brevet de 2013. L'Espagne soutient que les Etats membres ne pourraient adhérer à cet accord sans violer leurs obligations au titre du droit de l'Union et que c'est l'Union elle-même qui aurait dû ratifier cet accord. En effet depuis l'adoption du règlement Bruxelles I, l'Union aurait une compétence exclusive en la matière. L'Avocat général invoque ici l'incompétence de la Cour de justice de l'Union européenne d'examiner la compatibilité entre le règlement et cet accord, du moins dans le cadre du recours en annulation. De plus, l'Espagne soutient qu'il revient aux Etats membres de décider de l'entrée en vigueur du règlement en adhérant audit accord. L'Avocat général répond qu'au titre du devoir de coopération loyale, les Etats membres sont tenus d'adhérer à cet accord, ce qui l'amène à conclure que ce dernier moyen est également non fondé.

Au vu des arguments présentés par l'Espagne, on peut penser que la Cour suivra les conclusions de l'Avocat général dans cette affaire.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, « Proposition de rejet des recours formés contre de la création d'une protection unitaire du brevet », [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 3 décembre 2014.*

## VII. Energie, environnement et protection des consommateurs

### *23. Obligation d'information du public en matière d'environnement*

Les principes consacrés par la Convention d'Aarhus ont, à nouveau, fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt rendu le 19 décembre 2013, dans l'affaire C-279/12. Fish Legal, qui est une fédération anglaise des pêcheurs, et Madame Shirley, ont toutes deux demandé par écrit à différentes compagnies des eaux britanniques, des informations au sujet de déversements, d'opérations de dépollution et de trop-pleins de secours, pour l'une, et des informations au sujet de la capacité d'assainissement pour un projet d'aménagement dans le village qu'elle habite, pour l'autre. Ces demandes ayant été faites en vain, Fish legal et Madame Shirley ont saisi les juridictions nationales compétentes. Au cours du litige, les compagnies des eaux ont finalement fait droit à leurs demandes d'informations. Néanmoins, la dernière juridiction saisie a considéré que la question posée, en droit, par les litiges au principal, à savoir si ces compagnies étaient tenues de communiquer lesdites informations, n'avait pour autant pas été tranchée. Or, une réponse à cette question apparaissait nécessaire afin de pouvoir déterminer si les compagnies des eaux concernées ont manqué à leur obligation de fournir ces informations conformément à la législation nationale et, en particulier, dans les délais prescrits. La question serait en outre pertinente pour d'autres affaires concernant des compagnies des eaux qui sont en suspens en première instance ainsi que pour des affaires relatives à des secteurs d'activité autres que celui de l'eau. Dès lors, la Cour de justice devait répondre à la question de savoir si les compagnies des eaux entraient dans le champ d'application de la Convention d'Aarhus et donc de la directive n°2003/4 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. Ainsi, dans un premier temps, il s'agissait de savoir si ces compagnies pouvaient être qualifiées de personnes morales qui exercent, en vertu du droit interne, des «fonctions administratives publiques», au sens de l'article 2, point 2, sous b), de la directive n°2003/4. Dans un deuxième temps, la question était de savoir si elles devraient être qualifiées d'«autorités publiques» en vertu de l'article 2, point 2, sous c), de cette directive. Enfin, la Cour de justice devait s'interroger sur le point de savoir si l'article 2, point 2, sous b) et c), de la directive n°2003/4 devait être interprété en ce sens que, lorsqu'une personne relève de cette disposition au titre de l'une de ses fonctions, de l'une de ses responsabilités ou de l'un de ses services, cette personne ne constitue une autorité publique que pour ce qui concerne les informations environnementales qu'elle détient dans le cadre de ces fonctions, responsabilités et services. Selon la Cour de justice, afin de déterminer si des entités telles que les compagnies des eaux britanniques en cause au principal peuvent être qualifiées de personnes morales qui exercent, en vertu du droit interne, des «fonctions administratives publiques», il y a lieu d'examiner si ces entités sont investies, en vertu du droit national qui leur est applicable, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre personnes de droit privé. Ensuite, la Cour de justice indique que des entreprises, telles que les compagnies des eaux britanniques en cause au principal, qui fournissent des services publics en rapport avec l'environnement se trouvent sous le contrôle d'un organe ou d'une personne de sorte qu'elles devraient être qualifiées d'«autorités publiques», si ces entreprises ne déterminent pas de façon réellement autonome la manière dont elles fournissent ces services, dès lors qu'une autorité publique relevant de la directive n°2003/4 est en mesure d'influencer de manière décisive l'action de ces entreprises dans le domaine de l'environnement. Enfin, la Cour de justice précise que l'article 2, point 2, sous b), de la directive 2003/4 doit être interprété en ce sens qu'une personne qui relève de cette disposition constitue une autorité publique pour ce qui concerne toutes les informations environnementales qu'elle détient. Des sociétés commerciales, telles que les compagnies des eaux britanniques en cause au principal, qui ne sont susceptibles de constituer une autorité publique au titre cette directive que pour autant que, lorsqu'elles fournissent des services publics dans le domaine de l'environnement, elles se trouvent sous le

contrôle d'un organe ou d'une personne, ne sont pas tenues de fournir des informations environnementales s'il est constant que celles-ci ne se rapportent pas à la fourniture de tels services. Cet arrêt est important dans la mesure où, d'une part, la juridiction de renvoi et la Cour de justice ont estimé nécessaire qu'une décision tranche la question posée, puisque le litige au principal était résolu. D'autre part, l'obligation d'information du public est encore une fois étendue quant aux personnes qu'elle vise et précisée quant au contenu de l'information.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Anne Monpion, «Obligation d'information du public en matière d'environnement», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 16 janvier 2014.*

#### **24. Transferts de déchets entre Etats membres**

Dans deux arrêts rendus le 19 décembre 2013, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'interpréter les dispositions du règlement n° 259/93 du Conseil du 1<sup>er</sup> février 1993, concernant la surveillance et le contrôle de transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne et du règlement n°1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, concernant les transferts de déchets.

Dans le premier arrêt, rendu dans les affaires C-241/12 et C-242/12, les faits étaient les suivants : une cargaison de pétrole, au moment de son chargement sur un navire-citerne, a été accidentellement mélangée à une autre substance. Dès lors, au moment de la livraison à l'acheteur, il s'est avéré que celle-ci ne satisfaisait pas aux spécifications contractuelles ni aux exigences en matière de sécurité, et que du fait de sa composition nouvelle, elle ne pouvait être stockée par l'acheteur au regard de son permis d'environnement ni vendue à la pompe en tant que carburant pour moteurs diesel conformément à sa destination. Sur réclamation de l'acheteur situé en Belgique, la cargaison a été restituée au vendeur situé aux Pays-Bas, qui a donc chargé la cargaison à destination de cet Etat afin de la remettre sur le marché après l'avoir mélangée à un autre produit. La Cour de justice devait donc répondre à la question de savoir si cette cargaison devait être qualifiée de déchet au sens du règlement n°259/93 et de la directive-cadre n°2006/12 du 5 avril 2006 relative aux déchets. La Cour de justice indique qu'il est nécessaire de vérifier si, en restituant la cargaison au vendeur néerlandais, au motif qu'elle ne répondait pas aux spécifications contractuelles, l'acheteur belge s'est effectivement « défait » de celle-ci. De même, il importe de vérifier si le vendeur n'a pas eu l'intention de s'en défaire au moment où la non-conformité a été révélée. Elle précise que ces vérifications incombent à la juridiction de renvoi qui doit tenir compte des circonstances du cas d'espèce. Dès lors, elle conclut que la cargaison de gazole accidentellement mélangée à une autre substance ne relève pas de la notion de « déchet », à condition que le détenteur de celle-ci ait réellement l'intention de remettre sur le marché cette cargaison, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Dans le second arrêt, rendu également sur renvoi préjudiciel, dans l'affaire C-292/12, le litige au principal portait sur la légalité d'une clause d'un cahier des charges relatif à un appel d'offres pour l'attribution d'une concession des services de collecte et de transport des déchets produits sur le territoire d'une commune d'Estonie. Selon cette clause, les déchets municipaux en mélange devront être transportés au centre de gestion des déchets de Sillamäe, et les déchets industriels ainsi que les déchets de construction devront être transportés au centre de gestion de déchets d'Uikala. Une entreprise privée active à la fois dans le traitement des déchets municipaux en mélange et dans le transport des déchets soutient que la clause du cahier des charges octroie aux exploitants des deux installations un droit exclusif contraire au principe de libre concurrence et aux principes de libre circulation. La question posée par la juridiction de renvoi portait sur la compatibilité de l'obligation imposée par une collectivité territoriale d'un Etat membre au futur attributaire d'une concession de collecte et de transport de déchets de livrer certains types de déchets collectés sur le territoire de cette collectivité à une entreprise établie dans le même Etat membre en vue de leur traitement. La Cour de justice examine cette question à l'aune du

règlement n°1013/2006 concernant les transferts de déchets et de la directive-cadre n°2006/12. La réponse à la question diffère selon la catégorie de déchets. Ainsi, s'agissant des déchets ménagers municipaux en mélange devant être transportés à l'installation de Sillamaä, ils relèvent de la catégorie des déchets devant être éliminés. Dès lors, conformément aux textes précités, les Etats membres ont la possibilité d'adopter des mesures de portée générale restreignant leur transfert entre Etats membres, sous forme d'interdictions générales ou partielles de transfert, en vue de mettre en œuvre les principes de proximité, de priorité à la valorisation et d'autosuffisance. S'agissant des déchets de construction qui doivent être transportés à l'installation d'Uikala, ils sont potentiellement destinés à être valorisés ou éliminés. Par conséquent, et au regard des textes applicables précités, leur transfert peut donner lieu, soit à la formulation d'une objection de la part des autorités nationales compétentes au cas par cas, soit à l'établissement d'un document d'information standardisé pouvant être réclamé par les Etats membres à des fins d'inspection et de contrôle. A partir de ce raisonnement, la Cour de justice conclut que la réglementation applicable autorise une collectivité locale à obliger l'entreprise chargée de collecter les déchets sur son territoire à transporter les déchets municipaux en mélange collectés auprès des ménages privés, ainsi que, le cas échéant, d'autres producteurs, à l'installation de traitement appropriée la plus proche, qui est établie dans le même Etat membre que cette collectivité. En revanche, la réglementation applicable n'autorise pas une collectivité territoriale à obliger l'entreprise chargée de collecter les déchets sur son territoire à transporter des déchets industriels et les déchets de construction produits sur son territoire à l'installation de traitement appropriée la plus proche, qui est établie sur le même Etat membre que cette collectivité, dès lors que ces déchets sont destinés à être valorisés. Il est intéressant de noter que la Cour de justice n'examine pas la question des éventuels droits exclusifs octroyés aux installations de traitement puisque l'ensemble des éléments pertinents de l'affaire se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre. L'interprétation, par ces deux arrêts, de la réglementation relative aux déchets, et plus particulièrement aux transferts de déchets, a un impact important puisque dans un cas, il s'agit d'éviter des poursuites pénales, et dans l'autre, la remise en cause d'un marché public de traitement des déchets ménagers.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Anne Monpion, «Transferts de déchets entre Etats membres», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 16 janvier 2014.*

## **25. Associations de protection des consommateurs et accès à la justice**

L'accès à la justice des associations de protection des intérêts des consommateurs est, en principe, régi par les droits nationaux, conformément au principe d'autonomie procédurale des Etats membres de l'Union européenne. Toutefois, dans l'arrêt *Pohotovost'* du 27 février 2014 (aff. C-470/12), la Cour de justice a apporté des précisions en ce qui concerne les limites de cette autonomie, compte tenu du niveau de protection des consommateurs requis dans l'Union.

*Pohotovost'*, un établissement de crédit établi en République slovaque, a accordé un crédit à la consommation à un ressortissant slovaque. En vertu d'une sentence arbitrale, ce dernier s'est vu contraindre de payer une certaine somme d'argent à son créancier. La sentence étant devenue définitive, *Pohotovost'* a saisi les tribunaux slovaques d'une demande d'exécution, qui a été accueillie pour les créances autres que les intérêts moratoires et les dépens relatifs au recouvrement. Une association de protection des intérêts des consommateurs a souhaité intervenir dans la procédure d'exécution, mais le droit d'intervention lui a été refusé au motif qu'en vertu des règles procédurales nationales, ainsi que de la jurisprudence des hautes juridictions slovaques, ce droit est exclu pour les procédures d'exécution, en raison du caractère non-litigieux de celles-ci. En éprouvant certains doutes quant à la violation de la directive 93/13, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le juge de renvoi a saisi la Cour de justice de l'Union d'une demande de décision préjudicielle visant à savoir, en substance, si les dispositions de cette directive, lues en combinaison avec celles de la Charte des droits

fondamentaux, devaient être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une législation nationale telle que celle dans l'affaire au principal.

En ce qui concerne la recevabilité de l'affaire, la défenderesse a soutenu que, s'étant désistée de la demande d'exécution, la procédure engagée devant les juridictions slovaques a été mise à terme. Compte tenu de ce fait, elle a fait valoir que la demande de décision préjudicielle devait être jugée irrecevable. En se référant à sa jurisprudence constante, la Cour de justice a toutefois confirmé la discrétion dont jouissent les juges nationaux de procéder à des saisines au titre de l'article 267 du traité FUE, mais a aussi précisé que la mise en œuvre de cette disposition présuppose qu'un litige soit *effectivement pendant* devant ces juridictions. Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi ayant qualifié le litige de pendant, il lui incombe de modifier ou retirer la demande de décision préjudicielle. Aucune démarche n'ayant été faite en ce sens, la demande de décision préjudicielle a été jugée recevable.

