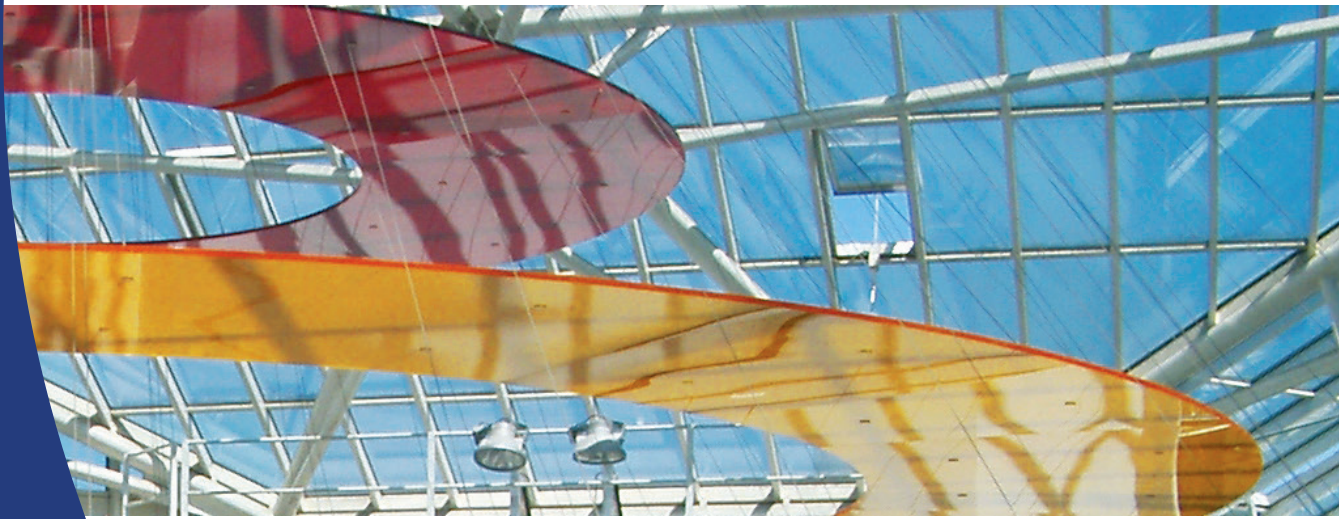


Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2016



Education and Culture DG

Actualités du Centre d'études juridiques européennes – 2016 -

Avant-propos

Le Centre d'études juridiques européennes a le plaisir de publier dans la présente brochure les « actualités » qui ont été rédigées au cours de l'année 2016 et qui offrent un éclairage spécialisé sur les développements du droit de l'Union européenne et des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne. Elles sont principalement rédigées par des doctorants et des chercheurs rattachés au Centre.

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

Nous vous souhaitons une bonne lecture.



Mai 2020

Christine KADDOUS

Professeur, chaire Jean Monnet *ad personam*

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

Table des matières

I. Questions institutionnelles

1. L'Union européenne : quels moyens à disposition pour garantir l'Etat de droit ?
(14. 1. 2016)..... 1
2. L'arrêt Miller ou la première bataille juridique sur le Brexit (10. 11. 2016) 3

II. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

3. La portée de l'arrêt Melloni mise à l'épreuve par la Cour constitutionnelle allemande
(18. 2. 2016)..... 4
4. Placement en rétention d'un demandeur d'asile jugé conforme à la Charte et à la CEDH
(24. 2. 2106)..... 6
5. Quid de l'interdiction du port du foulard ? Conclusions de l'Avocat général Kokott dans
l'affaire Achbita (2. 6. 2016)..... 7
6. Ne bis in idem, un principe à toute épreuve dans l'espace Schengen ? (7. 7. 2016) 9

III. Citoyenneté et libre circulation des personnes

7. Accord sur un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni au sein de l'Union européenne en
matière d'immigration (4. 3. 2016) 11
8. Identité linguistique et intégration économique : quelle articulation ? (14. 4. 2016) 12
9. Refus d'enregistrer une proposition d'initiative citoyenne en matière de droit aux soins de
longue durée (28. 4. 2016) 14
10. Le mécanisme britannique d'attribution des allocations familiales déclaré valide par la
Cour de justice : impact potentiel sur le vote « Brexit » ? (15. 6. 2016) 16
11. Citoyenneté européenne et libre circulation : une union à toute épreuve ? (9. 9. 2016)..... 17
12. Chen, Ruiz Zambrano... Rendón Martín : un pas de plus franchi dans le développement du
statut de citoyen de l'Union européenne (14. 9. 2016)..... 18

IV. Libre circulation des marchandises et des services

13. “Good-Bye Keck”? La saga continue avec l'épisode “Scotch Whisky” (9. 2. 2016)..... 20
14. Le monopole public sur les paris sportifs en Allemagne à nouveau sous la loupe
(15. 2. 2016)..... 22
15. La validité de la directive sur les produits du tabac est confirmée : la protection de la santé
l'emporte sur la liberté d'expression (9. 5. 2016)..... 23
16. Factures à caractère transfrontalier et obligations linguistiques ne font pas bon ménage
(3. 7. 2016)..... 26

17. Libre circulation : précisions sur la notion de 'situation purement interne' (1. 12. 2016).....	27
V. Libre circulation des capitaux et union économique	
18. Le statut des institutions de l'Union européenne dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité et les voies de droit possibles (29. 9. 2016)	29
19. Rapport entre les accords « Tunisie » et « Liban » et les dispositions en matière de libre circulation des capitaux du TFUE (6. 12. 2016)	30
VI. Questions fiscales	
20. Relation Suisse-OCDE: "Better to be in the room than in front of the door" (26. 5. 2016)	32
VII. Fiscalité et droit des sociétés	
21. Conformité de la TVA des avocats au droit de l'Union (1. 9. 2016).....	33
VIII. Rapprochement des législations	
22. « Fumer tue..... », un arrêt sur les cigarettes électroniques (17. 5. 2016).....	35
IX. Propriété intellectuelle	
23. Réforme du système des marques – la clé vers l'innovation et la lutte contre la fraude (16. 2. 2016).....	37
24. Coca-Cola, Toblerone, Philip Morris ... En quoi se distinguent-ils des autres ? (10. 3. 2016).....	38
25. The « Big Mac Question » : a-t-on le droit d'utiliser le préfixe « Mac » pour des produits alimentaires ? (13. 7. 2016).....	40
26. Un commerçant peut-il continuer à offrir du WIFI gratuit à ses clients ? (10. 10. 2016).....	41
X. Consommateurs	
27. La protection du bien-être des animaux est renforcée : portée du règlement sur les produits cosmétiques (13. 10. 2016)	43
28. Spots publicitaires et pratiques trompeuses : oui mais pas trop ! (2. 11. 2016)	44
XI. Action extérieure	
29. Quelle stratégie de l'UE contre les armes biologiques ? (21. 1. 2016).....	46
30. La voie bilatérale, un « laboratoire » pour poursuivre les priorités de l'Union européenne en matière de politique commerciale (6. 4. 2016)	47
31. L'avenir des relations UE-pays ACP : quel partenariat après l'accord de Cotonou ? (6. 4. 2016).....	49
32. Rôle du Parlement européen dans la signature et conclusion de l'accord UE-Tanzanie en matière de piraterie ? (22. 6. 2016).....	50
33. Le CETA et la Wallonie : le parlement ne cède pas (24. 10. 2016)	52
34. Le CETA et la Wallonie : Et le Parlement régional céda... (16. 11. 2016).....	53
35. Le dénouement de l'affaire Front Polisario : les accords UE-Maroc ne s'appliquent pas au Sahara occidental (22. 12. 2016).....	54

XII. Politique étrangère et de sécurité commune

36. L'adoption de mesures restrictives à l'encontre de M. Makhoul respecte toutes les garanties procédurales et les droits fondamentaux (27. 1. 2016)57

XIII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

37. Relation Suisse-UE : une « fenêtre d'opportunité » étroite (22. 3. 2016).....58
38. L' Accord sur la libre circulation des personnes et l' article 121a Constitution fédérale : un regard du Tribunal fédéral (23. 3. 2016).....61
39. Sécurité sociale : la dynamique entre une convention bilatérale et l' ALCP (20. 4. 2106)62
40. Révocation d' un permis d' établissement – cas d' infractions d' extrême gravité (24. 5. 2016)64
41. Signature d' un accord international et équilibre institutionnel, qui mène le bal en relations extérieures ? (29. 8. 2016).....66
42. Donner cours en Suisse doit être fiscalement aussi avantageux que dans l' UE ou l' EEE (22.9. 2016).....67
43. Quel futur pour la libre circulation entre l' Union européenne et la Suisse ? Le point sur le débat helvétique (31. 10. 2016).....69
44. Vers un renforcement de l' espace Schengen : la Suisse, partie prenante (28. 11. 2016).....70
45. Dialogue entre les chambres fédérales sur la mise en œuvre de l' initiative sur l' immigration de masse (8. 12. 2016)71
46. Finalisation par les Chambres fédérales du texte pour la mise en œuvre de l' initiative contre l' immigration de masse (19. 12. 2016).....72

I. Questions institutionnelles

1. *L'Union européenne : quels moyens à disposition pour garantir l'Etat de droit ?*

« [L'Union européenne] repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre. » (avis 2/13).

Lors de sa réunion du 13 janvier 2016, la Commission européenne aborde le sujet des derniers événements politiques en Pologne et décide d'instaurer un dialogue et une surveillance formelle sur le respect de l'Etat de droit dans le pays. C'est la première application par la Commission du nouveau système de monitoring.

Quels sont les moyens dont l'Union européenne dispose pour intervenir dans les affaires internes d'un Etat membre - c'est la question qui circule dans les médias internationaux ces dernières semaines. Du Washington Post au Financial Times en passant par Die Welt : la presse internationale a rarement été aussi critique. La raison, qui suscite autant d'émotions est la prise de position du nouveau parti au pouvoir sur des questions qui, notamment selon le Président du Parlement européen, M. Martin Schulz, touchent à la liberté démocratique. Les principaux sujets qui ont soulevé des inquiétudes au sein de l'Union européenne sont la réorganisation du Tribunal Constitutionnel, qui requiert désormais une majorité des deux-tiers des membres du Tribunal pour rendre une décision avec la participation de 13 juges sur 15 au lieu de 9, accompagnée par la nomination de cinq nouveaux juges de ce même Tribunal ; ainsi que la nouvelle loi sur les médias qui délègue le choix des dirigeants des médias publics au Ministère du budget.

C'est dans le cadre de ces nouvelles décisions prises par le gouvernement polonais que se pose la question des moyens dont dispose l'Union européenne pour agir ou réagir. La presse parle d'intervention ou de sanctions potentielles sans clarifier la réalité juridique qui justifierait ces propos. Il convient donc d'aborder le sujet d'un point de vue juridique afin de déterminer le rôle que pourrait jouer l'UE dans une situation où la question d'une éventuelle atteinte à l'Etat de droit est soulevée.

En premier lieu, c'est à la liste des valeurs édictées à l'article 2 du traité UE qu'il est fait référence dans ce contexte, notamment à l'Etat de droit, à la liberté et à la démocratie - principes fondateurs de l'Union, qui présupposent en particulier la séparation des pouvoirs, l'indépendance du judiciaire et la liberté des médias.

Dans le cas d'une atteinte aux valeurs mentionnées, l'UE dispose d'une palette d'actions telles que les procédures d'infractions (article 258 du traité FUE), la suspension de certains droits de l'Etat Membre concerné au sens de l'article 7 du traité UE, ainsi qu'un nouveau cadre pour le renforcement de l'Etat de droit – procédure préalable à l'article 7 du traité UE. Cette dernière a été mise en place par la Commission européenne en mars 2014 afin de développer un mécanisme de dialogue entre la Commission et l'Etat membre en cause dans le but de prévenir la survenance d'une menace de violation grave et persistante des valeurs de l'Union et qui engendrerait l'application de l'article 7 du traité UE. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'Etat de droit n'est pas uniquement une obligation formelle, mais surtout l'expression d'une garantie constitutionnelle et du respect des droits fondamentaux (voir notamment C-402/05 P et C-415/05 P, pt 316). Ainsi, ce nouveau mécanisme permet à l'Union

non seulement de veiller au respect des valeurs fondamentales, mais aussi d'agir dans des situations préoccupantes afin de maintenir une confiance des institutions, de tous les Etats membres et des citoyens de l'UE dans le bon fonctionnement de « l'espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures ».

Ce cadre prévoit un processus en trois étapes. Premièrement, lorsqu'une situation à caractère « systémique », qui est susceptible de porter atteinte à l'Etat de droit, au bon fonctionnement et à la stabilité des organes de l'Etat se présente, la Commission européenne engage un dialogue avec l'Etat membre concerné dont le but est d'évaluer la situation, de trouver une solution commune, ainsi que de proposer des mesures efficaces pour éliminer toute menace, tout en veillant au respect de l'égalité de traitement entre les Etats membres. L'évaluation effectuée par la Commission est menée dans l'esprit du principe de coopération loyale au sens de l'article 4, paragraphe 3, du traité UE. Elle peut faire appel à l'avis de tiers, notamment à l'aide des membres des réseaux judiciaires de l'UE. Dans un deuxième temps, se basant sur le dialogue entretenu durant la première phase, la Commission communique à l'Etat membre une recommandation dans laquelle elle expose les motifs de ses inquiétudes et propose éventuellement des mesures pour pallier aux menaces. Finalement, la Commission supervise le suivi que l'Etat a donné à la recommandation. Ce contrôle peut se traduire par une forme de discussion avec l'Etat membre sur les pratiques problématiques ou sur les moyens adoptés pour y remédier. Dans le cas où aucun résultat satisfaisant ne peut être obtenu, la Commission a la possibilité d'engager le mécanisme, plus radical, de l'article 7 du traité UE.

Ce dernier, institué par le traité d'Amsterdam et modifié par le traité de Nice, permet à l'UE de prévenir et de réagir dans le cas d'un « risque clair de violation grave » des valeurs édictées à l'article 2 du traité UE au sens de l'article 7, paragraphe 1, du traité UE. Ce moyen d'intervention est une alerte dirigée à l'Etat membre et une obligation pour les institutions de surveiller les événements dans l'Etat membre concerné. Il peut être enclenché par un tiers des Etats membres, le Parlement européen, soit par la Commission européenne. Par la suite, c'est au Conseil de se prononcer, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres et après l'approbation du Parlement européen. Le Conseil entend l'Etat membre concerné et peut à ce stade communiquer des recommandations à celui-ci. Le mécanisme de sanctions est indépendant de l'action préventive. Elle est visée à l'article 7, paragraphes 2 et 3, du traité UE et peut être introduite uniquement dans le cas de réalisation matérielle de la « violation grave et persistante » des valeurs européennes par l'Etat membre. L'existence de la violation doit être constatée par le Conseil européen à l'unanimité, sur proposition d'un tiers des Etats membres ou de la Commission européenne et après l'approbation du Parlement européen. C'est uniquement lorsque l'existence d'une violation a été constatée que le Conseil peut décider, en tenant compte de toutes les circonstances, de suspendre certains droits, notamment le droit de vote au sein du Conseil.

Il convient enfin de préciser que l'article 7 du traité UE ne vise pas uniquement les domaines qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union. En effet, cette disposition est tout autant applicable aux domaines qui relèvent uniquement du droit national. Toutefois, cette procédure n'a jamais été utilisée compte tenu des exigences élevées qu'elle requiert pour son application et de l'impact politique qu'elle pourrait avoir. Ainsi, certaines situations ne pouvant être combattues par d'autres moyens efficaces, le système ante article 7, dont on verra l'effectivité par le biais du dialogue mis en place entre la Commission européenne et la Pologne, octroie une possibilité d'agir rapidement en cas d'inquiétudes quant au respect des valeurs européennes et de rendre plus prévisibles les mesures que l'UE pourrait éventuellement prendre dans le futur. L'idée finale qui en ressort, mais qui est aussi la genèse de tout mécanisme instauré par l'Union, est l'importance vitale qu'est accordée par l'UE à la confiance mutuelle

et à l'intégration, compte tenu notamment de l'interdépendance politique, juridique et économique des 28 Etats membres.

Alicja Zapadowska, « L'Union européenne : quels moyens à disposition pour garantir l'Etat de droit ? », actualité du 14 janvier 2016, www.ceje.ch

2. L'arrêt Miller ou la première bataille juridique sur le Brexit

Dans un arrêt rendu, le 3 novembre 2016, dans l'affaire R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU, la High Court of Justice a été amenée à se prononcer sur la procédure à suivre pour déclencher l'application de l'article 50 TUE. Il s'agit du premier arrêt sur cette question après le référendum du 23 juin 2016, optant pour la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

L'article 50 TUE établit, au premier paragraphe, que « tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union » et, au deuxième paragraphe, que, pour ce faire, il devra notifier son intention au Conseil européen. Cette disposition du traité, qui résulte des modifications apportées par le traité de Lisbonne, n'a jamais été appliquée jusqu'à présent et de nombreuses questions se posent. Qui est notamment compétent dans un Etat membre pour déclencher la procédure de l'article 50 ? Cette question relève du droit constitutionnel national.

Dans le cas d'espèce, les requérants demandent si le pouvoir exécutif est compétent pour notifier l'intention du Royaume-Uni de se retirer de l'Union européenne. Pour répondre à cette question, la High Court of Justice part du principe que la notification du gouvernement déclarant la volonté de quitter l'Union européenne serait irrévocable (point 10). Cette prémisse n'est pas discutée ni argumentée par la Cour puisque les parties au litige sont d'accord sur ce point. Cependant, il est tout à fait discutable qu'une telle affirmation puisse être faite sans aucun argument juridique vu que la réponse est loin d'être évidente.

Certains auteurs soutiennent qu'une notification de ce type est révocable (ceci a été appelé « the withdrawal of the withdrawal ») ce qui semble cohérent avec la procédure d'adhésion à l'Union européenne (la Suisse a, par exemple, retiré sa demande d'adhésion récemment). Ceci semblerait également en ligne avec la Convention de Vienne sur le droit des traités, laquelle prévoit à l'article 68 que la notification de la demande de retrait d'un traité international peut être révoquée à tout moment avant qu'elle ait pris effet. Toutefois, à la lecture de l'article 50, paragraphe 3, TUE la réponse ne semble pas certaine puisque « les traités cessent d'être applicables à l'Etat concerné (...) deux ans après la notification ». Cette disposition semble très précise et la notification semble l'élément déclenchant le délai pour que les traités cessent d'être applicables, sans qu'une quelconque possibilité de révocation ne soit prévue.

La question de la révocabilité est d'autant plus importante que c'est de là que découle toute l'argumentation de la High Court of Justice. En effet, si la notification est irrévocable il s'agit d'une décision définitive avec des effets certains sur les individus, contrairement à ce qui arriverait si elle ne l'était pas.