En ce qui concerne le fond de l'affaire, il ressort des informations fournies par le juge de renvoi que l'association slovaque a revendiqué un droit d'intervention dans l'affaire au principal, afin de faire valoir qu'en autorisant l'exécution de la sentence arbitrale, en dépit d'une clause compromissaire abusive, les juridictions nationales n'avaient pas assuré le degré de protection voulu par la directive 93/13. Sur ce point, la Cour de justice a souligné que le système de protection mis en œuvre par cette directive repose sur l'idée que les consommateurs se trouvent dans une position d'infériorité à l'égard des professionnels. Sans contester l'autonomie procédurale dont disposent les Etats membres en la matière, elle a jugé qu'il est conforme à l'esprit de la directive que le juge national emploie d'office les moyens adéquats afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans des contrats conclus avec des consommateurs. La Cour a toutefois signalé que la directive ne régit ni l'existence ni l'étendue du droit d'intervention devant les tribunaux des associations de protection des consommateurs. Elle a dès lors conclu qu'en l'absence d'une législation au niveau de l'Union sur ce point, il appartient aux Etats membres de prévoir les règles procédurales assurant ce droit, à condition de satisfaire aux principes d'effectivité et d'équivalence. Or, dans l'affaire au principal, l'application des règles procédurales nationales n'a pas privé, de manière absolue, l'association en cause du droit d'accès à un tribunal. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux relatif notamment au droit à un recours juridictionnel effectif, n'a donc pas été violé.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «Association de protection des consommateurs et accès à la justice», www.ceje.ch, actualité du 3 mars 2014.*

## **26. Le renforcement de la conditionnalité : l'intégration du principe du pollueur-payeur dans la PAC**

La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 27 février 2014 (C-396/12) apporte un certain nombre de précisions relatives aux conditions de sanction de la conditionnalité en matière d'aides directes octroyées aux agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune (PAC). Si cet arrêt pourrait de prime abord passer inaperçu, dans la mesure où il ne bouleverse pas les fondamentaux en la matière, il n'en reste pas moins que la solution adoptée vient renforcer l'application du principe du pollueur-payeur dans le champ de la PAC.

En l'espèce, deux agriculteurs néerlandais, bénéficiaires de l'aide au revenu et de l'aide en faveur d'une gestion respectueuse de l'environnement, ont fait l'objet d'un contrôle sur place du respect de la conditionnalité de la PAC. A cette occasion, il a été constaté que des engrais n'avaient pas été épandus d'une manière susceptible de produire peu d'émissions exigée par une disposition de la législation nationale. Ces engrais avaient été épandus, à la demande des requérants au principal, par un travailleur indépendant au service d'une entreprise de travaux agricoles.

Sur le fondement de ce constat, l'autorité de contrôle a adopté une décision par laquelle elle a réduit de 20 % pour non-respect intentionnel de la législation l'aide en faveur d'une gestion agricole respectueuse de l'environnement. Le non-respect, par les travailleurs agricoles, de l'obligation d'épandre l'engrais d'une manière qui produit peu d'émissions, leur a été imputé.

C'est dans le cadre de la réclamation introduite contre cette décision que la Cour de justice a eu à se prononcer sur les questions préjudicielles tendant à savoir, d'une part, comment doit s'apprécier le caractère du non-respect intentionnel d'une exigence ou d'une règle environnementale dans le cadre de la conditionnalité, et, d'autre part, s'il est possible d'imputer au bénéficiaire de l'aide le caractère intentionnel du non-respect dans l'hypothèse où un tiers exécute les travaux.

Concernant la première question, la Cour de justice rappelle que les règlements européens en la matière ont entendu conditionner les paiements directs au respect des exigences environnementales. L'application des sanctions en cas de violation des exigences de conditionnalité a lieu en cas de négligence ou d'acte intentionnel. Le régime de responsabilité prévu n'a donc pas un caractère objectif. Dans la mesure où les règlements européens visent des cas de non-conformité, respectivement due à un acte intentionnel ou revêtant un caractère intentionnel, la Cour de justice précise que la notion de « non-conformité intentionnelle » doit être interprétée en ce sens qu'elle suppose la violation des règles relatives à la conditionnalité par un bénéficiaire d'aides qui recherche un état de non-conformité auxdites règles ou qui, sans rechercher un tel état, accepte l'éventualité que celui-ci puisse se produire. La Cour de justice ajoute que lorsqu'un Etat membre fixe un critère de ce caractère intentionnel auquel il attache une force probante élevée, cet Etat doit néanmoins prévoir une possibilité pour le bénéficiaire d'aides d'apporter la preuve de l'absence d'élément intentionnel dans son comportement. En l'espèce, ce critère était l'existence d'une politique constante et de longue durée. En résumé, pour les autorités néerlandaises, les bénéficiaires des aides avaient intentionnellement manqué à leurs obligations dans la mesure où elles étaient anciennes et constantes. Pour la Cour de justice, un tel critère ne doit pas entraîner l'existence d'une présomption irréfragable mais bien permettre aux bénéficiaires d'apporter la preuve contraire.

Enfin, concernant la deuxième question, la Cour de justice a décidé que dans l'hypothèse d'une violation des exigences relatives à la conditionnalité par un tiers qui exécute des travaux à la demande d'un bénéficiaire d'aides, celui-ci peut être tenu responsable de cette violation s'il a agi de façon intentionnelle ou négligente du fait du choix ou de la surveillance de ce tiers ou des instructions données, et cela indépendamment du caractère intentionnel ou négligent du comportement de ce tiers. Autrement, selon la Cour, l'effet incitatif des sanctions de la conditionnalité serait vain.

Cette solution vient renforcer l'application du principe du pollueur-payeur en ce sens que la conditionnalité est un instrument au service de ce principe puisqu'elle oblige les exploitants agricoles à supporter les coûts de prévention et de lutte contre la pollution. Ainsi, la Cour de justice, en précisant les critères du non-respect intentionnel de l'atteinte à la conditionnalité et surtout, en assurant le caractère dissuasif de cet instrument, intègre davantage le principe du pollueur-payeur au sein de la PAC, là où il rencontre de sérieuses difficultés d'application.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Anne Monpion, «Le renforcement de la conditionnalité : l'intégration du principe du pollueur-payeur dans la PAC», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 20 mars 2014.*

## **27. La France, une nouvelle fois condamnée pour manquement à la directive « nitrates »**

Seulement un an après une première condamnation, la France a, à nouveau, été condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne pour avoir manqué à ses obligations en matière de

transposition de la directive 91/676, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution causée par les nitrates à partir de sources agricoles (ci-après « directive 'nitrates' »). L'arrêt de la Cour de justice rendu le 4 septembre 2014 (C-237/12) est particulièrement dense et dresse une liste à la Prévert des manquements reprochés à la France.

Les griefs de la Commission visent en particulier le caractère peu contraignant des programmes d'action applicables aux zones vulnérables. Le dispositif de la directive « nitrates » repose en effet, dans un premier temps, sur la délimitation, dans chaque Etat membre, de zones vulnérables aux nitrates. C'est sur ce point que la France a donc déjà été condamnée en 2013 (C-193/12). La Cour avait suivi la Commission qui déplorait une désignation incomplète de ces zones vulnérables aux nitrates.

Le second temps du dispositif « nitrates » repose ensuite sur l'élaboration de programmes d'action portant sur les zones vulnérables désignées. La directive définit de manière précise les mesures que les Etats membres doivent inclure dans ces programmes d'action. En l'espèce, la France n'a pas suffisamment étendu les périodes minimales pendant lesquelles l'épandage des divers types de fertilisation est interdit. De même, la France n'a ni imposé de règles contraignantes ni élaboré de critères précis et objectifs concernant le calcul des capacités de stockage d'effluents d'élevage. Selon la Commission et la Cour de justice, le dispositif français ne permet pas de garantir une fertilisation équilibrée faute de règles permettant aux agriculteurs et aux autorités de calculer de manière exacte la quantité d'azote pouvant être épandue.

Il est encore reproché à la France d'avoir calculé de manière inexacte les valeurs de rejet d'azote dans le cadre de la plupart des élevages, ce qui ne permet pas de garantir le respect de la limite d'épandage des effluents d'élevage fixée par les textes européens. Un cinquième grief concerne également une définition peu précise des conditions d'épandage des fertilisants sur les sols en forte pente. Enfin, la France n'a pas imposé de règles interdisant l'épandage de fertilisants sur les sols gelés ou couverts de neige. La France est donc trop permissive en ce qui concerne à la fois les quantités d'engrais et les périodes pendant lesquelles la fertilisation est autorisée.

Cette deuxième condamnation de la France démontre que cet Etat membre, dont le secteur agricole est particulièrement développé, éprouve des difficultés à mettre en œuvre cette directive pourtant peu récente. D'après le Gouvernement français, la plupart des sujets soulevés dans l'arrêt de la Cour de justice ont déjà été corrigés dans un nouveau train de mesures réglementaires initié en 2011. A la décharge de la France, la directive « nitrates » a fait l'objet d'une élaboration difficile et elle est apparue, dès l'origine, aux yeux de certains observateurs comme quasiment inapplicable (Sur ce point et sur la directive « nitrates », cf Anne Monpion, *Le principe pollueur payeur et l'activité agricole dans l'Union européenne*, Dossier de droit européen n° 27, Helbing Lichtenhahn et LGDJ, 2013).

A noter que la Cour de justice de l'Union n'a ni condamné la France à une astreinte ni au paiement d'une amende. Mais il y a fort à parier que des particuliers ou des associations de gestion de l'eau demandent réparation pour le préjudice subi du fait de la pollution des eaux par les nitrates sur le fondement de la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur et Factortame* (C-46/93 et C-48/93).

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Anne Monpion, «La France une nouvelle fois condamnée pour manquement à la directive « nitrates »», www.ceje.ch, actualité du 8 septembre 2014.*

## VIII. Relations extérieures de l'Union européenne

### 28. La directive 1999/32 et la convention Marpol 73/78

La question de l'appréciation de la validité du droit dérivé de l'Union européenne à la lumière de la convention Marpol 73/78 relative à la prévention de la pollution par les navires a déjà été tranchée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 3 juin 2008 (aff. *Intertanko*, C-308/06). Une demande de question préjudicielle adressée par le juge italien dans l'affaire *Manzi et Compagnia Naviera Orchestra*, lui a donné la possibilité de réitérer les principes établis dans son jugement précédent, en privilégiant l'application de la directive 1999/32 concernant une réduction de la teneur en soufre de certains combustibles liquides par rapport à ladite convention.

Les demandeurs au principal, *M. Manzi et la Compagnia Naviera Orchestra*, ont été sanctionnés par la capitainerie du port de Gênes pour la méconnaissance, par le navire de croisière *MSC Orchestra*, battant pavillon panaméen, de la teneur maximale de 1,5 % en soufre des combustibles marins, prévue à l'article 4 bis, paragraphe 4, de la directive 1999/32, laquelle a été transposée dans le droit italien par les articles 295 et 296 du décret législatif national. Dans le recours introduit contre l'ordonnance-injonction, les requérants faisaient d'abord valoir que les dispositions concernées ne s'appliquaient pas à un navire de croisière, tel que *MSC Orchestra*. D'autre part, ils contestaient la validité de la limitation de la teneur en soufre prévue par la directive 1999/32 au regard de l'annexe VI du protocole de 1997 modifiant la convention Marpol 73/78, dans la mesure où le navire en cause battait pavillon d'un Etat partie à cette convention et que l'annexe susmentionnée autorisait, au moment du litige, un seuil de soufre des combustibles marins plus élevé, soit de 4,5 %. La juridiction nationale a invité la Cour de justice de l'Union européenne à se prononcer sur l'étendue du champ d'application de la directive 1999/32 ainsi que sur la problématique des rapports existant entre cette directive et la convention Marpol 73/78.

Se penchant d'abord sur l'interprétation des conditions établies par la directive 1999/32, pour qu'un navire relève du régime institué par celle-ci, la Cour de justice considère notamment qu'un navire de croisière, tel que celui de l'espèce, satisfait au critère relatif aux « services réguliers » prévu à l'article 2, point 3 octies, de la directive. A cet égard, elle souligne que la finalité touristique d'un tel navire est dépourvue de toute pertinence aux fins de l'interprétation de ce critère, dans la mesure où le législateur de l'Union n'a aucunement précisé les objectifs pour lesquels un transport est effectué. En même temps, un navire de croisière doit répondre à l'exigence énoncée à l'article 2, point 3 octies, de la directive 1999/32, qui suppose, comme la Cour de justice le souligne, qu'une compagnie maritime propose au public une liste de traversées en mer, à une fréquence déterminée, à des dates précises et, en principe, à des heures de départ et d'arrivée précises, les intéressés ayant la liberté de choisir entre les différentes croisières offertes par ladite compagnie.

S'agissant ensuite de la question relative à l'éventuelle application de la convention Marpol 73/78 dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la réponse de la Cour de justice est la même que celle de l'arrêt *Intertanko*. Dans la mesure où l'Union n'est pas partie contractante à la convention Marpol 73/78, y compris l'annexe VI, et qu'elle n'est pas liée par celle-ci, la validité de l'article 4 bis, paragraphe 4, de la directive 1999/32 ne saurait être appréciée au regard de cette annexe. Dans le même ordre d'idée, la validité dudit article ne peut pas non plus être examinée au regard du principe de droit international général *pacta sunt servanda* car ce principe obligatoire s'applique uniquement aux sujets de droit international qui sont parties contractantes à un accord international donné et qui, de ce fait, sont liées par ce dernier. Selon la Cour de justice, l'appréciation de la validité des dispositions en cause au regard des règles de la convention Marpol 73/78 aurait été possible si celle-ci avait été le reflet du droit international coutumier, ce

qui n'est pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, les requérants ne sauraient contourner ces principes, bien ancrés dans la jurisprudence de la Cour de justice, en invoquant une prétendue violation du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE.