La High Court of Justice examine ensuite les détails du système constitutionnel britannique. Elle explique que, en matière de relations internationales, le gouvernement mène les négociations d'accords internationaux. En revanche, le pouvoir exécutif n'a pas la compétence de modifier le droit interne britannique puisque les droits des individus ne peuvent pas être altérés sans l'intervention du parlement. Ainsi, le gouvernement peut conclure des accords internationaux, les dénoncer ou se retirer d'organisations internationales pour autant que cela n'entraîne pas de modifications dans le droit interne (points 33-34).

Ce principe constitutionnel est essentiel dans le cas d'espèce puisque, comme la High Court of Justice le met en avant, le droit de l'Union européenne a introduit trois catégories de droits dans le système juridique interne britannique : les droits qui pourraient être reproduits en droit interne (elle cite comme exemple les droits des travailleurs introduits par le règlement, non ? des travailleurs), les droits conférés aux personnes physiques et morales britanniques dans d'autres Etats membres (par exemple, les droits à la libre circulation), et les droits qui ne pourraient pas être reproduits en droit interne (comme le droit de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne). La High Court of Justice considère que les citoyens britanniques seraient privés de ces trois catégories de droits par la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (points 63-66).

Il découle de ce raisonnement que le gouvernement ne peut pas notifier l'intention du Royaume-Uni de se retirer de l'Union européenne. Cette décision étant irrévocable, cela entraînerait une privation certaine de droits dont sont titulaires les citoyens britanniques. Dès lors, la notification ne pourra intervenir qu'avec l'autorisation du parlement du Royaume-Uni.

Cet arrêt a été vu d'un mauvais œil par une partie de la population britannique qui a interprété cette décision comme une volonté du juge de rendre la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne encore plus complexe. Un recours a d'ailleurs été introduit devant la Supreme Court (cour suprême britannique) dont les plaidoiries se dérouleront à partir du 5 décembre 2016.

Il sera intéressant de voir si une question préjudicielle est posée à la Cour de justice de l'Union européenne. En vertu de l'article 267 TFUE, une juridiction de dernier recours, telle que la Supreme Court britannique, a l'obligation de référer les questions sur l'interprétation des traités à la Cour de justice mais il reste à voir si la juridiction britannique estime qu'une telle question se pose dans le cas d'espèce. Dans le cas contraire, certains auteurs ont déjà avancé différentes possibilités pour que la Cour de justice de l'Union européenne puisse intervenir dans l'interprétation de l'article 50 TUE.

Elisabet Ruiz-Cairo, « L'arrêt Miller ou la première bataille juridique sur le Brexit », actualité du 10 novembre 2016, www.ceje.ch

II. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

3. La portée de l'arrêt Melloni mise à l'épreuve par la Cour constitutionnelle allemande

La protection des droits fondamentaux est historiquement l'une des questions épineuses qui caractérise les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et les Cours constitutionnelles des Etats Membres. Un point important de ces rapports est celui de l'équivalence des niveaux de protections requis au titre des Constitutions nationales des Etats membres, d'une part et, du droit de l'Union européenne, d'autre part. L'on a pu penser que cette équivalence a été confirmée dans l'arrêt dit Solange II de la Cour constitutionnelle allemande. Toutefois, l'ordre de celle-ci, publié le 26 janvier 2016 (BvR 2735/14), montre que ladite équivalence est loin de constituer un acquis, notamment dans des cas où il s'agit de sauvegarder des principes et valeurs constitutifs de l'identité constitutionnelle allemande.

L'ordre sous examen est similaire, tant au niveau des faits qu'au niveau des questions de droit, à l'arrêt Melloni de la Cour de justice de l'Union européenne (aff. C-399/11). Un ressortissant américain a fait l'objet d'une condamnation définitive, prononcée par une juridiction italienne. Le jugement de cette dernière était rendu par défaut, c'est-à-dire, en l'absence de l'accusé. En 2014, celui-ci fut arrêté en Allemagne sur le fondement d'un mandat d'arrêt européen issu des autorités italiennes. Devant les juridictions allemandes, il a fait valoir une violation du droit à

un recours juridictionnel effectif, compte tenu du fait que l'arrêt du juge italien a été rendu in absentia, privant l'accusé de la possibilité réelle d'exercer son droit de la défense. Les autorités allemandes ont néanmoins procédé à l'extradition, en estimant qu'il n'y avait aucune violation du droit à un recours juridictionnel effectif. La Cour constitutionnelle allemande s'est alors prononcée sur le fait de savoir si une extradition, effectuée au titre d'un mandat d'arrêt européen, d'un accusé condamné in absentia, viole l'article 1 de la Loi fondamentale allemande qui prévoit, à son paragraphe 1, le caractère inaliénable du droit à la dignité humaine. Dès lors que le contrôle de constitutionnalité portait, en substance, sur la compatibilité d'une disposition de droit de l'Union européenne avec l'une des clauses non-révisables de la Loi fondamentale allemande, la Cour constitutionnelle allemande a qualifié ce contrôle de 'contrôle d'identité constitutionnelle', au sens de l'article 1 de la Loi fondamentale ainsi que de l'article 4, paragraphe 2, du traité UE.

La Cour constitutionnelle allemande a rappelé que le droit pénal allemand repose sur le principe de responsabilité individuelle, en tant qu'expression du droit à la dignité humaine. L'effectivité de ce principe serait remise en cause, si l'accusé était privé de la possibilité réelle d'exercer son droit de la défense devant une juridiction compétente. Le juge allemand, chargé d'exécuter le mandat d'arrêt européen, était donc tenu de procéder à l'extradition de l'accusé, à condition que les droits énoncés à l'article 1 de la Loi fondamentale avaient été garantis. La Cour de Karlsruhe a reconnu que la décision-cadre 2002/584, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle, met en place un système d'extradition dont l'effectivité doit être assurée par les autorités compétentes des Etats membres. Toutefois, même si ladite décision-cadre est 'formellement' compatible avec le niveau de protection des droits fondamentaux requis en droit de l'Union européenne, ce niveau ne saurait être inférieur à celui exigé au titre de la Loi fondamentale. Une condamnation par défaut, ne donnant aucune possibilité réelle à l'accusé d'exercer son droit de la défense, constitue une violation du droit à la dignité humaine, énoncé à l'article 1, paragraphe 1, de la Loi fondamentale.

L'ordre de la Cour constitutionnelle allemande peut être mis en lien avec la décision du Tribunal constitutionnel espagnol dans l'affaire Melloni. Ces deux juridictions ont estimé que les condamnations par défaut, bien qu'admisses en droit italien, sont contraires aux exigences constitutionnelles espagnoles et allemandes, relatives au droit à un procès équitable. Il faut, toutefois, rappeler que le Tribunal constitutionnel espagnol avait saisi la Cour de justice de l'Union sur le fondement de l'article 267 du traité FUE. Dans l'arrêt Melloni, cette dernière a jugé que la décision-cadre 2002/584, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299, prévoit de manière exhaustive les cas de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen et que ces cas doivent être examinés uniquement à l'égard du niveau de protection requis au titre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En revanche, la Cour constitutionnelle allemande s'est considérée dispensée du devoir d'introduire une demande de décision préjudicielle devant la Cour de justice, estimant être en présence d'un acte clair. Elle a effectué le contrôle dit d'identité constitutionnelle, sans tenir compte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

L'ordre de la Cour constitutionnelle allemande s'inscrit dans le thème du 'dialogue' entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions constitutionnelles des Etats membres. En effet, dans l'arrêt Melloni, la Cour de justice de l'Union a jugé que la Charte des droits fondamentaux s'applique dans des domaines exhaustivement couverts par des dispositions du droit de l'Union européenne. Il s'agit, en substance, de l'interprétation de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte retenue dans l'arrêt Åkerberg Fransson (C-617/10). En revanche, l'ordre de la Cour constitutionnelle allemande laisse penser que le contrôle dit d'identité constitutionnelle peut conduire à privilégier l'application d'un standard national de protection des droits fondamentaux, même lorsqu'il s'agit d'un domaine qui est exclusivement régi par le

droit de l'Union européenne. L'évolution du dialogue entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juges constitutionnels des Etats membres montrera si l'ordre de la Cour constitutionnelle allemande a créé un précédent, ouvrant la porte aux juridictions constitutionnelles des autres Etats membres d'écarter l'application d'une disposition du droit de l'Union européenne au motif d'une atteinte portée aux principes et valeurs constitutifs de leurs identités constitutionnelles.

Ljupcho Grozdanovski, « La portée de l'arrêt Melloni mise à l'épreuve par la Cour constitutionnelle allemande », actualité du 18 février 2016, www.ceje.ch

4. Placement en rétention d'un demandeur d'asile jugé conforme à la Charte et à la CEDH

Dans l'arrêt du 15 février 2016, la Cour de justice s'est prononcée sur la validité de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (ci-après « directive accueil »), dans le cadre d'une procédure préjudicielle d'urgence introduite par le Raad van State néerlandais. Cette disposition édicte qu'un demandeur ne peut être placé en rétention que lorsque la protection de la sécurité nationale ou l'ordre public l'exige.

J. N. a été placé en rétention en tant que demandeur d'asile sur le fondement de la législation néerlandaise, transposant la directive accueil. La juridiction de renvoi justifie la rétention pour des raisons de protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public. En effet, N est l'auteur de multiples infractions et a fait l'objet d'une décision de quitter le territoire, assortie d'une interdiction d'entrée. J. N. soutient que cette rétention est contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CEDH »).

La question préjudicielle porte sur l'examen de la validité de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive accueil par rapport à l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union pour ce qui est de la mise en rétention de J. N., en tenant compte des explications relatives à la Charte, qui prennent en considération la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne plus particulièrement l'article 5.

L'article 5 de la CEDH garantit le droit à la liberté et à la sûreté et définit les hypothèses dans lesquelles une privation de liberté peut intervenir. La Charte des droits fondamentaux prévoit un droit identique et, par le truchement de l'article 52, indique la mesure dans laquelle la CEDH doit être prise en considération en vue d'apprécier la portée et l'interprétation des droits garantis par la Charte, notamment en matière de limitation de l'exercice desdits droits.

Dans un premier temps, la Cour confirme sa jurisprudence antérieure consistant à affirmer, à juste titre, que la CEDH n'est pas un instrument juridique formellement intégré dans l'ordre juridique de l'Union (pt 45). Selon nous, une telle intégration existe mais elle est de nature « substantielle » puisque la Cour reconnaît que « les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux (...) ». Les principes généraux constituent une source formelle du droit de l'Union. En outre, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que les droits contenus tant dans la Charte que dans la CEDH doivent avoir un sens et une portée identiques.

On continue donc à observer une cohérence équivoque de la Cour : cohérence car elle opère l'examen de validité par rapport à la Charte, son instrument juridique formellement contraignant, et équivoque en ce qu'elle souligne qu'il y a lieu de se référer, le cas échéant, à la CEDH. Il ne s'agit pas ici d'une simple « interprétation à la lumière de » mais de donner le même sens et la même portée que les droits garantis par la CEDH.

Dans un deuxième temps, la Cour s'emploie à donner des éclaircissements sur les deux dispositions pertinentes faisant l'objet de la question préjudicielle en reprenant d'abord les principes devant guider son interprétation et en appliquant ensuite ceux-ci au cas d'espèce.

Une interprétation correcte de l'article 6 de la Charte suppose la prise en considération des explications relatives à cet article (pt 47). Bien que n'ayant pas en soi de valeur juridique, les explications prévoient une correspondance entre les droits prévus à l'article 6 de la Charte et ceux compris à l'article 5 de la CEDH.

La Cour constate que l'article 8 de la directive a trait à une limitation de l'exercice du droit à la liberté et analyse les conditions dans lesquelles cette limitation peut intervenir (pts 49 à 53). Elle s'attarde sur la proportionnalité de l'ingérence constatée et la nécessité des limitations qui peuvent être décidées. La Cour insiste sur la nature strictement nécessaire des limitations, adoptant alors, pour le droit à la liberté, une jurisprudence analogue à celle existant en termes de droit au respect de la vie privée. Elle examine alors en détail l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive accueil et constate que, s'il existe en effet une marge de manœuvre laissée aux Etats membres en la matière, celle-ci est néanmoins clairement circonscrite. La Cour conclut dès lors que les garde-fous suffisent à admettre le respect, par le législateur de l'Union, du « juste équilibre entre, d'une part, le droit à la liberté du demandeur, et, d'autre part, les exigences afférentes à la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public » (pt 70).

Sachant que, d'un point de vue théorique, le placement en rétention respecte les exigences afférentes à l'existence d'une ingérence, la Cour se penche enfin sur les circonstances du cas d'espèce afin d'apprécier si, dans les faits, le placement ordonné est conforme au principe de proportionnalité et que les motifs pour lesquels celui-ci a été ordonné existent toujours (pt 73).

En réalité, la Cour de justice va un peu plus loin qu'un simple examen de validité. En effet, elle apporte des précisions quant à l'interaction entre la directive 2013/32 qui fixe les procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale et la directive accueil. En outre, la Cour spécifie ce que commande l'effet utile de la directive 2008/115 qui établit les normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Enfin, la Cour constate la conformité du niveau de protection conféré par l'article 8 de la directive accueil avec le niveau de protection contenu à l'article 5 de la CEDH. Cet exposé permet à la Cour de conclure à la validité de l'article 8, paragraphe 3, alinéa 1, sous e) de la directive accueil au regard des articles 6 et 52, paragraphes 1 et 3, de la Charte

Margaux Biermé, « Placement en rétention d'un demandeur d'asile jugé conforme à la Charte et à la CEDH », actualité du 24 février 2016, www.ceje.ch

5. *Quid de l'interdiction du port du foulard ? Conclusions de l'Avocat général Kokott dans l'affaire Achbita*

Dans ses conclusions du 31 mai 2016 dans l'affaire C-157/15 Achbita, l'Avocat général Kokott soutient qu'une interdiction de porter des signes de convictions religieuses, politiques ou philosophiques au travail établie par une entreprise privée n'est pas forcément contraire à la directive anti-discrimination 2000/78.

L'Avocat général se penche tout d'abord sur la question de la notion de religion et elle signale que cela « ne comprend pas seulement la croyance d'une personne en tant que telle (forum internum), mais aussi la pratique de cette religion ainsi que sa profession, et cela aussi dans la sphère publique (forum externum) » (point 35). Le port du foulard pour des raisons religieuses

devrait donc être considéré comme relevant du champ d'application matériel de l'interdiction de la discrimination en droit de l'Union, lequel englobe la discrimination fondée sur la religion (articles 1 et 2).

Se pose ensuite la question de savoir si la réglementation de la société peut être considérée comme discriminatoire. A ce sujet, l'Avocat général Kokott établit une distinction entre la discrimination religieuse directe et indirecte. La première correspond au cas où une personne est traitée d'une façon moins favorable que celle dont est traitée une autre personne se trouvant dans une situation comparable. Cette hypothèse-là n'est pas remplie dans le cas d'espèce puisque l'interdiction concerne dans la même mesure tous les signes religieux visibles. L'interdiction s'applique par ailleurs de la même manière aux signes politiques ou philosophiques qu'aux signes religieux. L'Avocat général signale que seulement si cette interdiction reposait sur des stéréotypes ou des préjugés contre une ou plusieurs religions il pourrait être conclu qu'il s'agit d'une discrimination directe, ce qui devra être déterminé par le juge national (point 55). En ce qui concerne la discrimination indirecte, celle-ci se produit lorsqu'une règle neutre en apparence est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion donnée par rapport à d'autres personnes (point 42). Dans le cas d'espèce, l'interdiction de porter des signes religieux est effectivement susceptible de défavoriser particulièrement les personnes ayant une certaine religion ou conviction et pourrait donc constituer une discrimination religieuse indirecte.

L'Avocat général Kokott analyse donc par la suite les possibles justifications. La directive établit deux possibles justifications : le respect des exigences professionnelles (article 4, paragraphe 1) et la protection des droits et libertés d'autrui (article 2, paragraphe 5). L'Avocat général met en avant la possibilité d'appliquer la première des justifications.

Elle signale tout d'abord que l'article 4, paragraphe 1, de la directive peut s'appliquer à des règlements de travail en vigueur dans une entreprise privée et qu'il n'est donc pas nécessaire que les exigences professionnelles qui justifient l'inégalité de traitement soient consacrées dans une mesure étatique (point 67). L'Avocat général Kokott consacre ainsi l'effet horizontal de cette directive.

Pour appliquer cette justification, il est nécessaire que l'interdiction constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Comme le signale l'avocat général, « la barre à franchir pour justifier une inégalité de traitement fondée sur la religion est donc haute, mais nullement infranchissable » (point 78). En l'espèce, il y a une mise en balance entre la liberté de religion, d'une part, et la liberté d'entreprise, d'autre part, laquelle implique que « l'entrepreneur peut en principe déterminer de quelle manière et dans quelles conditions sont organisées et réalisées les tâches relevant de son activité et sous quelle forme ses produits et services sont présentés » (point 81). Dans ce cadre-là, l'interdiction de porter des signes religieux peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

En ce qui concerne finalement l'examen du principe de proportionnalité, l'Avocat général Kokott affirme que, dans un domaine délicat et débattu comme celui des signes religieux au travail, la Cour de justice de l'Union européenne devrait reconnaître une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales (point 99). Cela étant, elle analyse quand même si des mesures moins contraignantes auraient permis d'atteindre le même objectif. Elle fait notamment référence à la possibilité d'introduire un uniforme comprenant un foulard facultatif et la réaffectation des travailleuses voulant porter le foulard à des services internes qui permettrait d'éviter un contact direct avec la clientèle. Toutefois, elle conclut que ces mesures seraient manifestement moins appropriées (points 105 à 109). S'agissant de la proportionnalité au sens strict, l'Avocat général Kokott analyse si l'interdiction ne cause pas des inconvénients démesurés par rapport au but visé. Si les valeurs découlant de la liberté de religion doivent être

prises en compte indirectement dans les relations de travail privées, il est nécessaire toutefois de rechercher un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du travailleur (point 113). En ce qui concerne notamment les droits du travailleur, elle affirme qu'« un travailleur ne peut pas « laisser au vestiaire » son sexe, sa couleur de peau, son origine ethnique, son orientation sexuelle, son âge ni son handicap dès qu'il pénètre dans les locaux de son employeur » alors qu'il peut lui être exigée une certaine retenue pour ce qui est de l'exercice du culte au travail (point 116). Suite à un examen détaillé des circonstances, elle conclut que l'interdiction en case ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts légitimes des travailleuses concernées et la mesure peut donc être considérée comme proportionnée (point 126).

La question n'est en tout cas pas encore tranchée puisque l'arrêt de cette affaire ne sera rendu par la Cour de justice de l'Union européenne que dans plusieurs mois. Par ailleurs, autre affaire sur le même sujet, dont les conclusions de l'Avocat général Sharpston devraient être rendues prochainement, est également pendante.