Une dernière question à laquelle la Cour de justice est appelée à répondre concerne l'incidence de l'annexe VI de la convention Marpol 73/78, sur la portée de l'article 4 bis, paragraphe 4, de la directive 1999/32, au regard du principe de droit international général qui impose que les accords internationaux soient exécutés et interprétés de bonne foi. Dans la mesure où l'annexe VI a été insérée dans la convention Marpol 173/78 par un protocole auquel seuls 25 Etats membres de l'Union sont parties, elle considère que cette annexe ne fait pas partie de la catégorie des règles à la lumière desquelles les dispositions de la directive 1999/32 doivent être interprétées. Elle marque, sur ce point, une différence entre le régime juridique de l'annexe VI de la convention Marpol 73/78 et celui des autres dispositions de cette convention, à la lumière desquelles le droit dérivé de l'Union doit être interprété, tel qu'établi dans l'arrêt Intertanko. En effet, dans cet arrêt, la Cour de justice avait énoncé le principe de l'interprétation conforme du droit dérivé au regard de cette convention, compte tenu du fait que tous les Etats membres de l'Union y étaient parties. De surcroît, elle considère qu'une éventuelle interprétation de l'article 4 bis, paragraphe 4, de la directive 1999/32 au regard de l'annexe en cause, aurait pour effet d'étendre la portée de cette dernière aux Etats membres qui n'y sont pas parties, dans le mépris du principe de droit international coutumier « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* » et du principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE.

Avec cet arrêt, la Cour de justice réaffirme la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne, en préservant l'application et l'interprétation de son droit par rapport au droit international.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «La directive 1999/32 et la convention Marpol 73/78», www.ceje.ch, actualité du 3 février 2014.*

### ***29. Examen, par l'avocat général, de la validité de la décision du Conseil de l'UE autorisant l'ouverture de négociations en vue de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion***

En 2008, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a chargé le comité directeur sur les médias et les nouveaux services de communication d'évaluer la possibilité de renforcer la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion. Les consultations tenues à cet égard ont notamment abouti à l'adoption d'un mémorandum de 2008 et d'un rapport de 2010. Ces documents font état de la nécessité de la conclusion d'une convention internationale, visant à compléter les règles de traités internationaux et régionaux existants dans le même domaine. C'est dans ce cadre que le Conseil de l'UE et les représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil ont adopté la décision du 19 décembre 2011, qui autorise la Commission « *à participer aux négociations en vue de l'adoption [de la Convention] et à conduire ces négociations au nom de l'Union européenne, pour les questions relevant de la compétence de l'Union et pour lesquelles l'Union européenne a adopté des règles* » (article 1er, paragraphe 1). En même temps, ladite décision établit que « *lorsque l'objet des négociations relève de la compétence des Etats membres, la présidence participe pleinement aux négociations et les conduit au nom des Etats membres sur la base d'une position commune préalablement approuvée* » (article 1er, paragraphe 3).

La Commission européenne a introduit un recours en annulation à l'encontre de ladite décision, en invoquant trois moyens. Premièrement, elle considère que le Conseil a méconnu l'article 2, paragraphe 2, et l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE, dans la mesure où il a reconnu aux Etats membres une compétence pour négocier la convention précitée, alors que celle-ci couvre un

domaine largement régi par des règles de l'Union et relève donc, eu égard à la jurisprudence AETR, de la compétence exclusive de l'Union européenne. Deuxièmement, elle fait valoir que le Conseil, en associant les Etats membres à l'adoption de la décision litigieuse, a enfreint la procédure et les conditions prévues à l'article 218, paragraphe 2, du traité FUE et à l'article 13, paragraphe 2, du traité UE. Troisièmement, elle soutient que l'adoption de ladite décision d'un commun accord avec les représentants des Etats membres, a porté atteinte au système de vote de la majorité qualifiée, établi à l'article 218, paragraphe 8, premier alinéa, du traité FUE et à l'article 16, paragraphe 3, du traité UE. Enfin, elle estime que la décision du Conseil a méconnu les objectifs des traités et le principe de coopération loyale prévu à l'article 13 du traité UE.

Dans ses conclusions du 3 avril 2014 (aff. C-114/12), l'avocat général Sharpston débute son analyse par la vérification de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne à se prononcer sur le recours en annulation de la Commission. A cet égard, le Conseil fait valoir que la décision attaquée est un « *acte hybride* », compte tenu du fait qu'elle rassemble une décision de l'Union et une décision intergouvernementale, et que l'article 263 du traité FUE ne permet pas à la Cour de justice de contrôler les décisions que les Etats membres adoptent dans des matières relevant de leur compétence. Selon l'avocat général Sharpston, la question qui se pose dans ce contexte n'est pas celle de savoir si ladite décision est soit un acte du Conseil, soit une décision intergouvernementale, mais celle de déterminer si les traités permettent au Conseil d'inclure une action intergouvernementale dans une décision de ce type, appréciation qui suppose d'examiner le bien-fondé du second et du troisième moyen de la Commission. A cet égard, elle estime que la décision attaquée, adoptée par le Conseil sur la base de l'article 218, paragraphes 3 et 4, du traité FUE, produit des effets légaux, susceptibles de faire l'objet d'un contrôle par la Cour de justice et le fait du Conseil d'inclure dans cette décision un acte intergouvernemental ne saurait soustraire une telle décision à la juridiction de la Cour de justice.

En abordant le premier moyen invoqué par la Commission, l'avocat général Sharpston observe qu'à défaut d'une compétence exclusive expressément prévue par les traités en matière de protection des droits des organismes de radiodiffusion, il convient de déterminer si l'UE dispose d'une compétence externe exclusive en vertu de la dernière phrase de l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE. Aux termes de cette disposition, une compétence pour la conclusion d'un accord international est reconnue à l'UE, lorsque cette conclusion est « *susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée* ». L'interprétation de cette expression, réitérée à l'article 216, paragraphe 1, puise sa source dans l'arrêt AETR, dont les auteurs du traité de Lisbonne n'ont pas, selon l'avocat général Sharpston, eu l'intention de s'écarter.

La jurisprudence AETR peut s'appliquer à un accord international dans sa totalité ou à certaines parties dans la mesure où il y a une action interne de l'Union. Aux fins de la reconnaissance d'une compétence exclusive de l'UE sur le fondement de l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE, il convient de procéder à un examen du contenu des engagements que comporte cet accord et de leurs éventuels liens avec des règles de l'Union européenne. S'agissant de l'intensité de la réglementation interne de l'UE, susceptible de conférer à celle-ci une compétence sur le plan externe, l'avocat général Sharpston est d'avis qu'une telle compétence peut être reconnue même en l'absence d'une harmonisation complète dans le ou les domaines couverts par l'accord en question.

En ce qui concerne la détermination de la compétence de l'UE pour négocier la Convention du Conseil de l'Europe, l'avocat général Sharpston analyse les implications que cette convention aurait pour le droit de l'UE, ainsi que le degré d'harmonisation atteint par l'acquis de l'UE dans les matières concernées, pour pouvoir apprécier si les Etats membres ont intégralement perdu leurs compétences respectives pour négocier la future convention. Les principaux éléments

juridiques de celle-ci issus, en l'absence d'un projet de texte, notamment de l'analyse du mémorandum de 2008 et du rapport de 2010, visent à mettre en place un système de protection légale pour six droits exclusifs, à définir les obligations en matière d'informations sur le régime des droits ainsi qu'à établir la durée de protection. En comparant ces éléments avec le système de protection établi au niveau de l'UE, l'avocat général Sharpston constate que le principe AETR n'est pas susceptible de s'appliquer à toutes les matières à négocier dans le cadre de la Convention du Conseil de l'Europe. A cet égard, elle constate que s'il est vrai que *les droits de fixation, de reproduction, de distribution et de mise à disposition du public, la durée de la protection* de ceux-ci, ainsi que *la protection des mesures techniques et des informations sur le régime des droits* font partie d'un cadre législatif harmonisé établi par la *directive 2001/29*, les Etats membres n'ayant plus la possibilité de s'en écarter, il n'en demeure pas moins vrai que ces derniers sont actuellement autorisés à inscrire « *le droit de retransmission avec fil ou par câble* » dans leurs législations respectives, le droit de l'Union ne réglementant pas encore « *au moins* » ce droit, alors que la Convention pourrait le faire. Il en ressort que le premier moyen de la Commission doit être écarté, dans la mesure où elle n'a pas démontré que l'UE dispose, en l'état du dossier, d'une compétence exclusive pour négocier *la totalité* de la Convention.

S'agissant ensuite du deuxième et du troisième moyen, l'avocat général Sharpston considère que l'autorisation de l'ouverture des négociations en vue de l'adoption d'un accord international mixte par le biais d'une décision hybride, constituée d'une décision du Conseil et d'un acte intergouvernemental des Etats membres, comme celle du cas d'espèce, méconnaît les règles de procédure prévues aux articles 218, paragraphe 2, du traité FUE et article 13, paragraphe 2, du traité UE, d'une part, et celles relatives au système de vote prévues aux articles 218, paragraphe 8, premier alinéa, du traité FUE et 16, paragraphe 3, du traité UE, d'autre part. Dans cet ordre d'idées, elle souligne que l'article 218 du traité FUE confère au Conseil seul la prérogative d'autoriser l'Union européenne à négocier, d'adopter les directives de négociation et d'autoriser la signature et la conclusion d'un accord international entre l'Union et des Etats tiers ou des organisations internationales, indépendamment du point de savoir si le contenu de celui-ci relève de la compétence exclusive de l'Union ou d'une compétence qu'elle partage avec les Etats membres.

Dans le cadre d'un accord international mixte, ces derniers sont appelés à appliquer leurs propres procédures constitutionnelles en matière de négociation, de signature, de conclusion et de ratification d'un tel accord. Il en ressort, que le Conseil n'était pas autorisé à définir la manière dont les Etats membres doivent négocier la Convention du Conseil de l'Europe, tel qu'il a procédé au paragraphe 3, de la décision litigieuse. Il ne peut pas non plus se prévaloir du principe de l'autonomie d'organisation pour parvenir à ce résultat. D'autre part, le Conseil devait, lors de l'adoption de la décision attaquée, veiller au respect de la règle de vote de la majorité qualifiée, qui est définie par rapport au contenu de cette décision et qui ne fait aucune distinction selon que la compétence de l'Union européenne est une compétence partagée ou une compétence exclusive. En effet, la protection des droits des organismes de radiodiffusion est un domaine soumis à la procédure législative ordinaire et le Conseil ne pouvait pas autoriser l'ouverture de négociations en vue de la Convention du Conseil de l'Europe par une décision contenant un acte intergouvernemental, soumise à la règle de l'unanimité.

En outre, son argument tenant au fait que ladite décision avait été soumise à un double système de vote, respectivement, à la majorité qualifiée, en ce qui concerne les compétences exclusives de l'Union européenne, et l'unanimité, en ce qui concerne les compétences des Etats membres, doit, comme l'avocat général Sharpston le souligne, être écarté, dans la mesure où les traités prévoient une seule règle de vote pour l'adoption d'une décision autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord international.

Enfin, l'avocat général Sharpston estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer séparément sur le quatrième moyen. En effet, selon sa prise de position, la décision du Conseil est incompatible avec les dispositions pertinentes des traités relatives à la procédure et au système de vote et ces règles de procédure ne peuvent pas être écartées au nom du principe de coopération loyale.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Examen, par l'avocat général, de la validité de la décision du Conseil de l'UE autorisant l'ouverture de négociations en vue de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion », www.ceje.ch, actualité du 19 avril 2014.*

### **30. Proposition de clarification des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres dans la participation à l'organisation internationale de la vigne et du vin**

Dans une affaire portant sur la coordination de la position prise par les Etats membres dans les organisations internationales, l'Avocat général Cruz Vilallón a rendu des conclusions dans lesquelles il examine la base juridique appropriée pour permettre au Conseil de l'Union européenne de prendre des décisions définissant la position à adopter au nom de l'Union européenne.

Un certain nombre d'Etats membres de l'Union sont membres de l'organisation internationale de la vigne et du vin (OIV). L'Union européenne n'est pas membre, bien que l'accord OIV permette l'adhésion d'organisations internationales. En septembre 2008, la Commission avait recommandé au Conseil d'autoriser l'ouverture de négociations en vue de l'adhésion de l'Union européenne à l'OIV mais l'habilitation n'avait pas été délivrée, la majorité nécessaire au sein du Conseil n'ayant pas pu être réunie.

Afin d'assurer une action coordonnée au sein de l'OIV, le Conseil a adopté, le 18 juin 2012, une décision établissant la position à adopter au nom de l'Union européenne concernant des propositions de résolutions devant être débattues et votées à l'OIV le 22 juin 2012. La décision, ayant pour base juridique les articles 218, paragraphe 9, et 43, TFUE, a été adoptée au terme d'un vote à la majorité qualifiée, au cours duquel l'Allemagne a voté contre l'adoption. Suite à cela, elle a déposé un recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne, fondant son recours sur un moyen unique, le fait que le Conseil n'aurait pas dû fonder sa décision sur l'article 218, paragraphe 9, TFUE en tant que base juridique procédurale. Ce paragraphe prévoit que le Conseil adopte sur proposition de la Commission ou du Haut représentant, les décisions "établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques".

L'Allemagne conteste l'applicabilité de cet article au moyen de deux arguments de fond. Le premier est qu'il ne s'appliquerait qu'aux accords auxquels l'Union européenne est partie, et le second est que l'OIV n'adoptant que des recommandations, les actes adoptés en son sein ne peuvent être qualifiés comme ayant un effet juridique en droit international public. Le Conseil, quant à lui, considère que l'article 218, paragraphe 9, TFUE est applicable car les résolutions relèveraient d'un domaine de compétence exclusive de l'Union européenne, ce qui obligerait à définir une position commune pour la participation des Etats membres à des organisations internationales auxquelles l'Union n'est pas partie. De plus, le Conseil défend l'existence d'un effet juridique des résolutions de l'OIV en mettant en avant l'intégration de ces résolutions en droit de l'Union européenne.

Au terme de son analyse, l'Avocat général détermine qu'à la fois le libellé et l'économie de l'article 218, paragraphe 9, TFUE, ainsi que son interprétation téléologique conduisent à la conclusion qu'il ne s'applique qu'aux accords auxquels l'Union européenne est elle-même partie. En suivant le même procédé, il conclut également qu'il ne s'applique qu'aux actes qui ont un caractère contraignant en droit international. Ces deux critères ne sont pas remplis en l'espèce.