Elisabet Ruiz Cairó, « Quid de l'introduction du port du foulard ? Conclusions de l'Avocat général Kokott dans l'affaire Achbita », actualité du 2 juin 2016, www.ceje.ch

6. Ne bis in idem, un principe à toute épreuve dans l'espace Schengen ?

Sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée, le 29 juin 2016, sur les conditions d'applicabilité du principe ne bis in idem dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention d'application de l'accord Schengen à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (affaire C-486/14).

L'affaire, à l'origine du renvoi, concerne des poursuites introduites par l'Allemagne à l'encontre de M. Kossowski, auquel il est reproché d'avoir commis sur le territoire allemand des extorsions assimilées à des vols qualifiés. Après avoir pris la fuite, l'inculpé est interpellé en Pologne, en vue de l'exécution d'une peine d'emprisonnement à laquelle il a déjà été condamné dans l'Etat en question. Parallèlement, le parquet d'arrondissement de Kołobrzeg en Pologne a également ouvert une instruction pénale relative à l'accusation des autorités allemandes : une entraide judiciaire entre le parquet polonais et allemand a été instaurée pour permettre la production d'une copie de l'acte d'accusation. Toutefois, faute de charges suffisantes, le parquet d'arrondissement de Kołobrzeg a décidé de clôturer la procédure pénale au motif que le prévenu a refusé de faire une déposition et que la victime, ainsi que le témoin par ouï-dire, tous deux résidents en Allemagne, ne pouvaient être entendus dans la procédure. Le parquet allemand a dès lors émis un mandat d'arrêt européen contre M. Kossowski, l'exécution duquel a été refusée par le Tribunal régional polonais. L'inculpé a finalement été arrêté en Allemagne quelques années plus tard. Le Tribunal régional allemand, qui a réceptionné l'acte d'accusation, a cependant refusé d'ouvrir une procédure de jugement sur la base de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord Schengen (ci-après : la Convention) qui stipule qu'« [u]ne personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ».

Ainsi, c'est dans ces circonstances que la Cour de justice de l'Union européenne doit répondre à la question concernant le caractère et l'étendue de la qualification « définitivement jugée » au sens de l'article 54 de ladite Convention. Cette dernière a été incorporée dans le droit de l'Union par le biais du protocole n° 2 annexé au traité UE et qui intègre l'acquis de Schengen, permettant ainsi la mise en place d'une coopération renforcée. En outre, la Cour de justice précise que, conformément à un arrêt antérieur, l'interdiction de la double poursuite énoncée par l'article 54 de la Convention doit être interprétée conformément à l'article 50 de la Charte des droits

fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : la Charte), qui exprime également le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction (affaire C-398/12).

Deux conditions doivent être remplies afin de considérer une personne comme « définitivement jugée » au sens des articles mentionnés : l'action publique doit être éteinte selon le droit de l'Etat qui a rendu la décision en cause et ladite décision doit être prise après une analyse du fond de l'affaire.

Dans le cas d'espèce, la décision du parquet polonais avait pour but de mettre fin à la procédure pénale et donc, d'éteindre l'action publique. En effet, aucune circonstance qui permettrait de remettre en cause la décision définitive au sens du droit polonais ne peut entrer en ligne de compte. En outre, à la lumière de l'article 54 de la Convention, l'absence de sanction n'est pas pertinente.

En ce qui concerne la condition d'une décision fondée sur une appréciation au fond de l'affaire, il est important de relever que le principe *ne bis in idem* tend à garantir une libre circulation des personnes dans l'espace Schengen sans devoir courir le risque d'une double poursuite pour une même infraction. Néanmoins, cette disposition doit être lue conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité UE qui garantit aux citoyens de l'Union un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures. La libre circulation des personnes est accompagnée de mesures simultanées de prévention et de lutte contre la criminalité. Il en découle la nécessité d'éviter que des comportements illicites ne soient soustraits à toute sanction. Il est vrai qu'une confiance mutuelle en matière de justice, en particulier en l'application de code pénal, doit exister entre les Etats contractants de la Convention. Cependant, pour une bonne application de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, il est nécessaire que les Etats puissent être assurés que la procédure est menée de manière définitive et suite à une appréciation au fond.

Une décision qui clôt la procédure au seul motif que l'inculpé a refusé de déposer et que la victime et le témoin n'ont pu être entendus ne constitue pas un examen approfondi et critique, qui peut être considérée comme une décision appréciée au fond. En effet, la justification de ladite décision indique précisément que l'instruction au fond fait défaut. Dès lors, la Cour de justice qualifie la décision de non-définitive, ce qui ouvre la possibilité au parquet allemand de poursuivre la procédure pénale contre M. Kossowski.

Cet arrêt permet de mettre en lumière les conditions d'interprétation des articles 54 de la Convention et 50 de la Charte, mais aussi de démontrer qu'une décision de non-lieu ne garantit pas l'application du principe *ne bis in idem*. Dès lors, la personne qui a fait l'objet d'une procédure pénale, n'est pas immunisée contre la reprise d'une instruction si les circonstances de « jugement définitif » ne sont pas réunies. Finalement, le cas d'espèce pose la question de coopération entre les Etats membres en matière judiciaire : en effet, n'y avait-il aucun moyen pour assurer la poursuite de l'instruction par le parquet polonais grâce à une meilleure communication et à l'entraide pénale, notamment en ce qui concerne l'appel à la victime ou au témoin ? Faute de coopération plus élaborée, l'instruction a été reprise près de 5 ans plus tard, tout en permettant à l'inculpé de croire à l'illusion de l'applicabilité du principe *ne bis in idem*.

Alicja Zapadowska, « Ne bis in idem, un principe à toute épreuve dans l'espace Schengen ? », actualité du 7 juillet 2016, www.ceje.ch

III. Citoyenneté et libre circulation des personnes

7. *Accord sur un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni au sein de l'Union européenne en matière d'immigration*

Les 18 et 19 février 2016, les chefs d'Etat ou de gouvernement de l'Union européenne se sont réunis pour parvenir à un accord concernant un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni au sein de l'Union européenne. Les conclusions du 19 février reflètent les mesures auxquelles les parties se sont engagées et révèlent la diversité des instruments choisis à cet effet. Ainsi, les actes adoptés ont été une décision du Conseil européen, une déclaration concernant un projet de décision du Conseil européen, une déclaration du Conseil européen et quatre déclarations de la Commission.

Bien que l'accord porte sur des matières variées, telles que l'union bancaire, la compétitivité ou la souveraineté de l'Etat, la question la plus controversée politiquement était sans doute celle de l'immigration. Il est dès lors intéressant de souligner les principales mesures qui ont été adoptées à cet égard.

Le Conseil européen signale que certains Etats membres peuvent être plus attractifs que d'autres en termes d'offres d'emploi et de systèmes de sécurité sociale ; de ce fait, « il est légitime de tenir compte de cette situation et de prévoir, au niveau de l'Union comme au niveau national, des mesures qui, sans créer de discrimination directe ou indirecte injustifiée, permettent de limiter les flux de travailleurs d'une importance telle qu'ils ont des incidences négatives à la fois pour les Etats membres d'origine et pour les Etats membres de destination ».

Pour ce faire, deux types de mesures sont adoptées : (i) une ré-interprétation des règles actuelles du droit de l'Union, et (ii) des modifications du droit dérivé de l'Union.

Pour ce qui est du premier volet, il est mis en avant que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation pour définir et mettre en œuvre leur politique sociale et en matière d'emploi, y compris la fixation des conditions d'accès aux prestations sociales. L'accord rappelle d'abord les règles générales que la Cour de justice de l'Union européenne (la Cour) a développées lorsqu'elle a été amenée à interpréter les articles 45, 20 et 21 TFUE. Ainsi, il signale que les personnes qui exercent leur droit à la libre circulation dans le seul but d'obtenir des aides sociales de la part de l'Etat membre d'accueil peuvent se voir refuser de telles prestations, en confirmant ainsi la jurisprudence dans les affaires Dano ou Alimanovic. Cependant, l'accord établit également que les Etats membres peuvent agir pour « traiter des cas de recours à la libre circulation comme moyen de contournement des règles nationales en matière d'immigration applicables aux ressortissants de pays tiers ». On peut se demander si cela ne pourrait pas aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour telle qu'établie dans les arrêts Singh, Chen ou Akrich. La Cour a signalé que « les intentions qui ont pu inciter un travailleur d'un Etat membre à chercher du travail dans un autre Etat membre sont indifférentes en ce qui concerne son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier Etat, du moment où il exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective » (Akrich, point 55).

En ce qui concerne le deuxième volet, l'accord prévoit de modifier trois instruments législatifs : le règlement no 883/2004, le règlement no 492/2011 et la directive 2004/38. Tout d'abord, concernant le règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, il est prévu d'accorder aux Etats membres « en ce qui concerne l'exportation des allocations familiales vers un Etat membre autre que celui où le travailleur réside, la possibilité d'indexer ces prestations sur les conditions qui prévalent dans l'Etat membre où l'enfant réside ». Par rapport au règlement sur la libre circulation des travailleurs, un mécanisme d'alerte et de sauvegarde sera mis en place

et pourra être utilisé dans les situations d'afflux exceptionnel de travailleurs provenant d'autres Etats membres pendant une période de quatre ans maximum et qui permettra de limiter les prestations sociales liées à l'emploi pendant cette période. Finalement, en ce qui concerne la directive sur la libre circulation des citoyens, une des déclarations de la Commission signale qu'elle sera modifiée afin d'« exclure du champ d'application des droits de libre circulation tout ressortissant d'un pays tiers qui n'a pas préalablement séjourné de manière légale dans un État membre avant de se marier avec un citoyen de l'Union ou qui ne se marie avec un citoyen de l'Union qu'après que celui-ci a établi sa résidence dans l'État membre d'accueil ».

Tous ces changements, bien qu'allant moins loin que ce que le Premier Ministre David Cameron aurait aimé, constituent des modifications importantes qui seront apportées au régime actuel sur la libre circulation des personnes au sein de l'Union lorsque, et si, le gouvernement du Royaume-Uni déclare au secrétaire général du Conseil que le Royaume-Uni a décidé de rester membre de l'Union européenne.

Elisabet Ruiz Cairó, « Accord sur un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni au sein de l'Union européenne en matière d'immigration », actualité du 4 mars 2016, www.ceje.ch

8. Identité linguistique et intégration économique : quelle articulation ?

Une fois n'est pas coutume, s'agissant d'un axe de recherche du CEJE, la présente Actualité va tenter d'apporter une proposition de réponse à la demande de décision préjudicielle actuellement pendante devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), posée par le Tribunal de commerce de Gand (Belgique) le 16 janvier 2015 dans l'affaire C-15/15 dans une affaire ayant trait à l'identité linguistique d'un Etat membre face à l'intégration économique de l'Union européenne.

La demande en interprétation préjudicielle concerne la question de savoir si l'article 45 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation de la Communauté flamande de Belgique (qui constitue une entité fédérée de cet Etat membre) qui impose à toute entreprise ayant son siège d'exploitation sur le territoire de cette entité d'établir ses factures à caractère transfrontalier dans la seule langue officielle de cette entité (le néerlandais) à peine de nullité des factures, nullité qui doit être soulevée d'office par le juge ?

A titre liminaire et en l'absence d'informations plus substantielles quant au contexte du présent litige, nous partirons de l'hypothèse que celui-ci relève bien du champ d'application de l'article 45 TFUE. Nous émettons toutefois une réserve à ce propos, ne voyant pas de manière évidente en quoi l'établissement de factures peut concerner la libre circulation des travailleurs (d'autant plus que le litige au principal semble opposer deux entreprises et que la demande de décision préjudicielle est posée par le tribunal de commerce de Gand qui ne traite en principe pas de questions relatives aux relations employeurs-travailleurs).

Ensuite, quant à la question de l'existence d'une entrave à la libre circulation causée par la réglementation litigieuse, il convient de rappeler que les dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la libre circulation des personnes visent à faciliter l'exercice d'activités professionnelles sur le territoire de l'Union par les ressortissants des Etats membres. L'article 45 TFUE s'oppose ainsi à toute mesure qui, même applicable sans discrimination fondée sur la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayante l'exercice, pour les ressortissants de l'Union, de cette liberté fondamentale.

Or il ressort des informations présentes dans la demande de décision préjudicielle analysée ici que, pour l'établissement de factures à caractère transfrontalier par les entreprises ayant leur siège d'exploitation en Flandre, seule la langue néerlandaise fait foi.

En notre sens, une telle réglementation est susceptible d'avoir un effet dissuasif envers les travailleurs et employeurs non néerlandophones en provenance d'autres Etats membres et constitue dès lors une restriction à la libre circulation des travailleurs (si, comme souligné ci-avant, le litige relève effectivement de l'application de l'article 45 TFUE).

Notons que ce constat avait été réalisé par la CJUE, à propos du même décret flamand de 19 juillet 1973, dans une affaire Anton Las (C-202/11 du 16 avril 2013, pts 21-22) à propos de la langue obligatoire (le néerlandais) de rédaction des contrats de travail transfrontaliers par des employeurs ayant leur siège d'exploitation en Flandre.

Quant aux possibilités de justification de la mesure en cause, la CJUE avait énoncé dans l'affaire précitée que « s'agissant de la justification d'une telle restriction, il est de jurisprudence bien établie que des mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité ne peuvent être admises qu'à la condition qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi » (pt 23).

Dans l'affaire analysée ici, en l'absence d'informations quant aux motifs de justification qui pourraient, le cas échéant, être invoqués par le gouvernement belge, nous soulignons, comme l'avait fait la CJUE dans l'arrêt de principe Groener (C-379/87 du 28 novembre 1989), que « les dispositions du [droit de l'Union] ne s'opposent pas à l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un Etat membre » (pt 19). La Cour ajoutera toutefois à cet égard que ces dispositions nationales ne peuvent en aucun cas être disproportionnées par rapport au but poursuivi et les modalités de leur application ne doivent pas comporter de discriminations au détriment des ressortissants d'autres Etats membres.

Ainsi, aux termes de l'article 3, paragraphe 3, quatrième alinéa, TUE et de l'article 22 de la charte des droits fondamentaux, l'Union européenne respecte la diversité linguistique de ses Etats membres. De même l'article 4, paragraphe 2, TUE garantit le respect par l'UE de l'identité nationale des Etats membres dont fait partie la protection de la ou des langues officielles de ceux-ci (arrêt Anton Las précité, pt 26).

L'objectif de promotion et de protection de l'emploi et de la connaissance de la langue néerlandaise en Belgique (une des langues officielles de cet Etat membre) peut dès lors assurément constituer un motif légitime de nature à justifier l'entrave à la libre circulation constatée plus haut.

Toutefois, comme déjà évoqué, si une telle restriction pourrait être justifiée par le motif de protection de la langue officielle d'un Etat membre, encore faudrait-il que la réglementation litigieuse soit proportionnée à cet objectif de protection.

Sans pouvoir évaluer la proportionnalité de la mesure litigieuse faute d'informations suffisantes quant aux motifs de justification qui pourraient, le cas échéant, être invoqués, il peut être souligné que, dans l'affaire Anton Las qui concernait la même réglementation que dans la présente cause, la CJUE avait conclu que la mesure litigieuse n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi car celle-ci allait au-delà de ce qui était strictement nécessaire pour atteindre cet objectif. En l'occurrence, il avait été relevé par la Cour que, dans le cadre d'une relation contractuelle transfrontalière, les parties au contrat ne maîtrisent pas nécessairement la langue officielle de l'Etat membre concerné. En outre, des mesures moins attentatoires à la libre circulation des travailleurs étaient disponibles.

Au vu de ce qui précède, il nous paraît possible de répondre à la question préjudicielle en ce sens que l'article 45 TFUE doit être interprété comme s'opposant à une réglementation d'une entité fédérée d'un Etat membre qui impose à toute entreprise ayant son siège d'exploitation

sur le territoire de cette entité d'établir ses factures à caractère transfrontalier dans la seule langue officielle de cette entité, à peine de nullité des factures relevée d'office par le juge.

Cette proposition de réponse nous semble rechercher un juste équilibre entre protection de la diversité linguistique des Etats membres et intégration économique de l'Union européenne, équilibre basé principalement sur la proportionnalité de la mesure litigieuse.

Cette réponse comporte toutefois une dimension très conditionnelle en ce qu'elle intervient dans un contexte informatif fortement limité et dans l'hypothèse selon laquelle le litige en cause relève effectivement de l'article 45 TFUE.

Laura Marcus, « Identité linguistique et intégration économique : quelle articulation ? », actualité du 14 avril 2016, www.ceje.ch

9. Refus d'enregistrer une proposition d'initiative citoyenne en matière de droit aux soins de longue durée

Bruno Costantini et d'autres requérants sont à l'origine d'une proposition d'initiative citoyenne européenne (ci-après « ICE ») portant sur « le droit aux soins de longue durée : Mener une vie digne et indépendante est un droit fondamental ». Dans l'arrêt du 19 avril 2016 (T-44/14), le Tribunal a rejeté la demande introduite par les requérants en vue d'annuler la décision par laquelle la Commission a refusé d'enregistrer ladite proposition d'initiative citoyenne. L'ICE faisait référence aux articles 14, 153 et 352 TFUE comme fondements juridiques.

La Commission européenne a estimé qu'elle ne pouvait manifestement pas présenter une proposition d'acte fondée sur lesdites dispositions. Les requérants ont invoqué trois moyens à l'appui de leur recours. Ils considéraient que l'article 4, paragraphe 2, lettre b), du règlement no 211/2011 relatif à l'initiative citoyenne avait été appliqué de manière erronée et estimaient qu'un défaut du respect du principe de bonne administration ainsi qu'un défaut de motivation pouvaient être reprochés à la Commission européenne dans son appréciation.

L'article 4, paragraphe 2, du règlement relatif à l'initiative citoyenne énonce les conditions qu'il convient de satisfaire en vue de l'enregistrement, par la Commission européenne, d'une proposition d'initiative citoyenne. La lettre b) stipule que « la proposition d'initiative citoyenne [ne doit pas être] manifestement en dehors du cadre des attributions de la Commission en vertu desquelles elle peut présenter une proposition d'acte juridique de l'Union aux fins de l'application des traités ». Quant au sens et à la portée de cette condition, il convient, selon le Tribunal, d'analyser tour à tour les articles 14, 153 et 352 TFUE, proposés comme fondements juridiques de la proposition d'ICE par les requérants.

L'article 14 TFUE concerne les services d'intérêt économique général (ci-après « SIEG »). La première pierre d'achoppement concerne la reconnaissance des soins de longue durée comme étant un SIEG, d'une part, et l'exclusion, à ce titre, de ces soins du champ d'application de certaines règles du marché intérieur, d'autre part. À ce sujet, le Tribunal rappelle que la définition de l'étendue et l'organisation des SIEG reste une prérogative des Etats membres étant donné l'absence « tant de compétence spécialement attribuée à l'Union que de définition précise et complète de la notion de SIEG en droit de l'Union » (pt 24). Pas convaincu par les arguments présentés par les requérants sur cette question, le Tribunal a conclu que la Commission était en droit de constater qu'elle ne pouvait pas « proposer l'adoption d'un texte qualifiant les services de soins de longue durée de SIEG et excluant ces services de l'application des règles du marché intérieur » (pt 35).

En complément de l'article 14 TFUE, les requérants proposent l'article 153 TFUE qui concerne la politique sociale, et permet plus particulièrement l'instauration de prescriptions minimales

concernant la sécurité sociale des travailleurs. Sans surprise, le Tribunal constate que cette disposition « ne couvre que partiellement le champ d'application des mesures attendues dans la proposition d'ICE ». L'adoption d'actes juridiques relatifs à d'autres catégories de personnes n'est dès lors pas permise sur la base de cet article, qui ne peut, en l'espèce, être retenu.

Enfin, l'article 352 TFUE, clause de flexibilité, est également proposé par les requérants comme base juridique. Le Tribunal rappelle la substance de l'article 352 TFUE et la jurisprudence y relative. Il est intéressant de mettre en évidence le constat du Tribunal selon lequel « ni l'article 352 TFUE, ni le règlement [relatif à l'initiative citoyenne] n'excluent le recours à l'article 352 TFUE dans le cadre de l'ICE » (pt 52). Il relève également que « le respect des conditions figurant à l'article 352 TFUE s'impose également dans le cadre d'une proposition ICE » (pt 53). En l'espèce, il n'a pas été démontré par les requérants que les conditions de recours à l'article 352 TFUE étaient remplies.

En ce qui concerne ensuite la violation du principe de bonne administration, le devoir de cohérence implique que « les affaires similaires doivent être traitées de la même manière (...) » (pt 57). Selon les requérants, la pertinence d'une base juridique douteuse ne constituerait pas un motif de refus d'enregistrement par la Commission, celle-ci ayant auparavant procédé à l'enregistrement d'autres propositions d'ICE similaires. Le Tribunal ne suit cependant pas l'argumentation des requérants et rappelle que le principe de bonne administration est à concilier avec le respect de la légalité. Or, le fait que la Commission n'ait pas suivi une prétendue pratique décisionnelle n'entacherait pas la légalité de la décision attaquée.

Enfin, les requérants allèguent que la Commission européenne n'a pas respecté l'obligation de motivation de l'article 296 TFUE. Le règlement relatif à l'initiative citoyenne exprime spécifiquement cette obligation en son article 4, paragraphe 3, second alinéa. S'agissant d'une décision de refus d'enregistrement de proposition ICE, la Commission « doit faire clairement apparaître les motifs justifiant le refus » (pt 72). En effet, une telle décision a un impact considérable sur l'effectivité du droit des citoyens de présenter une ICE. Le Tribunal conclut à cet égard que les raisons pour lesquelles les articles 14 et 153 TFUE ne pouvaient être retenus comme bases juridiques appropriées ont été clairement exposées et motivées. Quant à l'article 352 TFUE, les requérants constataient l'absence pure et simple de motivation spécifique à ce sujet. Le Tribunal énonce que ceux-ci n'avaient pas eux-mêmes présenté une argumentation significative sur cette disposition et qu'en conséquence « la motivation implicite [présentée par la Commission européenne] quant à cette disposition doit être considérée comme suffisante » (§79).

La Commission était donc en droit de refuser l'enregistrement la proposition d'ICE. Il est intéressant de noter que les requérants mettent en lumière le caractère justiciable d'une décision de refus d'enregistrement de la Commission en matière d'initiative citoyenne. Le Tribunal s'est prononcé pour la première fois sur cette question en 2015 dans l'arrêt *Anagnostakis c. Commission* (T-450/12), qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour. D'autres affaires concernant un refus d'enregistrement d'ICE par la Commission européenne sont actuellement en cours. D'un point de vue substantiel, cet arrêt est aussi l'occasion de remarquer que les articles 14, 153 et 352 TFUE invoqués par les requérants ne constituent pas des bases juridiques valables pour fonder une proposition de la Commission relative au droit aux soins de longue durée. A l'heure actuelle, trois initiatives citoyennes ont abouti, l'une d'entre-elles, prise à titre d'exemple par les requérants, est intitulée « L'eau et l'assainissement sont un droit humain! L'eau est un bien public, pas une marchandise ! ». L'article 14 TFUE était proposé comme base juridique par les auteurs. Il nous semble que les requérants auraient pu s'inspirer d'une autre proposition en matière de santé intitulée « Un de nous » et présenter leur proposition sous un angle permettant le recours à l'article 168 TFUE. En définitive, l'arrêt permet de faire

le point sur le processus d'ICE et, plus précisément, sur les conditions requises pour le franchissement de la première étape, à savoir l'enregistrement de la proposition.

Margaux Biermé, « Refus d'enregistrer une proposition d'initiative citoyenne en matière de droit aux soins de longue durée », actualité du 28 avril 2016, www.ceje.ch

10. Le mécanisme britannique d'attribution des allocations familiales déclaré valide par la Cour de justice : impact potentiel sur le vote « Brexit » ?

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée le 14 juin dernier, dans son arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, sur la compatibilité de la législation britannique relative aux allocations familiales avec le droit de l'Union européenne.

La Commission européenne a introduit, en vertu de l'article 258 TFUE, un recours en constatation de manquement à l'encontre du Royaume-Uni. Elle affirme que deux des prestations nationales visant à couvrir les charges de famille seraient contraires au règlement n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et à la directive 2004/38 sur les droits de circulation et séjour des citoyens européens et des membres de leurs familles. Les deux prestations en cause étaient les allocations familiales, destinées à compenser en partie les frais que doit supporter une famille ayant un ou plusieurs enfants à sa charge, et le crédit d'impôt pour enfant, qui est une prestation en espèces versée à toute personne ayant un ou plusieurs enfants à sa charge. Selon la Commission européenne, il serait contraire au droit de l'Union de subordonner l'octroi de ces prestations à la condition que le demandeur réponde au critère du droit de séjour, et non seulement à celui de la résidence habituelle comme il est établi à l'article 11, paragraphe 3, sous e), du règlement n° 883/2004.

La Cour de justice fait la distinction entre les prestations de sécurité sociale et les prestations d'assistance sociale. Comme elle le rappelle, les prestations de sécurité sociale sont celles « accordées automatiquement aux familles qui répondent à certains critères objectifs portant notamment sur leur taille, leurs revenus et leurs ressources en capital, en dehors de toute appréciation individuelle et discrétionnaire des besoins personnels, et qui visent à compenser les charges de famille » (point 60). En application de cette définition, la Cour de justice estime que les deux prestations attaquées, c'est-à-dire les allocations familiales et le crédit d'impôt pour enfant, doivent être analysés sous l'angle des prestations de sécurité sociale.

La Cour de justice analyse ensuite l'article 11, paragraphe 3, sous e), du règlement n° 883/2004. Elle affirme que cette disposition n'a pas pour objet de déterminer les conditions de fond relatives à l'existence du droit aux prestations de sécurité sociale et qu'il « appartient en principe à la législation de chaque Etat membre de déterminer ces conditions » (point 65). Il n'est donc pas contraire au droit de l'Union de subordonner le droit à des prestations sociales au fait de disposer d'un droit de séjour légal dans l'Etat membre d'accueil.

La Commission soutient également que l'introduction du critère de droit de séjour constitue une discrimination interdite en vertu de l'article 4 du règlement n° 883/2004. La Cour de justice admet que l'exigence de régularité du séjour des ressortissants d'autres Etats membres pour obtenir les prestations sociales doit être considérée comme une discrimination indirecte.

Pour être justifiée, une telle discrimination « doit être propre à garantir la réalisation d'un objectif légitime et ne saurait aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif » (point 79). Si la Cour de justice estime que la nécessité de protéger les finances de l'Etat membre d'accueil peut être considérée comme un objectif légitime, encore faut-il que la mesure soit proportionnelle.

La Cour de justice assimile la vérification du caractère régulier du séjour dans le cadre de l'octroi des prestations sociales au contrôle établi à l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2004/38. Ledit article établit que le contrôle du séjour n'est pas systématique mais, au contraire, a uniquement lieu lorsque les Etats membres doutent que les citoyens de l'Union et les membres de leurs familles remplissent les conditions des articles 7, 12 et 13 de la directive 2004/38. La pratique du Royaume-Uni est conforme à cette disposition puisque, de manière générale, les demandeurs de prestations ne doivent que remplir un formulaire et c'est seulement dans des cas particuliers qu'ils devront prouver qu'ils jouissent effectivement d'un droit de séjour régulier.

Le contrôle n'étant pas systématique, la Cour de justice considère que la mesure britannique est conforme au principe de proportionnalité. Elle estime en conséquence que la législation en cause ne constitue pas une discrimination interdite en vertu de l'article 4 du règlement n° 883/2004.

La Cour de justice cautionne ainsi les mesures prises par le Royaume-Uni qui restreint l'accès aux allocations familiales aux citoyens de l'Union et les membres de leurs familles qui disposent d'un droit de séjour légal sur territoire britannique. Cet arrêt, rendu neuf jours avant le référendum sur la possible sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, pourrait avoir une certaine incidence dans les résultats de la votation. En effet, les questions relatives aux prestations sociales aux étrangers sont parmi les plus débattues dans l'opinion publique et cet arrêt pourrait dissiper les doutes qui existent à cet égard.

Elisabet Ruiz Cairó, « Le mécanisme britannique d'attribution des allocations familiales déclaré valide par la Cour de justice : impact potentiel sur le vote « Brexit » ? », actualité du 15 juin 2016, www.ceje.ch

11. Citoyenneté européenne et libre circulation : une union à toute épreuve ?

La rentrée judiciaire de la Cour de justice de l'Union européenne a résonné aux sons de la libre circulation des personnes ce 6 septembre 2016. Réunie en grande chambre, la CJUE a rendu l'arrêt Petruhin (C-182/15), particulièrement marquant en la matière.

Cet arrêt concerne une demande en interprétation préjudicielle posée par la Cour Suprême de Lettonie sur l'interprétation des articles 18 et 21 TFUE ainsi que de l'article 19 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la « Charte »). Il s'agissait en l'espèce de questions préjudicielles présentées dans le cadre d'une demande d'extradition adressée par les autorités russes aux autorités lettones, concernant M. Aleksei Petruhin, ressortissant estonien arrêté en Lettonie, pour trafic de stupéfiants.

Après avoir déclaré recevables les trois questions préjudicielles posées par la juridiction Lettone, la CJUE a examiné les deux premières questions ensemble en ce qu'elles concernent l'interprétation à donner aux articles 18 et 21 TFUE aux fins de l'application d'un accord d'extradition conclu entre un Etat membre et un Etats tiers, afin de savoir si les ressortissants d'un autre Etat membre doivent bénéficier de la règle qui interdit l'extradition par le premier Etat membre de ses propres ressortissants.

Pour répondre à ces questions, et après avoir reconnu que les règles d'extradition relèvent de la compétence des Etats membres, le Cour de justice, rappelant son célèbre arrêt Rottman (C-135/08), réaffirme le principe voulant que les règles nationales doivent respecter le droit de l'Union dans l'hypothèse où la situation en cause relève de celui-ci. Or, dans l'affaire au principal, M. Petruhin, ressortissant estonien, a fait usage, en sa qualité de citoyen de l'Union, de son droit de circuler librement dans l'Union en se déplaçant en Lettonie, de telle sorte que la situation en cause relève bien du droit de l'Union, au sens de l'article 18 TFUE qui contient le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (pt 31).

Partant, des règles nationales d'extradition telles que celles en cause au principal introduisent une différence de traitement entre un ressortissant national et un ressortissant d'un autre Etat membre et, de ce fait, crée une restriction à la liberté de circulation, au sens de l'article 21 TFUE (pts 32 et 33).

La Cour constate ensuite qu'une telle restriction ne peut être valablement justifiée car, si elle paraît appropriée par rapport à l'objectif recherché par la législation nationale, soit lutter contre l'impunité des infractions commises sur le territoire d'un Etat par des personnes qui ont fui ce territoire, elle peut être remplacée par des mesures moins attentatoires aux droits conférés par l'article 21 TFUE (soit, notamment, en donnant la priorité à l'émission d'un mandat d'arrêt européen par l'Etat membre dont l'intéressé a la nationalité – pour plus de détails, voir les pts 41 à 49 de l'arrêt).

Enfin répondant à la troisième question préjudicielle par laquelle la juridiction de renvoi demandait si, dans l'hypothèse où l'Etat membre requis envisage d'extrader un ressortissant d'un autre Etat membre à la demande d'un Etat tiers, ce premier Etat membre doit vérifier que l'extradition ne portera pas atteinte aux droits visés à l'article 19 de la Charte et, le cas échéant, quels critères doivent être pris en compte aux fins de cette vérification, la CJUE fait le constat que la situation relève bien du champ d'application des articles 18 et 21 TFUE, et donc, du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte.

Afin d'évaluer la conformité de la demande d'extradition au regard de l'article 19 de la Charte (interdisant l'éloignement, l'expulsion et l'extradition d'un individu vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants), la Cour affirme que l'existence de déclarations et l'acceptation de traités internationaux garantissant le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas à assurer une protection adéquate au sens de l'article 19.

Ainsi, « l'autorité compétente de l'Etat membre requis doit se fonder sur des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés. Ces éléments peuvent résulter, notamment, de décisions judiciaires internationales, telles que des arrêts de la Cour EDH, de décisions judiciaires de l'Etat tiers requérant ainsi que de décisions, de rapports et d'autres documents établis par les organes du Conseil de l'Europe ou relevant du système des Nations unies » (pt 59).

L'arrêt Petruhin confirme la tendance de la CJUE à faire de la libre circulation des personnes une véritable liberté dont l'effectivité représente le cœur même de l'intégration européenne, rendue possible par le biais, notamment, des droits attachés à la citoyenneté de l'Union.

Laura Marcus, « Citoyenneté européenne et libre circulation : une union à toute épreuve ? », actualité du 9 septembre 2016, www.ceje.ch

12. Chen, Ruiz Zambrano... Rendón Martín : un pas de plus franchi dans le développement du statut de citoyen de l'Union européenne

La Cour, dans un arrêt de grande chambre rendu le mardi 13 septembre 2016 dans l'affaire C-165/14 Rendón Martín, confirme sa jurisprudence antérieure en matière de citoyenneté et adopte une lecture restrictive des limitations au droit de séjour des ressortissants d'Etats tiers, membres de la famille de citoyens de l'Union européenne.

M. Rendón Martín, de nationalité colombienne, est père de deux enfants mineurs nés en Espagne et qui ont toujours résidé dans ce même pays : un garçon de nationalité espagnole et une fille de nationalité polonaise. M. Rendón Martín a été condamné à une peine de neuf mois d'emprisonnement. Il a déposé une demande de permis de séjour en Espagne mais celle-ci a été refusée en raison de l'existence d'antécédents pénaux. L'affaire a été portée jusqu'au Tribunal

Supremo (Cour suprême), lequel a formulé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

La question qui se pose est celle de savoir si M. Rendón Martín dispose d'un droit de séjour dérivé fondé, soit sur l'article 21 TFUE et la directive 2004/38, soit sur l'article 20 TFUE. Il est également question de savoir si les antécédents pénaux sont susceptibles de justifier une limitation de ce droit.

La Cour de justice analyse, dans un premier temps, l'applicabilité de l'article 21 TFUE et de la directive 2004/38. La fille de M. Rendón Martín étant de nationalité polonaise et résidante en Espagne, elle ne peut pas être considérée comme étant dans une situation purement interne malgré le fait qu'elle n'a pas effectivement fait usage de son droit à la libre circulation. La fille peut donc se prévaloir de l'article 21 TFUE et de la directive ; elle aura un droit de séjour si elle remplit les conditions de l'article 7, paragraphe 1, sous b) de la directive, soit disposer de ressources suffisantes et bénéficier d'une assurance maladie pour elle et les membres de sa famille.

Si les conditions exigées pour la fille de M. Rendón Martín sont remplies, il est nécessaire de savoir si M. Rendón Martín peut en tirer des droits. S'il est vrai qu'il ne peut pas être considéré comme un ascendant à charge au sens de la directive, la Cour de justice rappelle que « le refus de permettre au parent, ressortissant d'un Etat tiers, qui a effectivement la garde d'un citoyen de l'Union mineur, de séjourner avec ce citoyen dans l'Etat membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de celui-ci » (point 51). Cela confirme la jurisprudence dans les affaires Zhu et Chen et Alokpa et Modoulou. De ce fait, M. Rendón Martín, qui a la garde de sa fille, pourrait séjourner avec elle dans l'Etat membre d'accueil.

S'il est vrai que des limitations, telles que l'ordre public ou la sécurité publique, au droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille sont admises, celles-ci doivent être interprétées de manière restrictive. A cet égard, la Cour confirme son arrêt Tsakouridis en exigeant qu'il y ait une menace réelle et actuelle à l'ordre public ou à la sécurité publique. Elle considère notamment que la législation de l'Union s'oppose à une réglementation telle que celle en cause au principal, qui subordonne de manière automatique et sans possibilité de dérogation l'obtention du permis de séjour à l'absence d'antécédents pénaux (points 63 à 66).

Si la juridiction espagnole de renvoi devait considérer que les conditions de l'article 7, paragraphe premier, sous b) de la directive ne sont pas remplies, la Cour de justice analyse dans un deuxième temps si le droit de séjour de M. Rendón Martín peut dériver du droit de séjour de ses enfants en vertu de l'article 20 TFUE. A cet égard, la Cour confirme sa jurisprudence, développée à l'occasion de l'arrêt Ruiz Zambrano et selon laquelle l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union (point 71). L'article 20 TFUE serait violé tout simplement si les enfants de M. Rendón Martín devaient quitter le territoire de l'Union européenne comme conséquence du refus d'octroyer un droit de séjour en Espagne à leur père, ce que la juridiction espagnole devra vérifier. Cette disposition s'applique même lorsque les citoyens de l'Union n'ont pas fait usage de leur droit à la libre circulation. La Cour considère que, en empêchant le père de résider en Espagne, les enfants seraient contraints de le suivre en Colombie et, en conséquence, ils ne pourraient plus utiliser leur droit à la libre circulation sur le territoire de l'Union par la suite. Il est intéressant de noter que la Cour de justice admet l'application de cette ligne de jurisprudence tout en sachant que la famille pourrait éventuellement aller en Pologne (point 79). Les conditions d'application de l'arrêt Ruiz Zambrano semblent être assouplies par rapport à l'affaire Iida qui exigeait des « circonstances exceptionnelles ».