L'Avocat général poursuit son analyse en considérant l'argument avancé par le Conseil soutenu par la Commission, selon lequel l'article 218, paragraphe 9, TFUE pourrait être applicable par analogie au cas d'espèce. Il considère cet argument irrecevable car les faits d'espèce montrent que l'Union européenne a la possibilité d'adhérer à l'OIV. Il souligne en outre qu'un tel raisonnement par analogie entraînerait une interprétation beaucoup trop large de l'article 218, paragraphe 9, TFUE, laquelle conduirait, selon lui, à un retour à l'article 116 TCEE qui avait un champ d'application beaucoup plus large. Cet article a depuis été abrogé sans être remplacé, une telle interprétation irait ainsi à l'encontre de la volonté des auteurs des traités.

L'Avocat général conclut donc à l'annulation de la décision, sans qu'il soit nécessaire de limiter ses effets dans le temps, les résolutions ayant été adoptées à l'OIV en 2012, ce qui entraîne l'absence de risque pour la sécurité juridique.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, « Proposition de clarification des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres dans la participation à l'organisation internationale de la vigne et du vin », www.ceje.ch, actualité du 5 mai 2014.*

### ***31. The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union, summary of a conference held on May 20th 2014***

Upon invitation of the CEJE, Prof. Armand de Mestral gave a conference, on 20 May 2014, on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union (EU).

Prof. de Mestral began the conference with an overview of the law and practice regarding the conclusion of Regional Trade Agreements (RTA). He reminded that there are, to date, 5000 air transport bilateral agreements, 2700 bilateral investment agreements, 2500 double taxation agreements, over 500 trade agreements and over 200 environment and human rights treaties.

He defined the notion of RTA with reference to the basic WTO principles, namely the principle of non-discrimination, the mutual granting of trade advantages between partners, the formation of customs unions such as the EU and the conclusion of free trade agreements. He noted that most of the RTA are bilateral free trade agreements concluded between neighbouring countries, but also between regional groups, as is the case with the EU - Mercosur agreement. Prof. de Mestral further outlined the provisions that are commonly included in RTA. The latter comprise, namely, the reduction of trade barriers, the free movement of goods, services, persons and capital - the EU being an example of a highly perfected customs union on this point - '0' tariff rate on goods covered by the RTA, prohibition of export taxes, elimination of trade remedies or safeguards and dispute settlement provisions. He also mentioned provisions relative to subjects not covered by the WTO, such as the protection of Human rights, the protection of the environment, labour standards and competition law provisions and observed a growing tendency to include investment clauses in the RTA.

In the light of the general scope of RTA, Prof. de Mestral focused his presentation on the CETA between Canada and the EU. He premised his analysis with the fact that there is currently an agreement on principle, officially announced in November 2013 by the two contracting parties, but no final draft of the agreement has been made available. It is however possible, at this stage, to present the motives and interests that have driven the stated parties to the conclusion of the agreement at issue. The main reasons of the Canadian government relate to the need to improve access to the EU market, in order to diversify the export of Canadian products. At present, 70% of the latter are being exported to the US, thus creating a great economic dependence between the two North American countries. Only 10% of Canada's exports are directed toward the EU.

The main reasons of the EU for the conclusion of the CETA deal with enabling EU-based companies to get increased access to procurement markets in the Canadian provinces as well as to Canadian energy supplies, and to increase import of Canadian agricultural and dairy products in the EU.

The absence of a final draft of the CETA is due to the fact that there are ongoing negotiations on a number of issues such as the commitment of some EU Member States to agree on investor-state arbitration. The points upon which agreement has been reached relate, *inter alia*, to the elimination of tariffs, mutual concessions on agricultural goods, rules of origin on goods, the access of EU traders to provincial service markets, elimination of barriers caused by technical, health and environmental issues, cooperation and enforcement of competition laws and access to Canadian energy markets.

Prof. de Mestral concluded his presentation with the question of the impact that the CETA would have on the multilateral trade system, considering that since the creation of the WTO in 1994, there has been a constant increase of bilateral RTA, both in number and in size of the partners, thus creating a complex system of *bilateral* trade agreements, concluded within the broader WTO multilateral context.

Prof. de Mestral proceeded to answering two questions: one relative to the influence of the NAFTA provisions on the Investor-State arbitration clause in the CETA, and one relative to the impact of the latter on the USA-Canada trade. In his response to the first question, Prof. de Mestral considered that the CETA will go further than the NAFTA on the Investor-State arbitration issue, since the contracting parties intend to be more open and transparent. In his answer to the second question, he underlined that the USA-Canada trade has somewhat decreased due to the restrictive measures taken by the American government after 9/11. Therefore, the CETA will have a positive effect on Canadian economy, since it would no longer depend primarily on the state of the the American economy.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union», www.ceje.ch, actualité du 21 mai 2014.*

### **32. Application *ratione personae* du régime des services maritimes dans l'Espace économique européen**

Dans l'arrêt *Laval* (aff. C-341/05), la Cour de justice a considéré que les actions syndicales peuvent être qualifiées d'entraves à la libre prestation des services. Dans l'arrêt *Fonnship* (aff. C-83/13), rendu en grande chambre le 8 juillet 2014, la Cour a apporté des précisions en ce qui concerne l'application du droit de l'Union européenne en matière de prestation de services maritimes, effectuée au moyen d'un navire battant pavillon d'un pays tiers.

Fonnship, société de droit norvégien, est propriétaire d'un navire battant pavillon panamien, dont l'essentiel des trajets est effectué entre les Etats parties à l'accord sur l'espace économique européen (ci-après accord EEE). En vue de faire valoir des revendications salariales, les membres de l'équipage du navire ont engagé des actions syndicales en exigeant, à deux reprises, que soient conclues des conventions collectives 'spéciales' avec Fonnship. Une fois ces conventions conclues, Fonnship a réclamé le paiement des dommages-intérêts au titre du préjudice économique subi en raison desdites actions. Le litige a été porté devant les juridictions suédoises qui ont considéré que la licéité des actions syndicales doit être appréciée à la lumière du droit de l'Union européenne. La Cour de justice a alors été saisie d'une demande de décision préjudicielle portant sur la question de savoir si les dispositions du droit de l'Union relatives aux services de transport maritime sont applicables à une société ayant son siège sur le territoire d'un Etat partie à l'accord EEE, compte tenu du fait qu'elle exploite un navire immatriculé dans un pays tiers.

Dans son arrêt, la Cour de justice a souligné, à titre liminaire, que le règlement n° 4055/86, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre Etats membres et entre Etats membres et pays tiers, fait partie intégrante de l'ordre juridique de l'ensemble des Etats parties à l'accord EEE en vertu de l'article 7 de ce dernier. Cependant, afin de vérifier s'il y a lieu d'appliquer ce règlement au litige au principal, il faut déterminer si Fonnship peut être qualifiée de 'prestataire effectif' des services maritimes en cause. La Cour s'est alors référée à l'article 1 du règlement n° 4055/86, afin de délimiter le champ d'application *ratione materiae* de ce dernier. Le principe posé au paragraphe 1 dudit article est que le règlement s'applique aux ressortissants des Etats parties à l'accord EEE, établis dans un Etat autre que celui du destinataire des services. Toutefois, l'article 1, paragraphe 2, du règlement prévoit que celui-ci s'applique également aux ressortissants des Etats parties à l'accord EEE qui sont soit établis sur le territoire d'un pays tiers, soit exercent un contrôle effectif sur une compagnie maritime enregistrée dans un pays tiers. La Cour de justice a alors jugé qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer si Fonnship exerce un contrôle effectif sur le navire qu'elle exploite, au sens de l'article 1, paragraphe 2, du règlement n° 4055/86. Lorsque l'application de ce dernier est confirmée, il y a lieu de constater l'existence d'une entrave à la prestation des services résultant de l'exercice d'actions syndicales, en référence à l'arrêt *Laval*.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Application ratione personae du régime des services maritimes dans l'Espace économique européen », www.ceje.ch.ch, actualité du 14 juillet 2014.*

### **33. Exigence de connaissances linguistiques de base de la langue officielle d'un Etat membre et clause de « standstill » dans le cadre de l'association CEE-Turquie**

Depuis 2007, l'article 30 de la loi allemande sur le séjour des étrangers subordonne la délivrance d'un visa aux fins du regroupement d'époux ressortissants d'Etats tiers à la condition liée aux connaissances élémentaires d'allemand. Dans son arrêt du 10 juillet 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a examiné la compatibilité de cette condition avec le droit de l'Union et, notamment, avec la clause de « standstill » prévue à l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel annexé à l'accord d'association CEE-Turquie.

Mme Dogan, ressortissante turque résidente en Turquie, cherche vainement depuis plus de trois ans à rejoindre son mari, ressortissant turc résident en Allemagne, où il dispose d'un titre de séjour à durée indéterminée. Bien que l'intéressée ait fourni une attestation du Goethe Institut relative à un test de langue de niveau A1, ses demandes de visa ont été systématiquement rejetées par l'Ambassade d'Allemagne à Ankara, au motif qu'elle est analphabète et qu'elle ne dispose pas de connaissances linguistiques nécessaires. Dans ce contexte, le Verwaltungsgericht Berlin a décidé d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation de l'article 41, paragraphe 1, du protocole additionnel, conclu, approuvé et confirmé au nom de la Communauté par le règlement n° 2760/72 du Conseil, du 19 décembre 1972.

La Cour de justice souligne d'abord que la clause de « standstill » énoncée audit article prohibe de manière générale l'introduction de toute nouvelle mesure qui aurait pour objet ou pour effet de soumettre l'exercice par un ressortissant turc de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services sur le territoire national à des conditions plus restrictives que celles qui lui étaient applicables à la date d'entrée en vigueur du protocole additionnel. S'il est vrai que la situation de Mme Dogan ne relève ni de la libre prestation de services ni de la liberté d'établissement, il n'en demeure pas moins vrai que la compatibilité de la disposition nationale litigieuse avec la clause de « standstill » doit être analysée eu égard à l'exercice de la liberté d'établissement par M. Dogan. En effet, celui-ci dirige en Allemagne une société à responsabilité limitée dont il est l'actionnaire majoritaire et dispose donc de revenus issus d'une activité non salariée exercée sur le territoire de cet Etat membre.

S'agissant ensuite de la question de savoir si une exigence linguistique, telle que celle en cause au principal, peut constituer une nouvelle *restriction* à la liberté d'établissement d'un ressortissant turc, la Cour de justice constate que l'absence de perspective d'un regroupement familial pour un tel ressortissant est susceptible d'influencer négativement sa décision de s'établir sur le territoire d'un Etat membre afin d'exercer son activité autonome, en l'obligeant de choisir entre la poursuite d'une telle activité et le maintien de l'unité familiale. De surcroît, la Cour de justice estime qu'une telle exigence va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs liés à la prévention des mariages forcés et à la promotion de l'intégration, tels que ceux-ci étaient invoqués par le gouvernement allemand, dans la mesure où le défaut de preuve de l'acquisition de connaissances linguistiques suffisantes conduit automatiquement au rejet de la demande de regroupement familial, sans une appréciation de l'ensemble des circonstances pertinentes de chaque cas d'espèce.

Avec cet arrêt, la Cour de justice renforce davantage le statut des ressortissants turcs dans l'Union européenne, dans le souci d'assurer que les règles nationales en matière d'immigration ne deviennent pas un instrument pour empêcher de tels ressortissants de jouir des droits qu'ils tirent des dispositions de l'accord d'association CEE-Turquie.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, «Exigence de connaissances linguistiques de base de la langue officielle d'un Etat membre et clause de « standstill » dans le cadre de l'association CEE-Turquie», www.ceje.ch, actualité du 16 juillet 2014.*

### **34. Compétence externe exclusive de l'Union pour négocier la convention sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion**

Le Conseil de l'Europe a adopté en 1961 une Convention visant la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. Le but a été de régler les obstacles que peuvent apparaître lorsqu'un organisme de radiodiffusion transmet ses programmes de radio ou de télévision par satellite. L'Union européenne n'est pas partie à ladite Convention.

En vue d'accroître la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion, l'adoption d'une nouvelle convention a été proposée par le Conseil de l'Europe. Au sein de l'Union européenne, l'ouverture des négociations pour une future convention pour la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion a été autorisée par une décision du Conseil de l'Union européenne. Ladite décision prévoit une participation mixte de la Commission et des Etats membres, selon leurs compétences respectives, aux négociations. Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation (*Commission c. Conseil*, aff. C-144/12), intenté par la Commission européenne, laquelle invoque notamment une violation de la compétence externe exclusive de l'Union pour la négociation d'une telle convention sur le fondement des articles 2, paragraphe 2 et 3, paragraphe 2, TFUE.

La Commission européenne considère que l'Union dispose d'une compétence externe exclusive étant donné que les engagements internationaux, en l'espèce relèvent, à tout le moins en grande partie, du domaine d'application de règles communes que l'Union a instituées. En outre, ces négociations risquent d'affecter les règles communes de l'Union dans ledit domaine, y compris lorsqu'elles portent sur des éléments pour lesquels il est envisagé d'aller au-delà de l'acquis de l'Union. Le Conseil de l'Union européenne considère d'une part, que la compétence dans le domaine des droits voisins des organismes de radiodiffusion est partagée, et d'autre part, que même si une partie importante, de l'accord international envisagé relève d'un domaine couvert par des règles communes de l'Union ne suffit pas pour conclure au caractère exclusif de la compétence de l'Union.

Avant de revenir sur le principe qui découle de l'arrêt *AETR* et la jurisprudence y relative, la Cour de justice souligne que le moyen invoqué relatif à la violation de l'article 3, paragraphe 2, TFUE est fondé. Précisément, l'article 2, paragraphe 2, TFUE ainsi que le protocole n°25 sur l'exercice des compétences partagées ne sont pas pertinents en l'espèce, puisqu'ils ne concernent pas l'article 3 TFUE. La Cour rappelle ensuite que l'existence d'une compétence externe exclusive trouve son fondement dans le risque que l'accord international envisagé, puisse affecter les règles communes de l'Union, ou d'en altérer la portée. Elle rappelle en outre qu'une concordance complète entre le domaine couvert par l'engagement international et celui couvert par la réglementation de l'Union n'est pas nécessaire.

S'agissant de la convention en matière de protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion, la Cour vérifie enfin si le contenu de la convention en cause est couvert par des règles communes de l'Union. Il résulte des directives 93/83, 2001/29, 2004/48, 2006/115 et 2006/116, que les droits voisins des organismes de radiodiffusion font l'objet, en droit de l'Union européenne, d'un cadre juridique harmonisé qui vise, notamment, à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Selon la Cour, ce cadre juridique de l'Union intègre un certain nombre d'évolutions liées aux défis technologiques, au nouvel environnement numérique et au développement de la société de l'information. Les règles de l'Union contiennent donc un régime homogène de protection élevée en faveur des organismes de radiodiffusion en relation avec leurs émissions. Ainsi le domaine de la convention envisagée est couvert par les règles de l'Union.

Sur la base de ce qui précède, la Cour approfondit son analyse de certains éléments de la convention envisagée plus en détail, lesquels étaient à l'origine du désaccord entre la Commission et le Conseil. D'abord, en lien avec le droit de rediffusion, la Cour examine l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2006/115 qui attribue une portée matérielle précise au droit de rediffusion dans le droit de l'Union, en la circonscrivant à la rediffusion par le moyen des ondes radioélectriques. Elle conclut que quant à cet élément une compétence externe exclusive est requise étant donné que la portée des règles de l'Union pourrait être altérée, puisque les négociations du Conseil de l'Europe viseraient à étendre ce droit à la rediffusion par fil ou par internet. Ensuite, la protection des signaux prédiffusés n'est pas encore couverte par le droit de l'Union. L'éventualité que les négociations pourraient envisager une telle protection n'entre pas en ligne de compte pour la Cour lorsqu'elle détermine la nature exclusive ou partagée de la compétence. Finalement, en lien avec le respect des droits voisins des organismes de radiodiffusion, les directives 2001/29 et 2004/48 de l'Union, prévoient des sanctions et de voies de recours, mais le contenu de la convention n'étant pas encore certain à ce propos, la Cour de justice ne prend pas cet élément en considération.

La Cour conclut que le contenu des négociations en vue d'une convention du Conseil de l'Europe relative à la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion, relèvent de la compétence exclusive de l'Union. La décision attaquée a donc été adoptée en violation de l'article 3, paragraphe 2, TFUE et doit être annulée.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Stefanie Schacherer, «Compétence externe exclusive de l'Union pour négocier la convention sur la protection des droits des organismes de radiodiffusion», www.ceje.ch, actualité du 9 septembre 2014.*

### ***35. Le rôle de l'Union européenne à l'OMC, compte rendu d'une conférence tenue le 25 septembre 2014***

M. Angelos Pangratis, Ambassadeur et Représentant permanent de l'Union européenne à l'OMC, a donné une conférence sur «*le rôle de l'Union européenne à l'OMC*», au Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, le 25 septembre 2014. M. Pangratis, Chef de la Mission Permanente de l'Union européenne auprès de l'OMC depuis janvier 2011, a axé sa

présentation sur l'uniformité et l'efficacité de l'action de l'Union européenne et de ses Etats membres au sein de cette organisation.

Il a d'abord indiqué que le rôle de l'Union européenne dans une organisation internationale comporte aussi la coordination interne avec ses Etats membres. M. l'Ambassadeur A. Pangratis, a exposé à cet égard que dès lors que la politique commerciale commune relève de la compétence exclusive de l'Union européenne, le statut de membre de celle-ci au sein de l'OMC, dans les domaines d'activité relevant de cette politique, n'est pas particulièrement problématique, même si les Etats membres de l'Union continuent à siéger au sein de cette organisation aux côtés de l'Union. Celle-ci s'exprime constamment d'une seule voix. La compétence exclusive en matière de politique commerciale commune est un facteur très important pour la cohérence de la représentation de l'Union européenne. Cependant, les arrangements pratiques qui se sont développés ces dernières années et qui répondent aux besoins d'action de l'Union, sont également un facteur important susceptible d'accroître la cohérence et l'efficacité de l'action de l'Union au sein de l'OMC. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et la création du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) ont contribué à accroître l'efficacité de la coordination entre l'Union et ses Etats membres tout en maintenant la complexité du système interne de l'Union. M. Pangratis a également souligné que la représentation permanente de l'Union à Genève auprès de l'OMC reçoit des instructions de la Commission européenne, à savoir par la Direction générale du commerce.

L'autre aspect important soulevé par l'Ambassadeur Pangratis a trait au rôle de l'Union européenne en tant que telle au sein de l'OMC. Les positions communes que l'Union présente lors des débats à l'OMC, sont des positions « *balancées* » puisque la coordination interne au sein de l'Union européenne est déjà le fruit d'un compromis entre les différents intérêts des Etats membres de l'Union. De façon générale, M. l'Ambassadeur Pangratis considère que le rôle de l'Union au sens de l'organisation est positif dans le sens où il renforce le système de l'OMC. Le fait que l'Union européenne négocie de nombreux accords bilatéraux et plurilatéraux en matière de libre-échange ne signifie pas que l'OMC n'est plus le cadre adéquat pour le développement du commerce international. Au contraire, les accords bi - et plurilatéraux devraient servir le système multilatéral de l'OMC.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Stefanie Schacherer, «Le rôle de l'Union européenne à l'OMC, Genève le 25 septembre 2014», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 1<sup>er</sup> octobre 2014.*

### **36. L'Union européenne dans l'Organisation internationale de la vigne et du vin. Clarifications sur les conditions d'application de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE**

Aux termes de l'article 218, paragraphe 9, TFUE, le Conseil, sur proposition de la Commission européenne, adopte une décision « *établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord* ». Cette disposition ne précise toutefois pas si l'adoption d'une telle décision présuppose que l'Union européenne soit partie à un accord instituant une organisation internationale, ou s'il suffit que les actes adoptés dans le cadre d'une telle organisation aient une incidence sur le droit de l'Union, sans qu'il soit nécessaire que celle-ci dispose d'un droit de vote ou de représentation. Une clarification sur ce point a été apportée par la Cour de justice dans l'arrêt *Allemagne c. Conseil*, rendu en grande chambre le 7 octobre 2014 (aff. C-399/12).

Les Etats membres de l'Union européenne ont coordonné leurs positions au sein du groupe de travail sur les vins et l'alcool de l'Organisation internationale de la vigne et du vin (ci-après l'OIV), dont l'Union n'est pas partie. En considérant que certaines recommandations adoptées au

sein de cette organisation sont susceptibles d'affecter l'acquis de l'Union dans le domaine vitivinicole, la Commission européenne a proposé, à deux reprises, des projets de décisions arrêtant la position de l'Union aux fins de l'adoption desdites recommandations. Les décisions proposées n'ayant pas été adoptées, la présidence de l'Union a présenté deux propositions successives de compromis, qui ont abouti en l'adoption de deux décisions sur le fondement de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE. L'une de ces décisions a fait l'objet du recours en annulation introduit par le gouvernement allemand, qui a fait valoir l'inapplication dudit article. A cette fin, le gouvernement requérant s'est appuyé sur une interprétation littérale de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE, en soutenant que l'applicabilité de celui-ci est conditionnée par le fait l'Union dispose, dans une instance internationale, d'un droit de vote ou de représentation. Dès lors que l'Union européenne n'est pas partie à l'accord instituant l'OIV, il ne saurait être considéré que les actes adoptés au sein de cette organisation sont contraignants pour l'Union.

Le Conseil, en revanche, a fait valoir que l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE est applicable aux fins de l'établissement des positions à prendre au nom de l'Union européenne dans une organisation internationale telle que l'OIV. Selon le Conseil, cette application n'est pas conditionnée par le fait que l'Union dispose d'un droit de représentation ou de vote au sein de l'OIV, dès lors que l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE vise, non la négociation ou la conclusion, mais la mise en œuvre d'un accord international, susceptible d'avoir des effets juridiques pour l'acquis de Union. En ce sens, l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE, établit un cadre procédural permettant de définir la position de l'Union européenne dans les organisations internationales, y compris celles dont elle n'est pas partie.

La Cour de justice a apprécié l'application de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE sur deux points : un personnel et un matériel. Sur le plan *ratione personae*, concernant la nécessité que l'Union européenne soit liée par un accord instituant une organisation internationale, la Cour a considéré qu'aux fins de l'application dudit article, il ne saurait être considéré qu'il pose une exigence que l'Union européenne soit partie d'une organisation internationale, afin que les actes adoptés dans le cadre de celle-ci soient juridiquement contraignants pour l'Union.

Sur le plan *ratione materiae*, relatif à l'effet, en droit de l'Union, des recommandations adoptées dans le cadre de l'OIV, la Cour de justice a souligné que le domaine vitivinicole est « *très largement réglementé* » (pt 51), et comprend des dispositions en vertu desquelles, lesdites recommandations sont explicitement assimilées à des règles du droit de l'Union européenne. Elle a, par conséquent, conclu que l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE trouve à s'appliquer, dès lors qu'il s'agit d'arrêter la position de l'Union, aux fins de l'adoption de recommandations susceptibles de produire une incidence directe sur l'acquis de celle-ci. Le recours en annulation introduit par le gouvernement allemand a donc été rejeté.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «L'Union européenne dans l'Organisation internationale de la vigne et du vin. Clarifications sur les conditions d'application de l'article 218, paragraphe 9, du traité FUE», www.ceje.ch, actualité du 15 octobre 2014.*

### **37. La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la compétence de l'Union européenne**

Saisie pour avis par la Commission européenne en juin 2013, la Cour de justice de l'Union européenne devait répondre à une question en apparence simple : L'acceptation de l'adhésion d'un pays tiers à la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants relève-t-elle de la compétence exclusive de l'Union européenne ?

A l'origine de cette saisine de la Cour de justice pour avis, se trouve la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (ci-après la "convention de La Haye de 1980"). Tous les Etats membres sont parties contractantes à cette

convention ayant pour objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement et de faire respecter effectivement les droits de garde et de visite dans tous Etats contractants. A diverses dates, huit Etats tiers ont déposé des instruments d'adhésion à la convention de La Haye de 1980. La Commission, estimant que l'Union disposait d'une compétence exclusive en la matière, a adopté une série de projets de décisions du Conseil de l'Union européenne concernant les déclarations d'acceptation par les États membres, dans l'intérêt de l'Union, de l'adhésion de ces huit États tiers à ladite convention. Une majorité d'Etats membres considérant que l'Union ne disposait pas d'une compétence exclusive, le Conseil n'a pas adopté les propositions de décisions de la Commission. Suite à cela, la Commission a saisi la Cour de justice de l'Union européenne pour trancher la question, comme le prévoit l'article 218, paragraphe 11, TFUE.

La Commission, soutenue par le Parlement européen, considère que la demande d'avis est recevable, sans pour autant étayer son affirmation. Au contraire, les Etats membres intervenant à la procédure considèrent que la demande n'est pas recevable car la demande ne vise pas selon eux la conclusion d'un "accord" au sens de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, qu'en tout état de cause il ne pourrait s'agir d'un accord de l'Union avec des Etats tiers car l'adhésion à la convention de La Haye de 1980 n'est ouverte qu'aux Etats ce qui empêche l'adhésion de l'Union. Du fait de l'inaction du Conseil, l'accord ne serait par ailleurs pas "envisagé" comme le requiert la disposition précitée.

La Cour estime la demande recevable et explique que l'acte d'adhésion et la déclaration d'acceptation expriment un concours de volontés des Etats concernés et constituent donc un accord international au sens du droit international public. L'impossibilité d'adhérer à un accord international pour l'Union n'est pas non plus un obstacle à la recevabilité de la demande car lorsque l'Union dispose d'une compétence en droit de l'Union pour adhérer à un accord mais voit son adhésion rendue impossible par l'accord lui-même, cette compétence peut être exercée par l'intermédiaire des États membres agissant dans l'intérêt de l'Union. Enfin, la Cour estime qu'un accord peut être envisagé par plusieurs institutions de l'Union européenne, ces institutions incluant la Commission, et que dès lors la condition de l'article 218, paragraphe 11, TFUE était remplie du fait de la simple introduction des propositions de décisions par la Commission au Conseil, sans qu'il soit requis que ces propositions de décisions soient effectivement adoptées.

Sur le fond, le Parlement et la Commission soutiennent que l'Union dispose d'une compétence externe exclusive pour adopter les déclarations d'acceptation d'adhésion. L'Union aurait exercé sa compétence au travers du règlement n° 2201/2003 qui, bien que ne retranscrivant pas les dispositions de la convention en cause, ne peut être appliqué sans une application parallèle de cette convention.

Les Etats membres soutiennent que le règlement précité poursuit un objectif différent de celui des décisions d'acceptation d'adhésion. Ils soutiennent en outre que les chevauchements qui existent entre ce règlement et la convention ne seraient pas susceptibles d'établir une compétence exclusive de l'Union.

La Cour rappelle sa jurisprudence codifiée à l'article 216, paragraphe 1, TFUE sur les compétences implicites. Sur cette base, la Cour affirme l'existence d'une compétence externe de l'Union européenne. Sur la nature de cette compétence, la Cour de justice relève qu'aucune disposition législative ne prévoit expressément la possibilité pour l'Union d'accepter l'adhésion d'un État tiers à la convention de La Haye de 1980 et qu'il y a lieu d'examiner cette condition à la lumière de la condition figurant à l'article 3, paragraphe 2, TFUE en vertu de laquelle la conclusion d'un accord international relève de la compétence exclusive de l'Union dans la mesure où elle est "susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée". La Cour estime qu'en raison des chevauchements existant entre la convention et le règlement précédemment évoqués, il y a bien un risque d'affectation des règles communes dans les domaines concernés.