Bien qu'il soit possible, encore une fois, d'introduire des limitations à l'article 20 TFUE, la seule existence d'antécédents pénaux n'est pas suffisante. Ainsi, il faut prendre en compte l'ensemble des circonstances actuelles tout en tenant compte de la Charte des droits fondamentaux.

Si dans l'affaire *Zhu et Chen*, l'élément d'extranéité a été scrupuleusement vérifié, et si dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, il n'a pas été exigé, la Cour de justice semble aujourd'hui atteindre un nouveau cap. Il est désormais établi que les limitations au droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille sont à interpréter de manière restrictive même dans des situations purement internes. Cette ligne de jurisprudence confirme la volonté de la Cour de doter les citoyens de l'Union d'un vrai statut juridique qui leur octroie des droits, non seulement lorsqu'ils ont suffisamment de ressources financières pour se déplacer dans un autre Etat membre, mais en toutes circonstances.

Elisabet Ruiz Cairó, « Chen, Ruiz Zambrano... Rendón Martín : un pas de plus franchi dans le développement du statut de citoyen de l'Union européenne », actualité du 14 septembre 2016, www.ceje.ch

IV. Libre circulation des marchandises et des services

13. “Good-Bye Keck”? La saga continue avec l'épisode “Scotch Whisky”

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE » ou « la Cour ») a rendu le 23 décembre 2015 un arrêt particulièrement marquant en matière de libre circulation des marchandises. Arrêt qui ne pouvait faire l'impasse de l'une des Actualités du CEJE de par l'éclairage important qu'il apporte sur la jurisprudence antérieure de la Cour, et, notamment, sur l'arrêt de principe *Keck*.

L'affaire soumise à la CJUE (C-333/14) opposait devant la Court of Session (Ecosse) trois requérantes, la Scotch Whisky Association, la spiritsEUROPE et la CEEV, au Lord Advocate et à l'Advocate General for Scotland au sujet de la validité face au droit de l'Union européenne d'une loi nationale et d'un projet de décret relatifs à l'imposition d'un prix minimum par unité d'alcool (ci-après « loi MPU ») pour la vente au détail de boissons alcoolisées en Ecosse.

La Court of Session, s'interrogeant sur la validité de cette loi par rapport au règlement n°1308/2013 du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles (ci-après « règlement OCM unique ») et aux articles 34 et 36 TFUE, a décidé de surseoir à statuer afin de formuler six questions préjudicielles à la Cour de justice.

La CJUE rappelle tout d'abord que le règlement OCM unique interdit uniquement la fixation de prix dans le cadre des règles de commercialisation portant sur la régulation de l'offre mais que les Etats membres restent compétents pour adopter certaines mesures non prévues par le règlement OCM unique (pts 18-19). Poursuivant son analyse, la Cour constate que la réglementation en cause au principal, qui impose un MPU pour la vente au détail de vins, est bien susceptible de porter atteinte à ce règlement en ce qu'elle va à l'encontre du principe de libre détermination des prix de vente (pts 23-24). La CJUE ajoute qu'elle examinera la proportionnalité de la mesure face à l'objectif de protection de la santé et de la vie des personnes dans le cadre des deuxième et sixième questions, soit dans le cadre de l'article 36 TFUE.

La CJUE affirme en outre sans hésitation que la réglementation en cause constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative au sens de l'article 34 TFUE en ce qu'elle est susceptible d'entraver l'accès au marché britannique des boissons alcoolisées légalement commercialisées dans les autres Etats membres, du seul fait qu'elle empêche que le prix de

revient inférieur des produits importés puisse se répercuter sur le prix de vente au consommateur.

La Cour va alors vérifier si une justification de la mesure est envisageable en procédant à une application particulièrement détaillée de son test de justification, basée sur l'article 36 TFUE.

Constatant que la loi MPU poursuit un double objectif de réduction ciblée de la consommation d'alcool des consommateurs s'adonnant à une consommation dangereuse et de réduction générale de la consommation d'alcool de la population (cette loi s'inscrit d'ailleurs dans une politique plus générale comprenant une quarantaine de mesures poursuivant ce double objectif), la CJUE admet premièrement, et ce n'est pas négligeable au vu de l'appréciation particulièrement stricte de la Cour à ce sujet, que la loi MPU est apte à garantir ce double objectif.

Deuxièmement, s'agissant de la proportionnalité de la mesure, la Cour de justice rappelle que son analyse doit notamment être réalisée à la lumière des objectifs de la PAC et du bon fonctionnement de l'OCM ainsi que de la possibilité de substituer de manière aussi efficace la mesure litigieuse par une mesure moins restrictive des échanges entre Etats membres (pts 40-42). La CJUE constatera à cet égard que la mesure litigieuse aurait pu être substituée de manière efficace par une mesure fiscale (augmentation des droits d'accise), mesure moins restrictive du commerce au sein de l'Union européenne (pt 46). Il appartient cependant au juge national d'évaluer cette possibilité de substitution tout en sachant que la seule circonstance que la mesure litigieuse pourrait apporter des avantages supplémentaires face à la mesure 'de substitution' ne peut suffire à conclure que celle-ci est moins efficace.

Puis, la Cour de renvoi s'interrogeait sur l'intensité du contrôle de proportionnalité qu'elle doit réaliser lorsqu'elle examine une législation nationale au regard de la justification relative à la protection de la santé et de la vie des personnes, la CJUE rappelle tout d'abord que les Etats membres déterminent le niveau de protection de la santé qu'ils entendent protéger dans le respect de l'article 34 TFUE (pt 52). Ainsi, si un Etat membre doit apporter les éléments de preuve nécessaires justifiant la proportionnalité, la nécessité et la substituabilité de la restriction quantitative au commerce entre Etats membres, cette charge de la preuve ne peut imposer de prouver de manière positive qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser l'objectif. Ainsi, la nature, l'ampleur et le contexte d'adoption de la mesure restrictive doivent être pris en compte afin d'évaluer de manière objective si les éléments de preuve fournis par l'Etat membre permettent raisonnablement de la justifier.

Enfin, la CJUE précise que le contrôle de proportionnalité d'une mesure nationale ne doit pas être limité aux seules informations dont disposait le législateur national lorsqu'il a adopté la mesure mais bien aux informations dont dispose la juridiction nationale au moment où elle statue, dans les conditions prévues par son droit national.

L'arrêt Scotch Whisky est marquant pour un double motif.

Le premier enseignement notable de cette jurisprudence provient de la qualification d'entrave réalisée par la CJUE. Celle-ci qualifie en effet la législation nationale imposant un prix minimum pour la vente au détail de boissons alcoolisées en Ecosse, de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, au sens de la jurisprudence Dassonville, en ce que cette législation est susceptible d'entraver l'accès au marché britannique des boissons alcoolisées légalement commercialisées dans les autres Etats membres.

Il peut d'emblée être constaté que la CJUE n'a, à aucun moment, envisagé d'analyser la mesure litigieuse sous l'angle d'une modalité de vente, analyse qui l'aurait amenée à faire application de sa jurisprudence Keck, basée essentiellement sur un critère de discrimination et non d'accès au marché, alors que la mesure nationale, en cause pouvait, selon nous, être qualifiée de

modalité de vente (ceci avait d'ailleurs été souligné par l'avocat général Bot dans ses conclusions du 3 septembre 2015).

Ne pouvant retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des marchandises dans le cadre de la présente Actualité, il peut être rappelé que, dès l'origine, la Cour de justice avait retenu une approche fondée sur le critère de l'accès au marché. Approche qui permet de faire abstraction du but protectionniste ou non de la mesure, à la différence d'une approche fondée sur un critère de discrimination. Cette approche permet ainsi d'invalider une législation nationale en se fondant exclusivement sur la situation de l'acteur situé à l'extérieur du marché national, sans devoir procéder à une comparaison de celui-ci avec la situation de l'acteur présent à l'intérieur du marché national.

Opérant un glissement de jurisprudence avec son arrêt Keck du 24 novembre 1993 (C-267 et 268/91), la Cour de justice avait toutefois préféré une approche fondée sur la discrimination pour toutes les mesures nationales concernant des modalités de vente. Fortement controversée, cette jurisprudence semble aujourd'hui remodelée, voire même réinterprétée par la CJUE au travers du prisme de l'accès au marché. L'arrêt Scotch Whisky analysé ici en est une preuve vivace.

Le deuxième élément marquant de l'arrêt Scotch Whisky a trait à son test de justification particulièrement développé. L'analyse réalisée quant à l'adéquation de la mesure (sa capacité à garantir l'objectif poursuivi) et, de manière plus significative, quant à la proportionnalité de celle-ci (sa capacité à ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire) confirme l'évaluation approfondie de la mesure nationale par la CJUE, laissant une marge de manœuvre très réduite aux Etats membres.

Ainsi, il semble que la CJUE soit de moins en moins encline à faire application de sa jurisprudence Keck, même lorsqu'elle est face à des mesures nationales pouvant être considérées comme contenant des modalités de vente. Alors, « Good-Bye Keck » ? Ou suite au prochain épisode... ?

Laura Marcus, « 'Good-Bye Keck' ? La saga continue avec l'épisode 'Scotch Whisky' », actualité du 9 février 2016, www.ceje.ch

14. Le monopole public sur les paris sportifs en Allemagne à nouveau sous la loupe

Dans les arrêts Stoss (C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07) et Carmen Media Group (C-46/08) rendus en 2010, la Cour de justice de l'Union européenne jugeait que les juridictions allemandes pouvaient légitimement considérer que le monopole public sur les paris sportifs en Allemagne n'était pas propre à garantir la réalisation des objectifs d'intérêt général invoqués par le législateur allemand, d'une manière cohérente et systématique, au motif que les titulaires de ce monopole se livraient à des campagnes publicitaires intensives et que les autorités compétentes menaient parallèlement des politiques d'encouragement à la participation d'autres jeux de nature à entraîner un risque élevé d'assuétude.

Six années après, la Cour de justice s'est à nouveau prononcée, cette fois, sur le mécanisme de la procédure d'autorisation fictive développé par certaines juridictions allemandes afin de remédier à l'incompatibilité du régime du monopole public sur les paris sportifs avec le droit de l'Union. Conformément à ce mécanisme, les opérateurs privés qui le désirent, peuvent se voir délivrer une autorisation d'organisation et d'intermédiation de paris sportifs dans les conditions prévues pour les titulaires des monopoles publics et leurs intermédiaires. Toutefois, cette solution n'a emporté l'adhésion que d'une partie des länder et n'a conduit, à ce jour, à la délivrance d'aucune autorisation au profit d'un opérateur privé malgré la clause d'expérimentation des paris sportifs « privés » introduite en 2012 dans la législation fédérale.

C'est notamment la question de la conformité de ce mécanisme avec le droit de l'Union et notamment avec l'article 56 du traité FUE, qui a été à l'origine de la nouvelle décision rendue par la Cour de justice, le 4 février 2016, à l'occasion de l'affaire Ince (C-336/14).

En l'espèce, Mme Ince, ressortissante turque domiciliée en Allemagne, fait l'objet de deux procédures pénales dans lesquelles il lui est reprochée d'avoir exercé des activités d'intermédiation de paris sportifs, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente du land de Bavière, pour le compte d'une société ayant son siège en Autriche où elle détient une licence d'autorisation pour organiser de telles activités. S'il considère que les éléments objectifs de l'infraction reprochée à Mme Ince sont réunis, le Tribunal cantonal de Sonthofen émet néanmoins un doute sur le caractère punissable de ces activités au regard du droit de l'Union.

Répondant à la préoccupation de la juridiction de renvoi, la Cour affirme que pour être conforme au droit de l'Union, la procédure fictive d'autorisation doit respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence qui en découle. Pourtant, relève-t-elle, une telle pratique n'est, par définition, pas codifiée. Elle en déduit que, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il ne saurait être considéré que la connaissance de ladite pratique par les opérateurs privés est assurée. En particulier, le fait que cette procédure ne soit pas appliquée de manière unanime et uniforme par les autorités compétentes des Länder et que sa légalité ne soit pas admise par l'ensemble des juridictions allemandes, ne facilite ni la connaissance de la procédure à suivre afin de solliciter une autorisation, ni celle des conditions dans lesquelles une telle autorisation leur sera accordée ou refusée. Enfin, la Cour de justice fait sienne l'argument de la juridiction de renvoi qui souligne que dans la mesure où les conditions d'octroi d'une autorisation aux opérateurs publics, telles que prévues dans la réglementation fédérale et dans les législations des Länder, visent précisément à justifier l'exclusion des opérateurs privés, ceux-ci ne peuvent logiquement jamais remplir, en pratique, ces conditions. Elle en conclut que la procédure d'autorisation fictive ne saurait être considérée comme ayant remédié à l'incompatibilité, avec le droit de l'Union, du monopole public des paris sportifs en Allemagne.

Or, conformément à la jurisprudence de la CJUE issue des arrêts Placanica (C-338/04, C-359/04 et C-360/04) et Costa et Cifone (C-72/10 et C-77/10), un État membre ne peut appliquer une sanction pénale à une formalité administrative non remplie lorsque l'accomplissement de cette formalité est refusé ou rendu impossible par l'État membre concerné en violation du droit de l'Union. La Cour rappelle enfin que cette interdiction, qui découle des principes de primauté du droit de l'Union et de coopération loyale s'étend à tous les organes de l'État membre concerné parmi lesquels les autorités répressives.

Suite à ce nouveau constat de non-conformité du régime de monopole public sur les paris sportifs par la Cour de justice, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'Allemagne a tout intérêt à revoir sa réglementation au risque de tomber dans le viseur de la Commission qui pourrait bien lui appliquer un recours en manquement. Affaire à suivre...

Martial Zongo, « Le monopole public sur les paris sportifs en Allemagne à nouveau sous la loupe de la CJUE », actualité du 15.2.2016, www.ceje.ch

15. La validité de la directive sur les produits du tabac est confirmée : la protection de la santé l'emporte sur la liberté d'expression

Dans trois arrêts rendus cette semaine, la Cour de justice de l'Union européenne a analysé la validité de la directive 2014/40 sur les produits du tabac. Une nouvelle approche est adoptée par l'industrie du tabac laquelle, suite à une jurisprudence confirmée à plusieurs reprises, essaie maintenant d'invalider la législation européenne sur le fondement de dispositions autres que

celles relatives à la base juridique. L'analyse réalisée dans la présente Actualité portera uniquement sur l'arrêt C-547/14 Philip Morris, les deux autres affaires, Pillbox 38 et Pologne c. Parlement et Conseil, portant sur des aspects spécifiques de la directive, à savoir, les cigarettes électroniques et les cigarettes aromatisées.

Bien que ne s'agissant pas dans cet arrêt de l'élément le plus novateur, la Cour de justice commence par confirmer, une fois de plus, la validité de l'article 114 TFUE en tant que base juridique pour l'adoption de la directive. L'argumentation de la Cour n'est pas surprenante et, d'ailleurs, elle se réfère à de nombreuses reprises à sa jurisprudence antérieure dans les arrêts British American Tobacco, Arnold André, Swedish Match, et Allemagne c. Parlement et Conseil. Toutefois, des doutes persistent quant à l'adéquation de cette base juridique pour certaines dispositions spécifiques. Ainsi, l'article 24, paragraphe 2, de la directive autorise les Etats membres à maintenir de nouvelles exigences en ce qui concerne les aspects du conditionnement des produits qui ne sont pas harmonisés par ladite directive. Comme la Cour elle-même l'observe, cet article « ne garantit pas que les produits dont le conditionnement est conforme aux exigences de cette directive puissent circuler librement sur le marché intérieur » (point 79). Cependant, elle considère que le législateur européen peut procéder à une harmonisation par étapes avec une suppression progressive des mesures unilatérales prises par les Etats membres. Elle affirme également que cet article élimine certains des obstacles aux échanges entre Etats membres, même si pas tous, et que de ce fait l'objectif d'amélioration des conditions de fonctionnement du marché intérieur est rempli (points 80 à 82). Toutefois, on peut se demander si une disposition qui permet le maintien d'obstacles aux échanges entre Etats membres contribue réellement au marché intérieur.

La Cour de justice se réfère également à la Convention cadre de l'OMS pour la lutte anti-tabac pour justifier le recours à l'article 114 TFUE comme base juridique pour l'interdiction de la mise sur le marché de produits du tabac contenant du menthol. La Cour rappelle que les directives pour l'application de la convention cadre recommandent d'interdire l'utilisation d'ingrédients qui pourraient améliorer le goût des produits du tabac. Même si ces directives n'ont pas force contraignante, elles ont néanmoins une influence déterminante. De ce fait, il était prévisible que certains Etats membres adoptent cette interdiction alors que d'autres Etats ne l'auraient sans doute pas fait, ce qui aurait provoqué des obstacles aux échanges. La mesure prise au niveau de l'Union permet donc de prévenir de telles entraves (point 122).

L'analyse des droits fondamentaux constitue sans doute un des éléments les plus novateurs de l'arrêt Philip Morris. En effet, lorsque les premiers arrêts sur l'ancienne directive tabac ont été rendus, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'avait pas le même statut que les traités. La situation ayant changé entre temps, la validité de la directive peut aujourd'hui être analysée à la lumière de ce texte. La juridiction de renvoi demande en substance si l'article 13, paragraphe 1, de la directive, qui interdit l'apposition sur l'emballage de tout élément susceptible de contribuer à la promotion ou consommation des produits du tabac, est contraire à l'article 11 de la Charte consacrant la liberté d'expression. La Cour admet qu'une ingérence à la liberté d'expression existe et vérifie donc si les critères autorisant des limitations à une liberté fondamentale sont remplis : si cette ingérence est prévue par la loi, si elle affecte le contenu essentiel de la liberté d'expression, si elle répond à un objectif d'intérêt général et si elle est proportionnée.

La Cour de justice est amenée à mettre en balance la liberté d'expression, d'une part, et la protection de la santé, qui est en l'occurrence l'objectif d'intérêt général poursuivi, d'autre part. Ce faisant, la Cour confirme l'importance croissante de la santé dans l'ordre juridique de l'Union européenne (points 153 à 158). Elle signale d'abord que dans l'exercice de mise en balance « le pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union, s'agissant de la question de déterminer où se trouve ce juste équilibre, est variable pour chacun des buts

justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu » (point 154). Ensuite, elle considère que « la protection de la santé humaine dans un domaine caractérisé par la grande nocivité avérée de la consommation de produits du tabac, par les effets de ces derniers en matière de dépendance et par la survenance de maladies graves provoquées par des composés pharmacologiquement actifs, toxiques, mutagènes et cancérigènes contenus dans ces produits, revêt une importance supérieure par rapport aux intérêts avancés par les requérants au principal » (point 156).