Sur la base de ces développements, la Cour conclut que l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour accepter l'adhésion d'Etats tiers à la convention de La Haye de 1980.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la compétence de l'Union européenne», www.ceje.ch, actualité du 22 octobre 2014.*

### **38. Compétence externe exclusive de l'Union européenne dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie renouvelable**

Dans son arrêt du 26 novembre 2014 dans l'affaire *Green Network* (C-66/13), la Cour de justice de l'Union européenne a conclu que les traités de l'Union s'opposent à un décret législatif italien mettant en œuvre la directive 2001/77, dans la mesure où ces dispositions prévoyaient la conclusion d'un accord international entre l'Etat membre en question et un Etat tiers. A cette occasion, la Cour a conclu à l'existence d'une compétence externe exclusive dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables.

La présente affaire s'inscrit dans le contexte plus général d'un objectif de l'Union qui vise à établir un cadre commun relatif à la production et à la promotion d'énergie à partir de sources renouvelables. Afin de mettre en œuvre cet objectif, des garanties d'origines de la production de l'électricité sont nécessaires. Ces dernières sont reconnues dans toute l'Union afin de permettre l'échange d'électricité. Actuellement, au niveau du droit de l'Union, les Etats membres disposent d'une discrétion en ce qui concerne les mécanismes de soutien des sources renouvelables. Des certificats verts font notamment parti des mécanismes introduits par les Etats membres.

Le litige au principal est survenu en 2005, lorsque la société *Green Network* a demandé à l'autorité compétente italienne, *Gestori servizi energetici* (GSE), d'être dispensée de l'obligation d'acheter des certificats verts en ce qui concernait les quantités d'électricité importées de Suisse, puisque cette électricité avait été produite en Suisse à partir de sources d'énergie renouvelables. GSE a rejeté cette demande au motif que, pendant l'année 2005, la République italienne et la Confédération suisse n'avaient pas encore conclu d'accord tel que visé à l'article 20, paragraphe 3 du décret italien applicable. Par conséquent, GSE a enjoint à *Green Network* d'acheter 378 certificats verts, pour un montant global de 2 367 792 euros. La société n'avait pas obtempéré. Par la suite, une amende administrative de 2 466 450 euros a été infligée par l'*Autorità per l'energia elettrica e il gas* (AEEG).

Devant la juridiction nationale, *Green Network* a soutenu que la réglementation nationale qui mettait en œuvre la directive 2001/77 était incompatible avec les traités de l'Union. Dans le cadre de ce litige opposant la société *Green Network* à l'AEEG que la juridiction italienne a introduit la demande de décision préjudicielle, qui portent notamment sur la compétence de l'Union et sur l'implication de l'existence de l'accord de libre-échange entre la Communauté européenne et la Confédération suisse

La première question posée à la Cour, qui constituait aussi la question centrale de l'affaire, était de savoir si, eu égard à l'existence de la directive 2001/77 et, en particulier, des dispositions de l'article 5 de celle-ci, l'Union dispose d'une compétence externe exclusive dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Dans l'affirmative, si la compétence externe exclusive s'opposait à une disposition nationale, qui prévoit l'octroi d'une dispense de l'obligation d'acquérir des certificats verts à raison de l'introduction d'électricité importée d'un Etat tiers, moyennant la conclusion d'un accord préalable, entre l'Etat membre et l'Etat tiers concerné. En vertu d'un tel accord, l'électricité ainsi importée est garantie comme verte, selon des modalités identiques à celles que prévoit ledit article 5.

Selon la Cour, une disposition nationale est susceptible d'entraver la compétence externe exclusive de l'Union, si celle-ci « est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ». Elle se réfère ici à la formulation contenue à l'article 3, paragraphe 2, dernière phrase TFUE codifiant la jurisprudence AETR. S'agissant de la disposition nationale litigieuse, en subordonnant le bénéfice de l'avantage que cette disposition confère aux importateurs d'électricité à la conclusion préalable d'un accord international, elle initie un processus de nature à conduire à la matérialisation effective d'une telle conclusion, ce qui suffirait à porter atteinte à la compétence externe exclusive de l'Union (cf. arrêt *Commission c. Grèce*, aff. C-45/07). Encore faut-il qu'il existe un risque de porter atteinte à des règles communes par des engagements internationaux pris par les États membres, ou d'altérer la portée de ces règles, lorsque ces engagements relèvent du domaine d'application desdites règles (cf. avis *I/13*, pt 71). A cet égard, la Cour a souligné que des accords tels que ceux prévus par la disposition nationale litigieuse sont précisément destinés à assurer que des garanties d'origine émises par les autorités de cet État tiers seront, à l'instar des garanties d'origine délivrées dans les États membres en application des dispositions de l'article 5 de la directive 2001/77 et moyennant le respect de conditions analogues à celles que prévoient lesdites dispositions, reconnues, sur le marché de la consommation de cet État membre. Ainsi, la Cour a considéré qu'un tel accord est de nature à étendre le champ d'application du mécanisme harmonisé de certification propre aux garanties d'origine émises dans les États membres, institué par ladite directive. Il s'ensuit qu'un accord de ce type est susceptible d'altérer la portée des règles communes que comporte l'article 5 de la directive 2001/77. En outre, malgré le fait qu'un État membre dispose en vertu de la directive en question d'une large marge d'appréciation aux fins de l'adoption et de la mise en œuvre de régime de soutien, la Cour a estimé que la conclusion d'un accord avec un État tiers est aussi susceptible d'interférer avec l'obligation incombant aux États membres d'augmenter leur production d'électricité verte. Et cela de manière à contribuer à l'atteinte des objectifs nationaux indicatifs qui leur sont impartis, conformément à l'article 3 de cette directive, et de participer ainsi à la poursuite de l'objectif indicatif global au niveau de l'Union elle-même. Sur la base de ce qui précède, la Cour a répondu à la première question que les traités doivent être interprétés en ce sens que, eu égard aux dispositions de la directive 2001/77, l'Union dispose d'une compétence externe exclusive s'opposant à une disposition telle que la disposition nationale litigieuse.

L'existence de l'accord de libre-échange entre la Communauté européenne et la Confédération suisse de 1972 a amené la juridiction italienne à se demander si cet accord s'opposait également à la disposition nationale litigieuse. La Cour n'a pas examiné cette question puisque la compétence externe exclusive s'opposait de toute manière à la disposition nationale en question.

Le présent arrêt peut être salué sur à deux aspects. En premier lieu, la constatation de l'existence d'une compétence externe exclusive dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables est une conséquence logique de l'activité importante de l'Union européenne en la matière depuis les derniers dix ans. En second lieu, la réglementation italienne alourdissait *de facto* la mise en œuvre des objectifs de la directive 2001/77, notamment son objectif d'augmenter l'exploitation des sources d'énergie renouvelables à travers lequel l'Union européenne vise à contribuer à la protection de l'environnement.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Stefanie Schacherer, «Compétence externe exclusive de l'Union européenne dans le domaine de la promotion de l'utilisation de l'énergie renouvelable», www.ceje.ch, actualité du 9 décembre 2014.*

### **39. L'Union économique et monétaire ouest-africaine : vingt ans après sa création**

Le phénomène d'intégration économique n'est pas l'apanage du seul continent européen. Après l'Europe qui l'a connu dès les années 1950, c'est au tour du continent africain de connaître cette forme particulière d'organisation interétatique présentée, sinon comme une panacée, du moins

comme une voie appropriée pour faire face à la poussée de la mondialisation dans un contexte marqué par une tendance à l'ouverture des marchés économiques. Créée le 10 janvier 1994 par le traité de Dakar (Sénégal), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août de la même année, l'Union économique et monétaire ouest-africaine (ci-après UEMOA) réunit huit Etats de l'Afrique de l'Ouest : Bénin, Burkina-Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

L'UEMOA a étendu au domaine économique, l'intégration monétaire qui existait déjà depuis 1962 entre ces pays ayant en commun le franc CFA. Contrairement au vieux continent où l'intégration a été conçue comme un moyen d'exorciser la guerre qui l'avait profondément marqué, c'est plutôt la crise économique des années 1990 et le spectre de la dévaluation du franc CFA, qui a conduit les pays africains à coordonner leurs politiques économiques au sein d'une organisation de type supranational. Fortement inspiré des traités sur l'Union européenne, le traité de Dakar se fixe entre autres objectifs, à son article 4, la création d'une union douanière et d'un marché commun basé sur une politique commerciale commune ainsi que sur la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Le traité prévoit la mise en œuvre d'autres politiques communes en matière de transports et de télécommunications, d'environnement, d'agriculture, d'énergie, d'industrie et de mines. L'article 3 dudit traité affirme quant à lui, que l'UEMOA respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981. En vue d'atteindre ses objectifs, l'organisation s'est dotée d'organes constitués de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, organe suprême de l'UEMOA, d'un conseil des ministres, d'une commission, d'une cour des comptes ainsi que d'une cour de justice chargée de veiller « *au respect du droit quant à l'interprétation et l'application du traité de l'Union* » conformément à l'article 1, du protocole additionnel n°1, relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA. Vingt ans après sa création, le bilan de l'UEMOA reste mitigé.

S'il faut lui reconnaître certains succès dans l'établissement du marché commun et des politiques sectorielles communes telles que la politique agricole commune, force est de constater l'existence de nombreux facteurs entravant l'effectivité des libertés fondamentales et d'une véritable union de droit au sens du droit de l'Union européenne. Cette situation appelle plus d'efforts des Etats membres et des organes de l'UEMOA, dans l'application effective du droit au profit des individus. Elle constitue un défi pour ces Etats mais bien plus, pour la Cour de justice de l'UEMOA, principale garante du respect du droit au sein de l'organisation. D'où la nécessité pour cette dernière, d'assurer convenablement son rôle en devenant un acteur décisif de l'intégration économique ouest-africaine comme l'a été la Cour de justice de l'Union européenne dans l'intégration européenne.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Relwende Louis Martial Zongo, «L'Union économique et monétaire ouest-africaine : vingt ans après sa création», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 7 octobre 2014.*

## **IX. Politique étrangère et de sécurité commune**

### ***40. Quelle est la base légale adéquate de la décision portant signature et conclusion, par l'Union, d'un accord international en matière de piraterie ?***

Dans l'avis 2/00, la Cour de justice a précisé que le choix de la base légale des actes pris par les institutions de l'Union européenne constitue une exigence de nature constitutionnelle. L'affaire Parlement c. Conseil (aff. C-658/11), dont les conclusions ont été présentées par l'avocat général Y. Bot le 30 janvier 2014, confirme cette position. Dans cette affaire, le Parlement européen a introduit un recours en annulation contre une décision du Conseil portant signature et conclusion d'un accord entre l'Union européenne et la République de Maurice, relatif aux conditions de transfert des personnes suspectées d'actes de piraterie et des biens associés saisis, ainsi qu'aux conditions des personnes suspectées d'actes de piraterie après leur transfert. Contrairement aux arguments avancés par le Conseil, le Parlement européen a soutenu que l'objet dudit accord ne relève pas exclusivement de la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après la PESC), mais comporte des aspects de coopération policière et judiciaire en matière pénale, ainsi que de coopération au développement. En vertu de l'article 218, paragraphe 6, du traité FUE, l'approbation du Parlement européen n'est pas prévue pour les accords relevant exclusivement de la PESC, alors qu'elle est requise lorsqu'il est établi qu'en outre d'un rattachement à la PESC, l'objet de l'accord contient des aspects se rattachant à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

En soulignant le fait qu'en vertu des traités, la participation du Parlement européen n'est pas prévue pour la totalité de domaines relevant de l'action extérieure de l'Union européenne, l'avocat général Bot a rappelé l'exigence énoncée à l'article 21, paragraphe 3, du traité UE, selon laquelle l'Union est tenue de veiller à la cohérence entre les domaines relevant de ladite action, ainsi qu'entre ceux-ci et les autres politiques menées par l'Union. Il serait, selon lui, permis au Conseil d'intégrer, dans les actes adoptés au titre de la PESC, des éléments relevant des autres politiques de l'Union, à condition que le 'centre de gravité' de ces actes se trouve dans le cadre de la PESC.

Compte tenu de ces considérations, l'avocat général estime que la décision litigieuse, ainsi que l'accord international auquel elle se rapporte, relèvent exclusivement du domaine de la PESC. Au soutien de cette position, il précise qu'une série de résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU ont été reprises en droit de l'Union européenne, notamment avec l'adoption d'une action commune 2008/851/PESC, concernant l'opération militaire de l'Union européenne en vue d'une contribution à la dissuasion, à la prévention et à la répression des actes de piraterie et de vols à main armée au large des côtes de la Somalie. L'avocat général considère que la circonstance que l'accord en cause fait partie intégrante de la mise en œuvre de cette dernière « constitue déjà un indice sérieux de son rattachement à la PESC » (pt 70). En ce sens, l'accord pourrait être perçu comme un « prolongement » des résolutions du Conseil de sécurité, telles que reprises en droit de l'Union par ladite action commune (pt 78). Par conséquent, le fait que l'accord international comporte un volet relatif à la lutte contre la criminalité organisée ne serait pas suffisant pour partiellement soustraire ledit accord au domaine de la PESC, dès lors que les missions engagées par l'Union dans ce domaine pourraient, en effet, comprendre des instruments « traditionnels » de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (118).

L'avocat général conclut, dans ces circonstances, que le recours du Parlement européen devrait être rejeté.

Les conclusions dans l'affaire sous examen sont intéressantes car elles contiennent deux principaux critères à retenir lorsqu'il s'agit de trancher une question relative au choix d'une base légale. Premièrement, compte tenu d'une jurisprudence constante en la matière, il est possible de conclure que c'est l'objectif prépondérant, le 'centre de gravité', d'un acte qui appelle à une base légale donnée. Le seul fait qu'un acte, de par son objet, touche à plusieurs domaines de

compétences de l'Union, ne devrait pas systématiquement conduire à multiplier ses bases légales. Deuxièmement, lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère approprié d'une base légale, il semble pertinent de prendre en compte la législation déjà adoptée par les institutions de l'Union dans le domaine concerné. Dans l'affaire sous examen, l'existence d'une position commune en matière de piraterie, a permis de renforcer la conviction de l'avocat général Bot que l'accord constitue un «prolongement» de cette dernière, dès lors qu'il vise, de manière prépondérante, à réaliser les objectifs de la PESC, énoncés aux articles 21 et suivants du traité UE.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, «Quelle est la base légale adéquate de la décision portant signature et conclusion, par l'Union, d'un accord international en matière de piraterie ?», www.ceje.ch, actualité du 6 février 2014.*

#### **41. *The Common Security and Defense Policy – Europe as a global player?, summary of a conference held on May 6th 2014***

Le CEJE invited Professor Torsten Stein to give a conference on 6 May 2014 on the topic of *The Common Security and Defense Policy – Europe as a global player?* The conference comprised two parts. In the first part, the law of the books and its evolution were presented, and the second part, the actual capability and achievements of the Common Security and Defense Policy were highlighted.

Professor Stein debuted the conference with a presentation of the origins of the Common Security and Defense Policy (CSDP), with the creation of the Western European Union (WEU) in 1948 and the high hopes of the European Defense Community, an ambitious project created by a treaty signed in 1952 but that collapsed after the French parliament refused in 1954 to ratify the treaty. This failure led to the increased role of NATO in the effective protection of European security and left foreign policy to the Member states in the 1957 treaty of Rome. The implementation of a Defense Policy in the European Union was slow with evolutions in the Single European Act of 1986, which codified for the first time the unofficial cooperation in the sphere of foreign policy but which was still lacking a binding obligation to European Union Member States and left aside military cooperation due to disagreements between some Member States. In 1992, the Maastricht treaty brought a new evolution when the Common Foreign and Security Policy became known as the second pillar. This evolution had not been anticipated like other evolutions enshrined in that treaty like the implementation of the Economic and Monetary Union but was added after the fall of the Berlin wall and the fall of the USSR. Because it was in that second pillar it was not a truly European integration but it formally covered all areas of foreign policy including the military aspects. While it was a welcome evolution, it was lacking a collective defense clause similar to what is found in the NATO treaty. The implementation of the policy was left to the WEU that had been left idle for many years. The Amsterdam treaty of 1997 slightly changed the wording and integrated the so called “Petersberg Tasks”, adopted by the WEU members in 1992 and listing the different tasks that were to be fulfilled by the European Union, which was on its way to replace the WEU altogether. The Lisbon treaty was the first one to integrate a mutual defense clause and integrated fully the Common Foreign and Security Policy, including the Common Security and Defense Policy in articles 42 to 46 of the treaty on European Union (TEU). It also created a European Defense Agency to coordinate operational needs, rendering the WEU useless and leading to its dissolution in June 2011.

After exposing the legal current state of the defense and security policy, Professor Stein pointed out the factual consequences on the ground, which did not always follow the plans laid out in the different treaties. Defense budgets in all European countries have been decreasing ever since the end of the Cold War. When the military component of the defense policy was included in the Maastricht treaty, it was clear that European nations didn't have the means to provide additional military capability and therefore NATO to maintain its involvement. The lack of military

capability has prevented the Common Security and Defense Policy from developing fully as it remains highly dependent on NATO military equipment. Despite the lack of military capability, the European Union has led several missions in Macedonia and Congo among others and is still conducting missions for example in Bosnia, Somalia, and several African countries. However, these missions are often military training or police cooperation missions and not military interventions.

The conference concluded on the consideration of the position of the European Union as a global player. When looking at it from a purely geographic point of view, the Common Security and Defense Policy has certainly reached a global stage. However, the limitations that clearly appear in the scope of missions that can be conducted without relying on only a few Member States or the United States through NATO show that this policy has yet to make the European Union a global player.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «The Common Security and Defense Policy – Europe as a global player? », [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 12 mai 2014.*

## X. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

### *42. Contrôle de la base juridique d'une décision mettant à jour l'accord sur la libre circulation entre l'Union européenne et la Suisse*

La libre circulation entre la Suisse et l'Union européenne a pris une place importante dans la politique après la votation du 9 février 2014. Ce même sujet est au cœur de l'arrêt du 27 février 2014 rendu dans l'affaire Royaume Uni c. Conseil (C-656/11).

Le Royaume-Uni demande à la Cour d'annuler la décision 2011/863 du Conseil, du 16 décembre 2011, relative à la position que doit adopter l'Union européenne au sein du Comité mixte institué par l'accord de libre circulation des personnes entre l'Union européenne et la Suisse. L'accord en question a été conclu en 1999 et coordonne notamment les systèmes de sécurité sociale. Dans cette matière, les parties sont convenues d'appliquer entre elles « les actes communautaires auxquels il est fait référence tels qu'en vigueur à la date de la signature de l'accord ». Ces actes figurent dans une annexe de l'accord et la décision 2011/863 porte précisément sur la modification de cette annexe afin d'y inclure les actes de l'Union les plus récents dont le règlement n° 883/2004 remplaçant et abrogeant le règlement n° 1408/71.

Un premier projet de décision ayant pour base juridique l'article 79, paragraphe 2, sous b), TFUE, en liaison avec l'article 218, paragraphe 9, TFUE avait été présenté au Conseil en 2010. Cette base juridique permet, conformément aux protocoles n° 20 et n° 21 annexés au TFUE, au Royaume-Uni de ne participer à la décision que lorsqu'il en manifeste la volonté. Le Royaume-Uni a indiqué qu'il souhaitait, tout en ne prenant pas part à la décision du Conseil, parvenir à un accord avec la Confédération suisse qui exclurait de la coordination des systèmes de sécurité sociale les personnes économiquement inactives. Cette solution a été refusée par la Suisse et une nouvelle proposition de décision a été présentée au Conseil, celle-ci basée sur l'article 48 TFUE, en liaison avec l'article 218, paragraphe 9, TFUE, cette base juridique ne permettant pas au Royaume-Uni de ne pas se voir imposer la décision. Cette nouvelle décision est la décision attaquée, adoptée par le Conseil en dépit des votes défavorables du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Le Royaume-Uni, soutenu par l'Irlande, demande l'annulation de la décision et fait grief au Conseil d'avoir adopté la décision sur la base de l'article 48 TFUE. En adoptant la décision sur cette base juridique, le Conseil aurait privé le Royaume-Uni du droit de ne pas prendre part à la décision conformément au protocole n° 21. A l'appui de ce grief, le Royaume-Uni fait valoir que l'article 48 TFUE est une disposition accessoire au principe de libre circulation, à l'intérieur de l'Union, des travailleurs migrants salariés et non salariés qui sont ressortissants des États membres. La compétence que cet article confère ne pourrait être étendue afin d'adopter des actes en faveur de ressortissants des pays tiers ou des personnes économiquement inactives.

Le Conseil, soutenu par la France et la Commission, considère que l'article 48 TFUE est la base juridique matérielle appropriée. Il expose que le but de la décision attaquée est de faire en sorte que l'acquis de l'Union concernant la coordination des systèmes de sécurité sociale, s'applique tant aux ressortissants suisses ayant leur résidence sur le territoire de l'Union qu'aux ressortissants d'un État membre de l'Union résidant sur le territoire de la Confédération suisse. Le règlement n° 883/2004, au delà de la modification du champ d'application personnel du règlement qu'il remplace, met à jour et simplifie les règles en la matière. La décision attaquée a donc, selon le Conseil, pour objectif de mettre à jour les règles de coordination des systèmes de sécurité sociale déjà en vigueur entre les parties contractantes.

De plus, l'intégration des nouveaux règlements dans l'annexe relative à la coordination des systèmes de sécurité sociale découle, selon le Conseil, directement des engagements pris par l'Union dans le cadre dudit accord. Selon le Conseil et la Commission, l'exclusion d'un État

membre serait en pratique susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'accord bilatéral et irait à l'encontre des obligations de l'Union européenne envers la Suisse.

La Cour de justice accueille les arguments du Conseil, rappelant d'abord que le choix de la base juridique d'un acte de l'Union doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel. La Cour précise que la légalité du choix de la base juridique n'est pas influencée par la conséquence que celui-ci peut avoir quant à l'application ou non du protocole n° 21. A l'inverse, le contexte, le but de la décision et son contenu, ont une influence déterminante. Eu égard au contexte, celui de l'accord bilatérale sur la libre circulation, et au but et au contenu de la décision, à savoir la mise à jour du droit applicable aux ressortissants suisses dans l'Union européenne et aux ressortissants de l'Union en Suisse en remplaçant les références contenues dans l'annexe de l'accord, l'article 48 TFUE pouvait valablement servir de base juridique à l'adoption de la décision attaquée.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Edouard Verté, «Contrôle de la base juridique d'une décision mettant à jour l'accord sur la libre circulation entre l'Union européenne et la Suisse», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 3 mars 2014.*

### **43. Suisse – UE : plaider pour de nouvelles périodes transitoires en matière de libre circulation des personnes**

Dimanche 9 février, le peuple et les cantons suisses ont approuvé l'initiative « Contre l'immigration de masse ». Celle-ci, prévoit la réinstauration de plafonds et de contingents annuels, qui vont à l'encontre du principe même de libre circulation prévu dans l'accord sur la libre circulation entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP). En cela, l'acceptation de l'initiative constitue une violation de l'ALCP, qui sera concrétisée une fois le texte de l'initiative mis en œuvre au plan suisse. Un délai de trois ans est prévu pour renégocier et adapter les accords internationaux contraires à l'initiative.

L'Union européenne a réagi au vote suisse et annonce la suspension possible de deux accords bilatéraux, celui relatif à la recherche et celui relatif à Erasmus. Il s'agit de deux accords importants et symboliques de la relation étroite développée depuis de nombreuses années entre la Suisse et l'Union, mais qui ne sont en même temps pas aussi fondamentaux que d'autres accords des relations bilatérales. Le signal politique est toutefois donné.

La Suisse doit dans ces conditions agir rapidement et contribuer activement à trouver une solution, qui prenne en compte les intérêts suisses et européens, exprimés ces derniers jours.

Fondement de la construction européenne, la libre circulation a été intégrée dans l'ALCP entre la Suisse et l'Union, mais avec une mise en place de cette liberté de manière progressive sur une période transitoire de douze ans, à compter de la date de l'entrée en vigueur dudit accord, soit le 1<sup>er</sup> juin 2002, pour les Etats membres de l'Union européenne (UE-15). La période transitoire a fait l'objet d'adaptations à chaque extension de l'ALCP aux nouveaux membres de l'UE. S'agissant de l'élargissement de l'UE de 2007, en ce qui concerne les ressortissants bulgares et roumains, la période transitoire a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014. Elle pourra, le cas échéant, être prolongée jusqu'au 31 mai 2016. La clause de sauvegarde inscrite dans l'ALCP, déjà utilisée par le Conseil fédéral, n'est activable que pendant la période transitoire existante, qui doit s'achever ce printemps pour la plupart des Etats membres et en 2019 pour les ressortissants roumains et bulgares. L'ALCP contient un autre mécanisme de sauvegarde, permanent celui-ci, mais qui ne peut être invoqué pour justifier des restrictions à la libre circulation des personnes que si le pays concerné se trouve dans une situation économique difficile – ce qui est loin d'être le cas de la Suisse.

Ceci étant, le vote du 9 février démontre clairement que pour les Suisses la libre circulation entre la Suisse et l'Union européenne a été trop rapide. Elle a en tous les cas été perçue ainsi et la conséquence ne s'est pas fait attendre dans l'expression de la volonté de contrôler les flux migratoires. Dans ces circonstances, quelles sont les possibilités envisageables en vue de concilier les intérêts en présence ?

L'idée de fixer des contingents élevés pour résoudre la quadrature du cercle nous paraît doublement artificielle. Même s'ils sont élevés, des contingents instaurés « de manière permanente » restent inconciliables avec le principe de libre circulation. Et même s'ils devaient permettre d'aboutir à une sorte de *statu quo* dans les flux migratoires, ils seraient difficiles à accepter politiquement par l'UDC.

Une autre piste mérite d'être exploitée. La Suisse pourrait plaider la réintroduction de dérogations permettant de fixer des contingents, pendant une période transitoire à définir avec l'UE. Cette approche permettrait à la Suisse de continuer à soutenir le principe de libre circulation, qui est au cœur du marché intérieur de l'UE, et auquel l'Union n'est pas prête de renoncer. Elle permettrait également de prendre en compte les intérêts suisses en prévoyant la mise en place de mesures restrictives. Cette piste constituerait un véritable compromis politique, dans l'attente d'une solution définitive entre les partenaires.

Cette approche de « nouvelle période de transition en matière de libre circulation » permettrait aussi la prise en compte de la situation sensible que connaissent plusieurs Etats membres de l'Union européenne sur le front de la libre circulation. Ceux-ci pourraient, le cas échéant, aussi plaider, pour leur compte, la réintroduction d'une période transitoire dans les relations intra-UE. La période transitoire, prévue dans le traité d'adhésion de 2007, relative à la libre circulation des ressortissants bulgares et roumains étant arrivée à échéance le 31 décembre 2013, a aussi créé des difficultés importantes pour certains Etats membres, comme le Royaume-Uni et l'Espagne pour ne citer que ceux-ci. Cette proposition de l'introduction d'une nouvelle période transitoire dans les relations CH-UE et dans les relations intra-EU pourrait ainsi répondre aux soucis exprimés de part et d'autre.