Ensuite, la juridiction de renvoi se demande si un certain nombre d'articles de la directive sont valides au regard du principe de proportionnalité. A cet égard, la Cour de justice réalise une analyse classique de ce principe en trois étapes : l'aptitude des mesures à réaliser les objectifs légitimes poursuivis, la nécessité de ces mêmes pour réaliser les objectifs et l'absence de mesures moins contraignantes. Cependant, la Cour affirme que dans un domaine tel que celui de la directive, qui implique « des choix de nature politique, économique et sociale », le pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union européenne est large. De ce fait, les mesures ne seront considérées comme contraires au principe de proportionnalité que si elles sont manifestement inappropriées (point 166). Ce seuil particulièrement strict permet à la Cour de confirmer le caractère proportionnel de chacun des articles attaqués.

Finalement, l'analyse de la Cour relative à la motivation mérite d'être commentée. D'une part, dans la partie concernant la recevabilité de la demande préjudicielle, la Cour affirme que la juridiction de renvoi n'a pas exposé les raisons pour lesquelles elle interroge la Cour de justice sur la validité d'un certain nombre d'articles ce qui mène à l'irrecevabilité partielle de la septième question (points 51 et 52). D'autre part, dans l'analyse sur le principe de subsidiarité, la Cour de justice semble être beaucoup plus laxiste quant à l'obligation de motivation de la part du législateur européen. Ainsi, la juridiction de renvoi conteste la validité de l'article 7, qui interdit la mise sur le marché de produits du tabac contenant du menthol, au regard du principe de subsidiarité. Le législateur n'aurait pas exposé les raisons pour lesquelles une action au niveau de l'Union européenne serait plus bénéfique qu'au niveau des Etats membres dans ce domaine-là. La Cour signale que « le respect de l'obligation de motivation doit être apprécié au regard non seulement du libellé de l'acte contesté, mais aussi de son contexte et des circonstances de l'espèce » (point 225). Ainsi, elle se réfère à la proposition de directive et à l'analyse d'impact et signale que ces documents contiennent suffisamment d'éléments mettant en avant les avantages liés à une action au niveau de l'Union. Ce double standard est du moins surprenant et l'approche utilisée par l'Avocat général Kokott semble sans doute plus appropriée. Ainsi, dans ses conclusions, elle réprimande certes la juridiction de renvoi du fait de la manière dont les questions ont été posées (points 23 à 27 des conclusions), mais elle attire également l'attention du législateur de l'Union en ce qui concerne la motivation quant au principe de subsidiarité. Ainsi, dans une phrase très illustrative, elle affirme que « on ne saurait soutenir que cette formulation, cantonnée en définitive à une reproduction modulaire du libellé même des dispositions pertinentes du traité UE, soit vraiment un brillant spécimen de la technique si célébrée du « mieux légiférer », que les institutions de l'Union se sont fixées comme objectif depuis quelque temps » (point 290 des conclusions).

Elisabet Ruiz-Cairo, « La validité de la directive sur les produits du tabac est confirmée : la protection de la santé l'emporte sur la liberté d'expression », actualité du 9 mai 2016, www.ceje.ch

16. Factures à caractère transfrontalier et obligations linguistiques ne font pas bon ménage

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 21 juin dernier dans l'affaire *New Valmar* (C-15/15) confirme la proposition de réponse présentée dans l'Actualité du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) du 14 avril dernier.

Le Tribunal de commerce de Gand (Belgique) avait posé une question préjudicielle portant sur l'interprétation à donner à l'article 45 TFUE afin de savoir s'il s'oppose à une réglementation de la Communauté flamande de Belgique (qui constitue une entité fédérée de cet Etat membre) qui impose à toute entreprise ayant son siège d'exploitation sur le territoire de cette entité d'établir ses factures à caractère transfrontalier dans la seule langue officielle de cette entité (le néerlandais) à peine de nullité des factures, nullité qui doit être soulevée d'office par le juge.

Comme nous l'avons relevé, la CJUE a constaté que l'affaire en cause au principal ne concerne par la libre circulation des travailleurs (article 45 TFUE) mais bien la libre circulation des marchandises, et, plus particulièrement, s'agissant de l'exportation de marchandises depuis la Belgique vers l'Italie, de l'article 35 TFUE interdisant les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation.

Afin de procéder à cette reformulation de la question préjudicielle, la Cour de justice a rappelé que l'article 267 TFUE instaure une procédure de coopération entre les juridictions nationales et la CJUE, cette dernière ayant pour mission d'interpréter toutes les dispositions du droit de l'Union afin d'apporter une réponse utile au juge national lui permettant de trancher le litige. Ceci ayant donc amené la Cour à reformuler la question préjudicielle afin de lui donner comme assise juridique l'article 35 TFUE et non l'article 45 TFUE.

La CJUE a ensuite vérifié l'existence ou non d'une restriction à la libre circulation des marchandises.

S'agissant d'une éventuelle entrave à l'exportation de produits, la Cour a d'abord rappelé qu'« une mesure nationale applicable à tous les opérateurs agissant sur le territoire national qui affecte en fait davantage la sortie des produits du marché de l'État membre d'exportation que la commercialisation des produits sur le marché national dudit État membre relève de l'interdiction énoncée à l'article 35 TFUE ».

La Cour constatera sur cette base que la réglementation litigieuse constitue bien une entrave à la libre circulation des marchandises au sein de l'UE en ce qu'elle prive les opérateurs de choisir librement la langue de rédaction de leurs factures et impose une langue qu'ils ne maîtrisent pas forcément et qui est différente de la langue du contrat. Ainsi, la réglementation en cause accroît le risque de contestation et de non-paiement des factures. Inversement, « le destinataire d'une facture rédigée dans une langue autre que le néerlandais pourrait, compte tenu de la nullité absolue frappant une telle facture, être incité à en contester la validité pour ce seul motif, et ce alors même que cette facture aurait été rédigée dans une langue qu'il comprend ».

Enfin, la CJUE procèdera à une analyse des motifs de justifications à l'entrave ainsi constatée, invoqués par le gouvernement belge.

Comme nous l'avons relevé dans notre Actualité du 14 avril 2016, la Cour constatera tout d'abord que la stimulation et la promotion de l'emploi de l'une des langues nationales constitue un objectif légitime de nature à justifier, en principe, une entrave à la libre circulation des marchandises (en rappelant ses arrêts *Groener*, *Runevic-Vardyn* et *Wardyn* et *Anton Las*).

Toutefois, même si la réglementation en cause est apte à atteindre cet objectif (ainsi que l'objectif de facilitation des contrôles de documents officiels par les autorités nationales), encore faut-il qu'elle soit proportionnée à ces objectifs. Or, en l'occurrence, « une

réglementation d'un État membre qui, non seulement imposerait l'utilisation de la langue officielle de celui-ci pour la rédaction de factures relatives à des transactions transfrontalières, mais qui permettrait, en outre, d'établir une version faisant foi de telles factures également dans une langue connue des parties concernées serait moins attentatoire à la liberté de circulation des marchandises que la réglementation en cause au principal, tout en étant propre à garantir les objectifs poursuivis par ladite réglementation » .

La Cour jugera dès lors que la réglementation en cause va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs et n'est donc pas proportionnée.

Cette réponse s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure relative à la même problématique (principalement ici : Groener et Anton Las) et recherche un équilibre, basé sur le principe de proportionnalité, entre protection de la diversité linguistique des États membres et intégration économique de l'Union européenne.

Laura Marcus, « Factures à caractère transfrontalier et obligations linguistiques ne font pas bon ménage », actualité du 3 juillet 2016, www.ceje.ch

17. Libre circulation : précisions sur la notion de 'situation purement interne'

La Cour de justice de l'Union européenne, réunie en grande chambre, a confirmé le 15 novembre dernier sa jurisprudence antérieure relative à la notion de « situation purement interne » tout en apportant certaines précisions quant à l'interprétation de cette notion (arrêt Ullens de Schooten, C-268/15).

Cet arrêt est intervenu dans le cadre d'une demande en interprétation préjudicielle introduite par la Cour d'appel de Bruxelles, saisie d'un litige opposant M. Ullens de Schooten à l'État belge. Le premier a demandé la condamnation du second au paiement de dommages et intérêts pour l'avoir tenu à tort coupable de l'exploitation illégale d'un laboratoire de biologie clinique en Belgique.

Après avoir déclaré la demande en interprétation préjudicielle recevable car le principe de la responsabilité extracontractuelle d'un État relève de la compétence interprétative de la Cour, celle-ci a rappelé que cette responsabilité ne peut être engagée que si la règle du droit de l'Union prétendument violée a pour objet de conférer des droits au particulier qui s'en prévaut, que la violation de cette règle est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par le particulier (pts 41 et 43).

Ainsi, dans le cadre d'un litige comme celui au principal, où tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, il est nécessaire d'examiner si le particulier retire des droits des dispositions du droit de l'Union européenne (art. 49, 56 et 63 TFUE) prétendument violées (pts 46 et 47). En effet, les dispositions du traité FUE en matière de libre circulation des services, des capitaux et de liberté d'établissement n'ont pas vocation à s'appliquer à une situation purement interne à un État membre.

La Cour reconnaît toutefois qu'un juge national peut fonder sa décision sur des dispositions du droit de l'Union européenne dans quatre scénarii, et, ce, même si tous les éléments du litige sont cantonnés à un seul État membre.

Le premier scénario a trait à la situation où un ressortissant établi dans un autre État membre est (ou serait) intéressé à faire usage de ses libertés de circuler pour exercer des activités sur le territoire de l'État membre ayant adopté la réglementation nationale litigieuse et que celle-ci, indistinctement applicable, est susceptible de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à ce seul État membre.

Deuxièmement, lorsque la juridiction de renvoi saisit la Cour de justice à titre préjudiciel dans le cadre d'une procédure nationale en annulation de dispositions indistinctement applicables aux ressortissants nationaux et étrangers, la décision que cette juridiction adoptera à la suite de l'arrêt rendu à titre préjudiciel produira des effets également à l'égard de ces derniers ressortissants, ce qui justifie qu'elle réponde aux questions qui lui ont été posées en rapport avec les dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales en dépit du fait que tous les éléments du litige au principal sont cantonnés à un seul État membre.

Troisièmement, l'interprétation des dispositions relatives aux libertés fondamentales peut s'avérer pertinente dans une affaire dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre lorsque le droit national impose à la juridiction de renvoi de faire bénéficier un ressortissant de l'État membre dont cette juridiction relève des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union dans la même situation.

Enfin, le dernier scénario concerne les cas où, même si les faits au principal ne relèvent pas directement du champ d'application du droit de l'Union européenne, les dispositions de ce droit ont été rendues applicables par la législation nationale, laquelle s'est conformée, pour les solutions apportées à des situations dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, à celles retenues par le droit de l'Union.

La Cour de justice a ainsi identifié les différentes hypothèses dans lesquelles un justiciable va pouvoir se fonder sur des dispositions du droit de l'Union même lorsque les éléments du litige sont confinés à l'intérieur d'un seul État membre.

Cependant, la Cour ne s'est pas arrêtée à cette énumération mais a ajouté que, pour que l'un des quatre scénarii mentionnés ci-dessus puisse se voir appliqué, il appartient à la juridiction de renvoi d'indiquer en quoi l'un de ceux-ci est concrètement applicable, cette indication doit établir un lien entre l'objet ou les circonstances du litige et les dispositions du traité relatives aux libertés fondamentales. En effet, lorsque « tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, il appartient à la juridiction de renvoi d'indiquer à la Cour, conformément à ce qu'exige l'article 94 du règlement de procédure de la Cour, en quoi, en dépit de son caractère purement interne, le litige pendant devant elle présente avec les dispositions du droit de l'Union relatives aux libertés fondamentales un élément de rattachement qui rend l'interprétation préjudicielle sollicitée nécessaire à la solution de ce litige ».

Or, dans le cas d'espèce, la Cour a constaté que la décision de renvoi n'indique pas qu'il existe effectivement un tel lien mais se contente de mentionner que la réglementation nationale en cause est indistinctement applicable aux ressortissants de l'État membre concerné et aux ressortissants d'autres États membres. Ainsi, dès lors que le litige au principal ne présente aucun élément de rattachement concret avec les articles 49, 56 et 63 TFUE, dispositions qui visent à protéger les personnes faisant un usage effectif des libertés fondamentales, celles-ci ne sont pas susceptibles de conférer des droits à M. Ullens de Schooten, et, ainsi, ne saurait fonder la responsabilité extracontractuelle de l'État belge.

La Cour de justice a ainsi apporté un peu plus de clarté dans sa jurisprudence relative à la notion de « situation purement interne » en énumérant les hypothèses dans lesquelles un juge national peut fonder sa décision sur des dispositions du droit de l'Union européenne même si tous les éléments du litige sont cantonnés à un seul État membre.

Elle a aussi souligné qu'en présence d'une telle hypothèse, le juge de renvoi doit indiquer à la Cour l'existence d'un lien concret entre l'objet du litige et les dispositions du droit de l'Union relatives aux libertés fondamentales.

Laura Marcus, « Libre circulation : précisions sur la notion de 'situation purement interne' », actualité du 1^{er} décembre 2016, www.ceje.ch

V. Libre circulation des capitaux et union économique

18. Le statut des institutions de l'Union européenne dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité et les voies de droit possibles

Dans deux arrêts rendus en grande chambre le 20 septembre 2016 (dans les affaires jointes C-8-15 P, C-9/15 P, C-10/15 P, ainsi que dans les affaires jointes C-105/15 P, C-106/15 P, C-107/15 P, C-108/15 P, C-109/15 P), la Cour de justice de l'Union européenne est amenée à clarifier le rôle de la Commission européenne et de la Banque centrale européenne (ci-après BCE) dans le cadre du protocole d'accord conclu entre la République de Chypre et le Mécanisme européen de stabilité (ci-après MES).

Suite aux difficultés financières que les banques chypriotes ont rencontrées en 2012, le gouvernement a formulé une demande d'assistance à l'Eurogroupe – organe informel composé des ministres des Etats membres de la zone euro. Ce dernier a déclaré le 27 juin 2012, qu'une aide financière sera mise en place par le biais du Mécanisme européen de stabilité, dans le cadre d'un programme d'ajustement macroéconomique. La négociation entre le gouvernement chypriote, la Commission européenne, la BCE et le FMI d'un protocole d'accord a eu lieu. Le 25 mars 2013, l'Eurogroupe a déclaré que les parties sont parvenues à un accord relatif au futur programme macroéconomique d'ajustement et a encouragé les mesures de restructuration du secteur financier. Le protocole d'accord a été signé par le ministre des Finances chypriote, le gouverneur de la Banque Centrale de Chypre et le vice-président de la Commission européenne agissant au nom du MES.

Dans le cadre des mesures prévues, la Bank of Cyprus et la Cyprus Popular Bank ont été soumises à la procédure d'assainissement par la Banque Centrale de Chypre, ce qui a provoqué une diminution importante de la valeur des dépôts des particuliers chypriotes et des sociétés établies à Chypre.

Dans ces circonstances, deux recours ont été introduits devant le Tribunal de l'Union européenne. Sept individus ont introduit un recours en annulation contre la déclaration de l'Eurogroupe du 25 mars 2013. Parallèlement, cinq autres particuliers et une société ont demandé l'annulation des parties concernées du protocole d'accord et une indemnité dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle introduite à l'encontre de la Commission européenne et de la BCE.

En ce qui concerne le recours en annulation, la Cour de justice confirme la décision d'irrecevabilité rendue par le Tribunal de l'Union européenne. Elle a estimé que la déclaration attaquée ne peut pas être imputée ni à la Commission, ni à la BCE du seul fait de leur participation aux réunions de l'Eurogroupe, faute de compétence décisionnelle des deux institutions concernant les questions liées au MES. En effet, le Tribunal de l'Union européenne avait considéré que l'Eurogroupe est une réunion informelle entre ministres et qu'il n'est aucunement mandaté par la Commission européenne ou la BCE. Dès lors, ces deux institutions ne peuvent pas être auteurs de la déclaration attaquée. L'Eurogroupe n'est pas un organe décisionnel. Dès lors, il ne s'agit pas d'un acte produisant des effets juridiques à l'égard des tiers : il est question d'une déclaration purement informative qui informe de la volonté des parties de poursuivre les négociations selon les termes de la déclaration.

En outre, le recours en annulation peut être introduit à l'encontre des actes pris par les institutions de l'Union européenne lorsqu'ils produisent des effets de droit obligatoires, qui affectent les intérêts et modifient la situation juridique des personnes concernées. Or, comme il ressort de l'arrêt Pringle (C-370/12), lorsque le traité MES attribue des missions à la

Commission européenne et à la BCE dans le but de mettre en œuvre les objectifs du MES, ces institutions n'exercent aucun pouvoir décisionnel et leurs activités n'engagent que le MES. Après avoir analysé les tâches attribuées aux deux institutions, la Cour de justice conclut que leur participation aux réunions de l'Eurogroupe n'affecte ni la nature juridique de la déclaration de ce dernier, ni le statut donné aux institutions dans le cadre du traité MES. Dès lors, le cadre juridique national imposant notamment les mesures d'assainissement n'est pas fondé sur une prétendue décision de la Commission européenne ou de la BCE. Comme le soutient l'avocat général, l'Eurogroupe ne peut pas être considéré comme une formation du Conseil de l'Union européenne ou un organisme, au sens de l'article 263 du traité FUE. Ainsi, le recours en annulation ne peut pas être admis.

En revanche, s'agissant de la demande de versement d'une indemnité équivalente à la diminution de la valeur des dépôts des requérants, la Cour de justice n'a pas confirmé l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne qui avait considéré que les prétentions étaient irrecevables et partiellement infondées. L'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union européenne est conditionné par la réalisation de trois conditions cumulatives, à savoir l'illégalité du comportement reproché à l'institution de l'Union, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement de l'institution et le préjudice invoqué. La Cour de justice précise que même si la Commission européenne et la BCE n'ont pas de pouvoir décisionnel dans le cadre du MES, ils peuvent se voir opposer les comportements illicites liés à l'adoption du protocole d'accord, au sens des articles 268 et 340 du traité FUE.

La Commission européenne, en tant que gardienne des traités, devait s'abstenir de signer un protocole d'accord qui était incompatible avec le droit de l'Union. Dans le cas d'espèce, il est reproché à la Commission européenne de ne pas avoir veillé au respect de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit de propriété. La Cour de justice relève que les institutions sont tenues de respecter la Charte des droits fondamentaux, même lorsqu'elles agissent en dehors du droit de l'Union. Cependant, le droit de propriété n'est pas un droit absolu, il peut être restreint dans une mesure raisonnable et tolérable lorsque cela est justifié par des objectifs d'intérêt général de l'Union. In casu, l'objectif poursuivi était la stabilité du système bancaire de la zone euro dans son ensemble : en particulier, la prévention d'une propagation de la défaillance des banques dans l'Etat membre concerné ou dans d'autres Etats membres. La prévention de pertes financières imminentes qui seraient survenues en cas de faillite des banques chypriotes n'était dès lors pas une restriction démesurée ou intolérable du droit de la propriété. La première condition de l'action en responsabilité n'étant pas remplie, la Cour de justice décide de ne pas faire droit au recours en indemnité.