La Commission européenne s'y opposera certainement, car c'est son rôle en tant que gardienne des traités. La Suisse pourrait toutefois trouver des appuis auprès de certains Etats membres. Un tel système n'est toutefois pensable que s'il est limité dans le temps, peut-être deux, trois ou quatre ans, avec la possibilité d'un réexamen de la situation à la fin de la période transitoire, qui sera fixée d'un commun accord entre la Suisse et l'Union européenne. Une telle négociation ne nous paraît pas dénuée de chance de succès, à condition de trouver dans un premier temps l'accord de principe des auteurs de l'initiative.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Christine Kaddous, « Suisse – UE : plaider pour de nouvelles périodes transitoires en matière de libre circulation des personnes », [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 12 février 2014.*

#### **44. Actualités des relations Suisse-UE – état au 28 mai 2014**

Le Conseil fédéral a décidé, le 28 mai 2014, de prolonger jusqu'au 31 mai 2016 les restrictions temporaires applicables à la circulation des travailleurs bulgares et roumains. Le Conseil fédéral maintient ainsi la politique suivie ces dernières années en ce qui concerne l'ouverture du marché du travail suisse aux travailleurs venant de ces deux Etats membres, exerçant ainsi le droit que lui donne le protocole II à l'Accord sur la libre circulation des personnes. Les restrictions s'appliquent, au-delà des travailleurs salariés, aux prestataires de certains services : aménagement des paysages, construction, nettoyage et services de sécurité.

Le Conseil fédéral a également transmis au Parlement, le même jour, un message portant sur l'approbation d'un crédit-cadre de 45 millions de francs au titre d'une contribution à l'élargissement de l'Union européenne à la Croatie. Ce message fait suite à l'approbation, par le Conseil fédéral, d'un addendum au Mémoire d'entente avec l'Union européenne qui prévoit cette contribution. Cette dernière devrait être engagée avant fin mai 2017, et permettra la réalisation de projets concrets en Croatie qui doivent renforcer les relations de cet Etat avec la Suisse. L'approbation du crédit-cadre par le Parlement permettra la négociation d'un accord-cadre bilatéral, négocié avec la Croatie, qui régira la mise en place de cette coopération. La Suisse conserve la prérogative de décider de la nature et de l'ampleur des projets réalisés.

Les négociations entre la Suisse et l'Union européenne en vue d'un accord institutionnel consolidant les relations bilatérales ont commencé le 22 mai 2014 à Berne. Les questions institutionnelles concernent les accords relatifs à l'accès réciproque aux marchés et portent sur quatre domaines: le développement du droit des accords, leur interprétation et la surveillance de leur application ainsi que le règlement des différends. L'objectif est que, dans l'espace juridique commun créé par les accords bilatéraux, les règles soient interprétées et appliquées de la manière la plus homogène possible. Rappelons enfin que le plan de mise en œuvre de l'initiative approuvée le 9 février 2014 doit être publié fin juin, avant un projet de loi dont l'élaboration est prévue pour fin 2014.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «Actualités des relations Suisse-UE», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 2 juin 2014.*

#### **45. *Ecopop anéantit le principe de libre circulation***

Comme l'initiative «contre l'immigration de masse», le texte d'Ecopop s'oppose frontalement à la libre circulation des citoyens entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse. Si cette initiative est acceptée le 30 novembre, ce nouveau oui risque de rendre plus difficile encore la renégociation de l'accord bilatéral avec l'Union européenne.

Pourtant, selon la professeure Christine Kaddous, directrice du Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, le Conseil fédéral conserve une marge de manœuvre dans ses négociations avec Bruxelles, notamment autour d'une clause de sauvegarde permanente permettant, à certaines conditions, l'application d'exceptions au principe général de libre circulation.

**Le Temps: L'initiative «contre l'immigration de masse», acceptée le 9 février dernier, laisse la porte ouverte à une négociation avec Bruxelles. Qu'en est-il avec le texte d'Ecopop? Crucifie-t-il définitivement la liberté de circuler?**

**Christine Kaddous:** L'une comme l'autre, les deux initiatives sont contraires à l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Les motifs d'incompatibilité sont différents car les textes ne sont pas formulés de la même manière. S'agissant de l'initiative de l'UDC, ce sont avant tout l'instauration de contingents pour les travailleurs étrangers et celle d'une règle de préférence nationale qui contreviennent au principe de non-discrimination entre les ressortissants des Etats membres et les Suisses. Dans le texte d'Ecopop, la limitation à 0,2% par an de l'accroissement de la population résidente permanente attribuable au solde migratoire est problématique puisqu'elle a pour effet de restreindre la libre circulation. Dans les deux cas, les textes instaurent des restrictions quantitatives et anéantissent le principe de libre circulation!

**– A votre avis, comment l'UE réagirait-elle si l'initiative d'Ecopop était acceptée?**

– L'Union verrait dans ce vote une confirmation de la volonté suisse de limiter l'immigration sur son territoire au détriment des engagements pris par notre pays dans le cadre de l'ALCP. La réaction serait vraisemblablement aussi ferme que celle exprimée après le vote du 9 février.

**– Pensez-vous que Bruxelles fermerait la porte à toute négociation avec la Suisse?**

– Pas nécessairement. L'Union européenne, il faut le rappeler, a notamment accepté de poursuivre les négociations dans le domaine de l'électricité et a même commencé de négocier avec la Suisse sur un autre sujet fort délicat, celui des questions institutionnelles au mois de mai dernier, soit un peu plus de deux mois après le vote du 9 février. Si un second vote sur le même type d'objet se produit, cela ne va pas changer radicalement la donne: le Conseil fédéral doit de toute façon envisager la renégociation de l'accord sur la libre circulation ou du moins tenter de le faire. Il est extrêmement difficile à ce stade de prédire l'issue de ces négociations, si elles débutent... Cela étant, un second oui viendrait restreindre la marge de manœuvre déjà faible du Conseil fédéral et augmenterait d'autant les difficultés auxquelles il serait confronté.

**– S'agissant de la mise en œuvre du nouvel article constitutionnel sur l'immigration, l'ambition suisse d'adapter l'accord sur la libre circulation est-elle crédible au regard des déclarations fermes de l'UE pour qui ce principe paraît intouchable?**

– Certes, pour l'Union européenne, le principe de libre circulation est fondamental. Mais si Bruxelles entre en matière pour «rediscuter» l'ALCP, l'on peut penser qu'une marge de manœuvre existe dans la négociation d'une clause de sauvegarde nouvelle qui permettrait, à certaines conditions, de limiter l'application du principe de libre circulation. De telles clauses de sauvegarde existent par exemple dans des accords de libre-échange en ce qui concerne la circulation de marchandises. En fait, dans tout accord international, il est possible de prévoir un principe général et des exceptions au dit principe. Tout est affaire de négociation entre partenaires. On pourrait dès lors imaginer une clause de sauvegarde qui puisse être mise en œuvre, dans un esprit de réciprocité, par la Suisse seule, l'Union européenne ou un Etat membre.

**– Il s'agirait d'un mécanisme différent de la clause temporaire prévue dans l'accord sur la libre circulation, qui permet à la Suisse de maintenir des limites quantitatives pour les travailleurs des nouveaux Etats membres, notamment les Bulgares et les Roumains...**

– Dans l'accord actuel, deux clauses existent. Une clause de sauvegarde temporaire que la Suisse peut mettre en œuvre de manière unilatérale jusqu'en 2019 pour limiter le nombre de titres de séjour octroyés aux travailleurs bulgares et roumains en cas d'afflux important, et que le Conseil fédéral a appliquée en mai dernier. Mais l'ALCP contient également une clause de sauvegarde générale et consensuelle à son article 14. Conformément à cette disposition, le comité mixte composé de représentants de l'UE et de la Confédération se réunit à la demande d'une partie contractante, par exemple la Suisse, en vue de décider des mesures à prendre en cas de «difficultés sérieuses d'ordre économique ou social».

**– Mais au vu de sa situation économique, la Suisse ne peut guère invoquer de tels motifs...**

– En effet. Compte tenu du taux de chômage bas et d'une situation économique globale satisfaisante, il est difficile de considérer que la Suisse se trouve face à des difficultés sérieuses «d'ordre économique ou social» après le vote du 9 février. En revanche, la Confédération pourrait tenter de renégocier cette clause de sauvegarde en élargissant la liste des motifs invocables pour y intégrer les difficultés liées à une croissance massive de l'immigration sur le territoire d'une partie contractante. Cela pourrait notamment se faire par l'établissement d'un seuil, lequel pourrait être défini de commun accord entre la Suisse et l'Union européenne. Idéalement, dans la perspective suisse, une telle clause devrait pouvoir être mise en œuvre de manière unilatérale par une partie contractante. Dans un scénario moins favorable, il serait possible d'envisager sa mise en œuvre de manière consensuelle par décision du Comité mixte.

**– Cette idée a-t-elle la moindre chance d'être acceptée par l'UE?**

– Le défi, c'est évidemment d'obtenir le consentement de l'Union pour l'introduction d'une telle clause dans l'ALCP, lequel a pour objectif principal d'instaurer la libre circulation des personnes

entre les partenaires. Encore une fois, il est difficile en l'état actuel de prédire l'issue des négociations dont on ne connaît pas les tenants et aboutissants! Cela étant, la Suisse est et reste un Etat tiers à l'Union européenne. Ce statut devrait lui permettre d'obtenir une certaine flexibilité de la part de l'Union dans l'application du principe de libre circulation, flexibilité dont ne disposent pas les Etats membres, qui sont soumis au respect strict de ce principe. Je constate par ailleurs que les esprits évoluent: après le 9 février, les réactions de l'UE au vote suisse étaient très fermes; aujourd'hui, le contexte général est différent, compte tenu de la survenance d'événements internes et externes à l'Union, tels que le vote écossais, le sondage catalan, la crise financière qui persiste, les défis liés à l'immigration. Ces changements sont susceptibles de conduire l'Union à considérer la situation suisse dans une perspective nouvelle et plus générale. En outre, les discussions sur la libre circulation ont lieu parallèlement à des négociations dans d'autres dossiers importants comme les questions institutionnelles ou l'accès au marché de l'électricité.

**– Vous estimez donc que la Suisse conserve une marge de manœuvre pour préserver la voie bilatérale?**

– Oui, cette marge de manœuvre existe, sous réserve bien sûr d'une acceptation politique par l'Union européenne de préserver les relations étroites développées avec la Suisse par le biais d'un réseau dense d'accords bilatéraux. L'exercice est difficile, mais n'est pas dénué de chances de succès.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Christine Kaddous, «Ecopop anéantit le principe de libre circulation», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 18 novembre 2014.*

#### ***46. Suisse - Union européenne : une activité de prostitution constitue-t-elle une activité lucrative dépendante ou indépendante ?***

Une ressortissante roumaine qui souhaitait exercer une activité de prostitution en Suisse s'est vu refuser l'octroi d'un permis de séjour par l'autorité compétente du canton de Lucerne, au motif que le club qui demandait le permis n'avait pas démontré que l'activité en question ne pouvait pas être exercée par un citoyen suisse. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision dans un arrêt rendu le 4 septembre 2014 (réf. 2C\_772/2013).

L'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) est applicable dans les relations entre la Suisse, la Bulgarie et la Roumanie depuis le 1er juin 2009. Une période de transition est prévue, au cours de laquelle les parties contractantes ont le droit de restreindre l'accès à leur marché du travail. Au printemps 2014, le Conseil fédéral a décidé de proroger les restrictions à l'accès au marché de travail suisse jusqu'au 31 mai 2016, pour les travailleurs salariés provenant de Bulgarie et Roumanie.

L'intéressée ne contestait pas ce régime. Elle soutenait que son activité de prostitution n'était pas une activité lucrative dépendante, mais indépendante et que par conséquent les restrictions applicables aux travailleurs salariés ne lui étaient pas applicables.

La notion d'activité dépendante est une notion qui relève du droit de l'Union européenne. Celle-ci est interprétée par le Tribunal fédéral en prenant en compte la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne, rendue avant la date de signature de l'ALCP, le 21 juin 1999.

Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a défini les trois éléments essentiels qui caractérisent la notion de d'activité dépendante (ou de travailleur salarié), à savoir l'exercice d'une prestation économique, l'existence d'un lien de subordination et une rémunération (cf. arrêt *Lawrie-Blum*, aff. C-66/85). En droit de l'Union européenne la prostitution peut être considérée, comme une activité dépendante ou indépendante en fonction des circonstances du cas. Selon la Cour de justice, il peut s'agir d'une activité indépendante si la personne exerce son activité en dehors de tout lien de subordination en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération et que

cette personne travaille sous sa propre responsabilité (cf. arrêt *Jany et autres*, aff. C-268/99). Le droit suisse se base sur des critères similaires d'appréciation.

Dans le cas d'espèce, l'intéressée a contesté être un travailleur salarié, au motif qu'il y avait absence de lien de subordination. Elle était libre de choisir ses conditions de travail, le nombre de clients qu'elle recevait, le temps passé avec eux ainsi que le prix de ses services. Le fait qu'elle louait une chambre dans le club et qu'elle utilisait l'infrastructure à disposition ne changeait rien, selon elle, au caractère indépendant de son activité.

Le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette argumentation et a conclu à l'existence d'un lien de subordination entre le club et l'intéressée. Il a d'abord retenu que c'est le club qui choisissait les prostituées et qui décidait du prix de location des lieux. En outre, les prostituées étaient obligées de respecter les règles internes du club. Ainsi, le club dirigeait largement les activités des prostituées. Le Tribunal fédéral a également souligné la dépendance économique de l'intéressée par rapport au club car celle-ci ne pourrait pas assurer ses revenus de la même manière sans l'infrastructure mise à disposition par le club. Les clients entraient notamment en contact avec les prostituées par le biais du site internet du club. Le fait que l'intéressée fixait, seule, le prix de ses services n'a pas d'impact sur l'appréciation globale de la situation.

Sur la base de ces éléments, le Tribunal fédéral a jugé que la ressortissante roumaine exerçait bien une activité dépendante et ne pouvait donc pas bénéficier des droits conférés par l'ALCP.

*Reproduction autorisée avec indication de la source : Stefanie Schacherer, «Suisse - Union européenne : une activité de prostitution constitue-t-elle une activité lucrative dépendante ou indépendante ?», [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch), actualité du 3 novembre 2014.*

\* \* \*

*Le Centre d'études juridiques européennes est rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

**[www.ceje.ch](http://www.ceje.ch)**



CEJE - Centre d'études juridiques européennes  
Université de Genève - Uni Mail  
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](http://www.ceje.ch)