En conclusion, les deux arrêts clarifient le statut des institutions de l'Union européenne lorsqu'elles participent au Mécanisme Européen de Stabilité. Ils indiquent aussi les moyens de droit à disposition des sociétés et individus qui ont dû subir les conséquences des politiques de restructuration : la voie du recours en annulation n'est pas ouverte, seul peut être suivi le chemin difficile de l'action en responsabilité non contractuelle.

Alicja Zapedowska, « Le statut des institutions de l'Union européenne dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité et les voies de droit possibles », actualité du 29 septembre 2016, www.ceje.ch

19. Rapport entre les accords « Tunisie » et « Liban » et les dispositions en matière de libre circulation des capitaux du TFUE

Dans un arrêt rendu le 24 novembre 2016 dans l'affaire SECIL c Fazenda Pública, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur le rapport entre les dispositions des accords conclus avec la Tunisie et le Liban en matière de libre circulation des capitaux et les dispositions pertinentes des traités fondateurs, à savoir les articles 63 à 65 TFUE.

SECIL est une société ayant son siège au Portugal et soumise à l'impôt sur les sociétés dans cet État membre. Elle a acquis une partie du capital social de deux autres sociétés, la première ayant son siège en Tunisie et la seconde au Liban. Les dividendes perçus de ces deux sociétés ont été imposés au Portugal sans faire l'objet d'aucun mécanisme d'élimination ou d'atténuation de la double imposition. SECIL considère que, en excluant l'application des règles d'élimination de la double imposition, le code de l'impôt sur le revenu des personnes morales portugais (CIRC) viole les accords conclus avec la Tunisie et le Liban, ainsi que le TFUE.

La juridiction de renvoi demande à la Cour de justice de l'Union européenne de vérifier si les dispositions du TFUE et des accords euro-méditerranéens s'opposent à un tel traitement fiscal. Celle-ci commence par confirmer que le champ d'application matériel de l'article 63 TFUE englobe une situation telle que celle du litige au principal. Elle considère également que, dans le cas d'espèce, une restriction à cette liberté fondamentale s'est produite. En effet, en vertu de l'article 46 du CIRC, une société portugaise qui perçoit des dividendes distribués par d'autres sociétés portugaises peut déduire ces dividendes de sa base d'imposition alors qu'elle ne peut pas le faire lorsqu'il s'agit de dividendes distribués par des sociétés ayant leur siège dans des États tiers. Cette différence de réglementation risque de dissuader les sociétés résidentes au Portugal d'investir leurs capitaux dans des sociétés établies dans des États tiers.

La Cour de justice de l'Union européenne considère, toutefois, que cette différence de traitement peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment par la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux. Cette justification ne serait applicable que s'il s'avérait impossible pour les autorités portugaises de vérifier que la société a déjà été assujettie à l'impôt sur les sociétés dans les États tiers concernés, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

En matière de libre circulation de capitaux, une particularité existe néanmoins par rapport aux autres libertés fondamentales puisque l'article 64, paragraphe 1, TFUE prévoit une dérogation. Cette disposition stipule que les restrictions aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers existant au 31 décembre 1993 ne constituent pas une entrave à la libre circulation reconnue par l'article 63 TFUE. Dans le cas du Portugal, le CIRC datant du 30 novembre 1988 pourrait potentiellement bénéficier de cette dérogation.

Afin de vérifier si la dérogation est applicable, la Cour de justice analyse l'effet des accords euro-méditerranéens sur l'ordre juridique de l'Union et des États membres. Les articles 34, paragraphe 1, de l'accord CE-Tunisie et 31 de l'accord CE-Liban prévoient une libéralisation de la circulation des capitaux entre les États membres et les deux États tiers partenaires. Pour que ces dispositions soient invocables dans le cas d'espèce, la Cour de justice rappelle qu'il est nécessaire qu'elles aient un effet direct. Dans le cas d'un accord conclu entre l'Union européenne et des États tiers, l'effet direct exige que les dispositions comportent « une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur » (point 96). L'analyse des dispositions litigieuses mène la Cour de justice à conclure que, effectivement, ces articles sont d'effet direct.

Cela étant, la Cour affirme qu'un État membre qui conclut un accord international contenant de telles dispositions avec un État tiers renonce en fait à la faculté accordée par l'article 64, paragraphe 1, TFUE puisque, autrement, lesdites dispositions de l'accord perdraient leur effet utile (point 90). Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la dérogation contenue à l'article 64, paragraphe 1, TFUE dans le cas d'espèce ; au contraire, il faut appliquer les dispositions des accords euro-méditerranéens.

Par un raisonnement similaire à celui accordé à l'article 63 TFUE, la Cour de justice affirme par la suite que le traitement fiscal désavantageux mis en place par le Portugal constitue une violation des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux contenues dans les accords.

Tout comme dans le cas des traités, la restriction peut, toutefois, être justifiée par la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux. La particularité des accords euro-méditerranéens est que la justification qui peut être apportée aux restrictions est entendue de manière plus large. En d'autres termes, il sera plus difficile d'admettre qu'il existe une restriction puisque l'objectif des accords n'est pas, contrairement aux dispositions des traités, la création d'un marché intérieur.

En conséquence, la Cour conclut que le CIRC constitue une restriction à la libre circulation des capitaux non seulement en vertu des traités fondateurs mais aussi des accords euro-méditerranéens. Cette restriction peut, dans les deux cas, être justifiée, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Elisabet Ruiz Cairó, « Rapport entre les accords « Tunisie » et « Liban » et les dispositions en matière de libre circulation des capitaux du TFUE », actualité du 6 décembre 2016, www.ceje.ch

VI. Questions fiscales

20. Relation Suisse-OCDE: "Better to be in the room than in front of the door"

Le 24 avril 2016, Ulrich Lehner, ambassadeur et chef de la délégation suisse auprès de l'OCDE à Paris, a donné, au Centre d'études juridiques européennes, une conférence au sujet de la relation, parfois complexe, entre la Suisse et l'OCDE.

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, regroupant actuellement 34 pays membres, voit son rayonnement croître et devient de plus en plus connue en Suisse en raison des questions relatives aux impôts.

Pour la Mission suisse, les priorités actuelles sont au nombre de trois : les questions fiscales, l'agenda de 2030 et l'expansion de l'OCDE à l'Amérique latine et aux Caraïbes. La Suisse est particulièrement concernée et intéressée par les enjeux actuels de l'OCDE en matière de fiscalité. Ces derniers sont l'échange d'informations sur demande, l'échange automatique d'information ainsi que l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices des entreprises (« BEPS » en anglais). Outre le domaine fiscal, la lutte contre la corruption ainsi que le PISA retiennent aussi l'attention de l'OCDE et de ses membres.

En ce qui concerne l'échange d'informations « sur demande », le secret bancaire était de mise en Suisse jusqu'à récemment, sauf pour la fraude ou les infractions pénales. Cela signifie que, ce qui n'était pas couvert par ces deux exceptions n'était pas susceptible d'être communiqué. Par exemple, la soustraction fiscale, qui constitue seulement une infraction administrative dans le système juridique suisse, était couverte par le secret bancaire. La pression exercée par les autres membres de l'OCDE a eu raison de ce secret bancaire et la situation suisse a changé. Actuellement, la distinction entre le sort réservé aux infractions pénales et aux infractions administratives ne s'applique qu'aux résidents suisses. Après avoir adopté un nouveau cadre légal, la Suisse attend désormais les résultats de l'enquête réalisée au sujet de la mise en œuvre des règles adoptées. L'échange automatique d'informations pose quant à lui plus de problème car il implique que les mêmes règles soient appliquées par et pour tous.

Enfin, le BEPS est un troisième pari en la matière. Actuellement, les systèmes légaux permettent aux grandes entreprises de minimiser le montant des impôts dont ils doivent s'acquitter en choisissant de s'établir dans un Etat qui présente un taux d'imposition sur les sociétés particulièrement intéressant. S'il est juste d'éviter une double imposition, il est moins souhaitable de faire face à une double non-imposition. Cette question touche la Suisse en tant que terrain privilégié pour ces pratiques.

Cette esquisse des relations Suisse-OCDE est l'occasion de faire le point sur la relation UE-OCDE. L'Union européenne n'est pas membre à part entière de l'OCDE et ne dispose pas du droit de vote au sein de cette organisation. Toutefois, elle participe à ses activités et la Commission européenne siège au Conseil de l'OCDE. Si elle fait des déclarations ou tient des séances de coordination avec ses Etats membres, il reste que les domaines abordés tels que l'éducation et la fiscalité ne relèvent pas de la compétence de l'UE. Les Etats membres restent dès lors libres de prendre des mesures nationales et de ne pas suivre les déclarations faites par la Commission européenne.

In fine, l'organisation économique qu'est l'OCDE tient une place de choix dans le paysage des organisations internationales, offrant notamment une grande crédibilité quant aux données et indicateurs qu'elle recense. Des règles y sont développées et leur impact ne saurait être réduit, c'est pourquoi « it is fundamental for Switzerland to be in the room rather than in front of the door ».

Margaux Biermé, « Relation Suisse-OCDE: 'Better to be in the room than in front of the door' », actualité du 26 mai 2016, www.ceje.ch

VII. Fiscalité et droit des sociétés

21. Conformité de la TVA des avocats au droit de l'Union

Dans un arrêt du 28 juillet 2016 (aff. C-543/14), la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la validité et l'interprétation de certaines dispositions de la directive TVA. La Cour constitutionnelle belge a posé quatre questions préjudicielles à la Cour de justice à l'occasion d'un litige opposant diverses organisations belges, dont l'Ordre des barreaux francophones et germanophones, au Conseil des ministres. Il s'agissait notamment de déterminer si l'absence d'exonération des services d'avocat était compatible avec la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la CEDH, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après « PIDCP ») ainsi que la convention d'Aarhus.

Le cœur des discussions concerne l'assujettissement des prestations de services des avocats à la TVA. Jusqu'il y a peu, l'Etat belge exonérait de TVA les prestations de services des avocats. Une loi belge du 30 juillet 2013 a toutefois modifié cette situation. Depuis le 1^{er} janvier 2014, les avocats, à l'instar d'autres prestataires de services, sont assujettis à la TVA, laquelle s'élève à 21% en Belgique.

La Cour constitutionnelle s'est interrogée sur la question de la compatibilité de l'assujettissement des prestations de services des avocats à la TVA avec le droit à un recours effectif et le principe de l'égalité des armes, garantis par les textes internationaux précités. En effet, ledit assujettissement pouvait impliquer une répercussion sur le coût des services proposés, selon les cas. Une augmentation des coûts aurait un impact selon la qualité d'assujetti ou non du justiciable. En effet, si le client bénéficie de l'aide juridique ou s'il dispose de ressources suffisantes, tout en ayant la qualité d'assujetti, il ne devrait pas être touché par l'augmentation des coûts qu'engendrerait l'assujettissement à la TVA. La situation semblait être différente pour le client qui ne bénéficie pas de l'aide juridique car il dispose de ressources suffisantes, sans avoir la qualité d'assujetti. C'est sur cette hypothèse que la Cour se prononce.

Dans un premier temps, la Cour analyse la validité de la directive TVA au regard du droit à un recours effectif et du principe de l'égalité des armes, garantis à l'article 47 de la charte. Elle rappelle à cette occasion sa jurisprudence relative à l'invocation de textes internationaux, tels

que la CEDH et le PIDCP pour conclure que seule la Charte est pertinente en vue d'un contrôle de validité de la directive TVA.

S'agissant du droit à un recours effectif, la Cour met en évidence ce que ce droit recouvre, et expose les facteurs influençant l'accès à la justice. Tout en admettant que les coûts afférents à la procédure judiciaire doivent être pris en compte, elle démontre qu'une incertitude persiste quant à la mesure dans laquelle l'assujettissement désormais de mise pourrait avoir sur les honoraires pratiqués par les avocats en Belgique. Elle conclut à cet égard qu'« aucune corrélation stricte, voire mécanique, ne peut être établie entre l'assujettissement à la TVA des prestations de services des avocats et une augmentation du prix de ces services » (pt 35). Le droit à un recours effectif tel que garanti par l'article 47 de la Charte n'est dès lors pas mis en cause.

S'agissant du principe de l'égalité des armes, la Cour précise qu'il ne saurait être déduit de ce principe que les parties à un litige doivent être sur un pied d'égalité « s'agissant des coûts financiers supportés dans le cadre de la procédure judiciaire » (pt 42). Les justiciables non assujettis ne seront donc a priori pas désavantagés par rapport aux justiciables ayant la qualité d'assujetti, puisqu'ils sont supposés disposer de ressources financières suffisantes.

Dans un deuxième temps, la Cour justifie l'absence de contrôle de la validité de la directive TVA envisagée par rapport à certaines dispositions de la convention d'Aarhus, en démontrant que les conditions pour ce faire ne sont pas remplies. En effet, les dispositions en cause ne sont pas, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises. L'intervention d'un acte ultérieur ainsi que les critères arrêtés par le droit national ôtent aux dispositions le caractère d'inconditionnalité et de précision nécessaires pour un tel contrôle.

La Cour clôt son raisonnement sur l'interprétation de l'article 132 de la directive TVA, consacré aux « exonérations en faveur de certaines activités d'intérêt général ». Il s'agissait d'apprécier si les prestations fournies par les avocats dans le cadre d'un régime national d'aide juridictionnelle pouvaient prétendre être exonérées en raison d'un éventuel caractère social qui leur serait reconnu. La Cour répond par la négative, estimant que l'application de l'exonération n'est possible que lorsque la prestation est « étroitement liée à l'aide et la sécurité sociale » mais aussi qu'elle est effectuée « par des organismes reconnus comme ayant un caractère social » (pt 63). Les prestations visées ne remplissant pas ces critères, elles ne peuvent être exonérées sur la base de l'article 132 de la directive TVA.

Il peut être observé que la Cour n'a analysé que la première question posée, sans statuer sur les suivantes. Cet arrêt a été l'occasion de rappeler les contours des notions de droit à un recours effectif et du principe d'égalité des armes. L'absence d'effet direct de certaines dispositions de la convention d'Aarhus a lui aussi été mis en évidence. Enfin, d'un point de vue concret, cet arrêt confirme la légalité de la situation actuelle en matière d'assujettissement des avocats à la TVA, situation récente pour les avocats pratiquant en Belgique, qui était finalement un cas isolé en la matière, comparé aux autres Etats membres de l'Union européenne.

Margaux Biermé, « Conformité de la TVA des avocats au droit de l'Union », actualité du 1er septembre 2016, www.ceje.ch

VIII. Rapprochement des législations

22. « *Fumer tue.....* », un arrêt sur les cigarettes électroniques

Au moment de l'entrée en vigueur des mesures de transposition de la directive 2014/40, relative aux produits du tabac, au sein des Etats membres (le 20 mai 2016 – article 29 de la directive), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se prononce sur la validité de l'article 20 de ladite directive, lequel a déjà suscité les foudres de nombre de fabricants et importateurs de cigarettes électroniques de par la réglementation très restrictive de ce type de produits qu'il met en place (interdiction presque totale de la publicité, capacité maximale des réservoirs de nicotine réduite, possibilité pour les Etats membres d'interdire la vente à distance transfrontalière, etc.).

Dans son arrêt du 4 mai 2016 (C-477/14, *Pillbox38*), la CJUE a examiné la validité de l'article 20 de la directive 2014/40 au regard des principes d'égalité de traitement, de libre concurrence, de proportionnalité, de sécurité juridique, de subsidiarité et au regard des articles 16 (liberté d'entreprise) et 17 (droit de propriété) de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne. Il faut également noter que la CJUE a déclaré la demande de décision préjudicielle recevable, notamment en ce qu'elle porte sur la validité d'un acte de droit dérivé de l'Union.

Le présent commentaire s'inscrit dans la continuité de l'Actualité du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) du 9 mai 2016, rédigée par Elisabet Ruiz Cairo, et portant sur l'arrêt C-547/14, « *Philip Morris* », arrêt rendu également le 4 mai 2016. Cette autre affaire avait trait à la question de la base juridique de la directive 2014/40 (article 114 TFUE) et au respect des droits fondamentaux.

L'affaire *Pillbox38* qui nous occupe ici, soumise à la CJUE par la High Court of Justice (England & Wales), a tout d'abord permis à la CJUE de rappeler sa jurisprudence constante relative au principe d'égalité de traitement exigeant que « des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié » (pt 35). Constatant que les cigarettes électroniques ne se trouvent pas dans la même situation que les autres produits du tabac, soumettre ces premières à un régime juridique distinct de celui applicable aux autres produits du tabac n'enfreint pas le principe d'égalité de traitement. La CJUE ajoutera que les arguments invoqués au sujet de la méconnaissance du principe de libre concurrence n'ayant pas de contenu autonome par rapport à ceux relatifs au principe d'égalité de traitement, il convient de renvoyer aux considérations exposées quant à ce dernier principe.

Ensuite, examinant la validité de l'article 20 de la directive 2014/40, et de son régime spécifique applicable aux seules cigarettes électroniques, au regard des principes de proportionnalité et de sécurité juridique, la CJUE rappelle que selon sa jurisprudence constante, le principe général de proportionnalité exige que les « actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés » (pt 48). La Cour rappelle également que le législateur de l'Union possède un large pouvoir d'appréciation quant à l'application de ce principe de proportionnalité.

Constatant que les principes de proportionnalité et de sécurité juridique doivent notamment être appréciés à la lumière du principe de précaution, la CJUE conclura que, vu l'absence d'harmonisation de la législation des Etats membres relatives aux cigarettes électroniques et le

potentiel effet d'obstacles à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur que cela engendre, vu l'état actuel des risques liés à l'utilisation des cigarettes électroniques, vu la prise en compte des données scientifiques disponibles, le législateur de l'Union européenne n'a pas enfreint les principes de proportionnalité et de sécurité juridique en adoptant l'article 20 de la directive 2014/40. La CJUE procèdera toutefois à un examen supplémentaire de ces mêmes principes au regard, spécifiquement, de l'article 20, paragraphes 2, 3, 4, sous a), et 5 à 7 de la directive 2014/40.

Procédant en troisième lieu à un examen de l'article 20 précité au regard du principe de subsidiarité, la CJUE rappelle que conformément à ce principe, énoncé à l'article 5, paragraphe 3, TUE, « l'Union n'intervient, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, que si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de l'Union ». Par ailleurs, le protocole n° 2 (annexé au traité UE) établit, en son article 5, des lignes directrices pour déterminer si ces conditions sont remplies.

La Cour remarque à ce propos qu'il existe des divergences au niveau national en ce qui concerne les règles applicables aux cigarettes électroniques et que, ainsi, la directive 2014/40 poursuit bien un objectif pouvant être mieux atteint au niveau de l'Union.

Enfin, quant à la validité de l'article 20 de la directive 2014/40 au regard des articles 16 (liberté d'entreprise) et 17 (droit de propriété) de la Charte des droits fondamentaux, la CJUE constate que les communications commerciales imposée par l'article 20, paragraphe 5, ne permet pas aux opérateurs économiques de promouvoir leurs produits, ce qui est constitutif d'une ingérence dans la liberté d'entreprise de ces opérateurs. Toutefois, la liberté d'entreprise n'est pas absolue, et conformément à l'article 52 de la Charte, celle-ci peut contenir des limitations (pts 156-160). Or la limitation en l'espèce répond bien aux exigences de l'article 52 précité, celle-ci ne constitue dès lors pas une violation de l'article 16 de la Charte. La Cour procèdera par un même raisonnement quant à l'article 17 relatif au droit de propriété.

La Cour de justice conclura que l'examen de la question préjudicielle posée n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de l'article 20 de la directive 2014/40.

Cet arrêt confirme ainsi la validité de l'article 20 de la directive 2014/40, relatif aux cigarettes électroniques, au regard des principes d'égalité de traitement, de libre concurrence, de proportionnalité, de sécurité juridique, de subsidiarité et au regard des articles 16 (liberté d'entreprise) et 17 (droit de propriété) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'analyse du principe général de proportionnalité effectuée par la CJUE est particulièrement poussée et confirme la tendance de la Cour à reconnaître une large marge d'appréciation au législateur de l'Union (contrairement à la marge d'appréciation assez réduite laissée à l'action des États membres).

Laura Marcus, « « Fumer tue..... », un arrêt sur les cigarettes électroniques », actualité du CEJE du 17 mai 2016, www.ceje.ch

IX. Propriété intellectuelle

23. Réforme du système des marques – la clé vers l'innovation et la lutte contre la fraude

Dans le but de favoriser le marché unique en droit de la propriété intellectuelle, une harmonisation plus poussée du droit matériel et procédural est mise en place par le nouveau règlement 2015/2424 et la nouvelle directive 2015/2436, adoptés le 16 décembre 2015. La réforme du droit des marques s'inscrit dans la perspective et la volonté de faciliter aux entreprises l'enregistrement des marques, ainsi que d'accroître la compétitivité en rendant le système plus prévisible et juridiquement sûr.

Le règlement 2015/2424, qui entrera en vigueur le 23 mars 2016, modifie les règles existantes sur la marque communautaire, leur application, ainsi que sur l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI). En effet, un des premiers changements apportés est le remplacement du nom « marque communautaire » par « marque de l'Union européenne » et la substitution de l'OHMI par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), qui sera le seul office compétent pour traiter les demandes d'enregistrement. Le règlement comprend de nombreuses modifications substantielles, mais aussi des nouveautés telles que des règles relatives à la gestion des licences. Il dresse une liste de signes qui peuvent constituer une marque de l'UE, précise les droits conférés au titulaire de la marque, ainsi que la portée et la limitation des effets de la marque. Finalement, par soucis de transparence et de sécurité juridique, le fonctionnement de l'Office a été mis à jour avec, notamment, une volonté de lui octroyer le rôle de médiateur en cas de litige fondé sur le règlement. Ce dernier comporte en outre, des dispositions qui facilitent la lutte contre la fraude et la corruption au sein de l'Union, en particulier en prévoyant l'adhésion de l'Office à l'accord interinstitutionnel relatif aux enquêtes internes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF).

Les objectifs visés par le règlement 2015/2424 sont parallèlement poursuivis dans le cadre de la nouvelle directive 2015/2436 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. A long terme, cet instrument législatif, qui comporte pas moins de 57 articles, vise la promotion de l'innovation, ainsi que la croissance économique. Dans l'objectif de faciliter aux entreprises l'accès à l'enregistrement des marques au niveau de l'Union européenne, une protection identique dans les systèmes juridiques de tous les Etats de l'Union doit être garantie, ainsi qu'une liste indicative de signes qui peuvent être acceptés en tant que marque doit être constituée. Il est important de souligner que suite aux développements technologiques, la représentation graphique de la marque n'est plus exigée, en revanche une représentation claire et précise, qui permet de délimiter l'objet à protéger, est toujours nécessaire. En outre, il est spécifié que pour garantir une bonne administration et sécurité juridique, le signe doit être représenté de manière claire, précise, distincte, facilement accessible, intelligible, durable et objective. C'est aussi la raison pour laquelle tous les motifs de nullité d'une marque doivent être listés, même si certains d'entre eux restent facultatifs, au choix de l'Etat membre de les introduire. L'enregistrement de la marque au niveau national devrait être semblable au système d'enregistrement prévu pour les marques de l'UE et ce, pour des motifs de sécurité et prévisibilité juridique. Par ailleurs, une importance plus accrue a été donnée aux marques renommées, qui désormais devraient jouir d'une protection plus étendue et servir de base pour refuser l'enregistrement d'une nouvelle marque. La nouvelle directive vise à neutraliser les divergences de protection dans les Etats membres, tout en encourageant la mise en place d'une procédure administrative sur le plan national, pour permettre aux demandeurs d'avoir une option parallèle attrayante. Finalement, la directive accentue la nécessité de veiller à ce que les

marques enregistrées soient réellement utilisées afin de réduire le nombre d'enregistrements et les conflits y afférents : elle octroie ainsi un délai de cinq ans pour utiliser la marque de manière effective et sérieuse. La directive doit être transposée en janvier 2019, à l'exception de l'article 45, auquel les Etats membres doivent se conformer uniquement le 14 janvier 2023.

Ces changements, parmi d'autres, nous amènent à souligner l'importance du rôle que va jouer le nouveau « paquet marque ». En effet, le domaine des marques est extrêmement internationalisé – un corollaire inévitable de l'implantation des entreprises multinationales et de l'accroissement des échanges transfrontières. La valeur commerciale qu'il représente nécessite une protection et uniformisation au niveau de l'Union européenne afin d'éviter, à chaque opération, un cloisonnement du marché intérieur, des procédures administratives lourdes, une entrave à la libre circulation des produits et à la libre prestation des services. Ainsi, les nouveaux instruments législatifs mis en place font face à ces problématiques. Tout en permettant une coexistence des systèmes nationaux et du système de l'UE, la modernisation législative relative aux marques fait son chemin « vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle » au sein de l'Union européenne.

Alicja Zapadowska, « Réforme du système des marques – la clé vers l'innovation et la lutte contre la fraude », actualité du 16 février 2016, www.ceje.ch

24. Coca-Cola, Toblerone, Philip Morris ... En quoi se distinguent-ils des autres ?

Le Tribunal de l'Union européenne a rendu, le 24 février 2016, un arrêt (T-411/14) dont l'enseignement confirme la jurisprudence antérieure de la juridiction européenne en matière de marque tridimensionnelle et d'acquisition d'un pouvoir distinctif par l'usage. Cet arrêt nous permet de faire un rappel de cette jurisprudence tout en évaluant l'impact de l'adoption récente (16 décembre 2015) du règlement n° 2015/2424 et de la directive n° 2015/2436, rapprochant les législations des Etats-membres sur les marques, sur cette jurisprudence.

Il s'agissait dans le cas particulier d'un litige opposant The Coca-Cola Company (ci-après « Coca-Cola ») à l'OHMI (l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur). Coca-Cola avait présenté une demande d'enregistrement d'un signe tridimensionnel (une bouteille à contours sans cannelures) comme marque communautaire à l'OHMI, au sens du règlement n° 207/2009 du 26 février 2009 sur la marque communautaire.

L'OHMI avait refusé l'enregistrement du signe en question estimant celui-ci dépourvu de caractère distinctif au sens, premièrement, de l'article 7, paragraphe 1er, lettre b), du règlement n° 207/2009 et, deuxièmement, de l'article 7, paragraphe 3, dudit règlement. En effet, la chambre de recours de l'OHMI ayant rejeté le recours de Coca-Cola avait d'abord pris en considération « le fait que les produits en cause sont caractérisés par une production de masse, [...] le consommateur moyen des produits concernés n'était pas particulièrement attentif et qu'il était « probable qu'il ait un souvenir imparfait des produits de marque » (pt 9). Ensuite, se basant sur l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 207/2009, il avait été considéré que la marque demandée n'avait pas acquis un caractère distinctif par l'usage.

Concernant le motif de refus basé sur l'article 7, paragraphe 1er, lettre b), du règlement n° 207/2009, soit sur l'absence de caractère distinctif du signe tridimensionnel dont l'enregistrement comme marque était demandé, le Tribunal a rejeté le moyen de Coca-Cola en estimant que « l'utilisateur final dirigera généralement son attention davantage vers l'étiquette du produit ou vers son conditionnement et le nom, l'image ou le dessin qui y figure que simplement vers la conception du conditionnement en soi, elle n'est, en tout état de cause, pas de nature à remettre en cause le bien-fondé des appréciations de la chambre de recours » (pt 55).

Concernant ensuite le second moyen, tiré d'une violation de l'article 7, paragraphe 3 du règlement n° 207/2009, Coca-Cola soutenait que le signe litigieux avait acquis un caractère distinctif par l'usage. En effet, un motif absolu de refus (comme, dans le cas d'espèce, l'absence de caractère distinctif du signe tridimensionnel) n'empêche pas l'enregistrement d'une marque si celle-ci a acquis un caractère distinctif après l'usage qui en a été faite. C'est le cas si le signe en question est effectivement perçu par le public pertinent comme une indication de l'origine commerciale d'un produit, notamment suite à un effort économique du demandeur de la marque.

Le Tribunal rappellera à cet égard que le caractère distinctif acquis par l'usage doit être démontré dans la partie de l'Union où le signe en était dépourvu et que l'acquisition de ce caractère distinctif par l'usage doit avoir lieu antérieurement au dépôt de la demande d'enregistrement. Après un examen des différents éléments de preuve apportés par Coca-Cola, le Tribunal de l'Union a conclu que ces conditions n'étaient pas remplies et qu'il y avait dès lors lieu de rejeter le recours.

Cet arrêt confirme la tendance jurisprudentielle développée par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de marque tridimensionnelle et en matière d'acquisition d'un pouvoir distinctif par l'usage.

En effet, en ce qui concerne les marques tridimensionnelles d'abord, malgré le fait que la CJUE considère que les critères d'appréciation du caractère distinctif des marques tridimensionnelles ne diffèrent pas de ceux applicables aux autres catégories de marques (verbales, figuratives, etc.), le caractère distinctif de cette première catégorie de marques est très rarement considéré comme satisfait. La CJUE considère en effet généralement que les consommateurs moyens n'ont pas pour habitude de présumer l'origine des produits ou services en se fondant sur leur forme ou emballage, en l'absence de tout élément graphique ou textuel.

Ainsi, les marques tridimensionnelles admises à l'enregistrement sont généralement celles dont la forme diverge significativement de la norme ou des habitudes dans le secteur (cela a par exemple été accepté pour le chocolat Toblerone, par contre la forme du paquet de cigarettes Philip Morris a été refusée à l'enregistrement tout comme les paquets pour boissons tenant debout).

Ensuite, cet arrêt confirme qu'un signe dépourvu, à l'origine, d'un caractère distinctif peut acquérir cette caractéristique par l'usage qui en est fait. Il faut alors que le signe soit perçu comme marquant par le public concerné, au moyen de différents moyens de preuve.

Cette jurisprudence stricte relative aux marques tridimensionnelles est-elle susceptible d'évoluer suite à l'adoption par le législateur européen des nouveaux instruments en matière de marques (précités) ?

L'article 4 du règlement n° 2015/2424 a une portée sensiblement différente de l'article 4 du règlement n° 207/2009 qu'il remplace en ce qu'il établit que « peuvent constituer des marques tous les signes, notamment les mots, y compris les noms de personnes, ou les dessins, les lettres, les chiffres, les couleurs, la forme d'un produit ou de son conditionnement, ou les sons, à condition que ces signes soient propres à : a) distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises ; et b) être représentés dans le registre d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leur titulaire »

L'ajout de ce dernier paragraphe, supprimant l'exigence de représentation graphique du signe, devrait permettre d'enregistrer des signes sonores, olfactifs, tactiles etc. Cette évolution pourrait sensiblement modifier l'appréciation du caractère distinctif des signes demandés à

l'enregistrement. S'agira-t-il ainsi de modifier la jurisprudence de la CJUE en matière, notamment, de marque tridimensionnelle ?

Laura Marcus, « Coca-Cola, Toblerone, Philip Morris... En quoi se distinguent-ils des autres ? », actualité du 10 mars 2016, www.ceje.ch

25. The « Big Mac Question » : a-t-on le droit d'utiliser le préfixe « Mac » pour des produits alimentaires ?

Dans l'arrêt du 5 juillet 2016, le Tribunal a conclu que l'enregistrement de la marque MACCOFFEE par la société Future Enterprises serait contraire à l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 207/2009. Cet arrêt confirme la décision de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) qui avait fait droit à la demande introduite par McDonald's.

L'article 8, paragraphe 5, dudit règlement établit que l'enregistrement d'une marque peut être refusé si la marque est identique ou similaire à une marque antérieure et si elle est destinée à être enregistrée pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque antérieure est enregistrée, lorsqu'elle jouit d'une renommée dans la Communauté. Cette disposition établit par ailleurs que l'usage sans juste motif de la marque demandée tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque antérieure ou qu'il leur porterait préjudice.

Le Tribunal analyse les marques MACCOFFEE and McDonald's à la lumière de cet article. Concernant la similitude des marques, le Tribunal affirme qu'il faut prendre en compte la similitude visuelle, phonétique et conceptuelle. La prononciation assez proche des termes « mac » et « mc » et le fait que les deux préfixes soient perçus comme faisant référence à un nom patronymique d'origine gaélique mènent le Tribunal à considérer qu'il existe une similitude entre les marques.

Le Tribunal établit également que McDonald's a développé une famille de marques formé par le préfixe « mc » suivi du nom d'un élément de menu ou d'un produit alimentaire. Les produits McNuggets, McFlurry ou McChicken illustrent cette affirmation. C'est ce que le Tribunal appelle 'la famille de marques « Mc »'. En combinant le préfixe « mac » avec le nom d'une boisson, le public est susceptible d'associer le produit MACCOFFEE à la famille de marques de McDonald's et d'établir un lien entre les deux marques en conflit.

La similitude des services et des produits en cause fait également l'objet de l'analyse du Tribunal. MACCOFFEE propose des produits alimentaires et des boissons (par exemple, des crèmes glacées, des muffins, des sandwichs ou du café) alors que McDonald's propose des services de restauration. S'il est vrai que les produits alimentaires et les boissons, d'une part, et les services de restauration, d'autre part, ne sont pas identiques, ils présentent quand même un certain degré de similitude. Ainsi, les produits alimentaires et les boissons sont proposés dans le cadre des services de restauration et les deux catégories de produits et services peuvent provenir des mêmes entreprises. En particulier, les produits et boissons proposés par MACCOFFEE sont tout à fait susceptibles d'être vendus dans des services de restauration rapide comme McDonald's.

Finalement, le Tribunal confirme que l'usage sans juste motif de la marque MACCOFFEE peut aboutir à un profit indûment tiré de la renommée de la marque McDonald's. Un profit indûment tiré résulte « de l'usage par un tiers d'une marque semblable à la marque de l'Union européenne lorsque, par cet usage, celui-ci tente de se placer dans le sillage de cette dernière afin de bénéficier de son pouvoir d'attraction » (point 94). Le Tribunal rappelle que McDonald's jouit d'une renommée considérable pour les services de restauration rapide et que, suite à une analyse

globale des facteurs pertinents, il peut être affirmé qu'il y a un risque sérieux que le public associe la marque contestée à la famille de marques « Mc ».

Le Tribunal rappelle que le titulaire d'une marque renommée peut se voir contraint de tolérer l'usage par un tiers d'un signe semblable à ladite marque « dès lors qu'il est avéré que ce signe a été utilisé antérieurement au dépôt de la marque renommée et que l'usage fait pour le produit identique l'est de bonne foi » (point 113). Toutefois, d'une part, la marque MACCOFFEE n'a pas été utilisée antérieurement à la marque McDonald's ; d'autre part, les marques en conflit n'ont pas coexisté paisiblement puisque McDonald's a introduit une demande d'annulation de la marque MACCOFFEE dans les délais requis.

Le Tribunal confirme ainsi l'appréciation de l'EUIPO et garantit le caractère unique de la marque formée par le préfixe « mc » suivi du nom d'un produit alimentaire ou d'une boisson qui sera désormais réservée aux produits de l'enseigne McDonald's. Si l'image de McDonald's a été construite sur la base d'informations souvent très négatives à son égard, notamment concernant la santé et l'hygiène, c'est justement cette notoriété qui lui aura permis, dans cette affaire, d'obtenir des droits en matière de propriété intellectuelle. Ceci est la preuve que la réputation d'une marque, qu'elle soit positive ou négative, est prise en compte de manière égale par les institutions européennes au moment de protéger leurs titulaires.

Elisabet Ruiz Cairó, « The « Big Mac Question » : a-t-on le droit d'utiliser le préfixe « Mac » pour des produits alimentaires ? », actualité du 13 juillet 2016, www.ceje.ch

26. Un commerçant peut-il continuer à offrir du WIFI gratuit à ses clients ?

Un commerçant peut-il continuer à offrir un accès à internet gratuit à ses clients ? Telle est, en substance, la question à laquelle la CJUE a eu à répondre le 15 septembre 2016 dans l'arrêt *McFadden* (C-484/14).

Les faits à l'origine de cette question remontent à septembre 2010 lorsque M. *McFadden*, gérant d'une entreprise de matériel d'illumination et de sonorisation en Allemagne, exploitait un réseau local sans fil offrant un accès gratuit et anonyme à internet. Ce réseau était volontairement non protégé (par un mot de passe) afin d'attirer l'attention de clients potentiels.

Le réseau de M. *McFadden* a toutefois été utilisé par des tiers afin de mettre une œuvre musicale, protégée par un droit d'auteur, à la disposition du public via une plateforme de partage en ligne.

M. *McFadden* a alors été assigné devant les juridictions allemandes pour violation de droits d'auteur.

La CJUE détermine d'abord que le service offert par M. *McFadden*, consistant en la mise à disposition d'un réseau de communication sans fil public et gratuit, constitue bien un « service de la société de l'information au sens de l'article 12, paragraphe 1er de la directive 2000/31 lorsque cette prestation est réalisée à des fins publicitaires pour des produits ou services offerts par le prestataire concerné » (pt 43).

Ensuite, la Cour répond aux deuxième et troisième questions préjudicielles afin de savoir « si l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que, pour que le service visé à cette disposition, consistant à fournir un accès à un réseau de communication, soit considéré comme étant fourni, cet accès doit seulement être mis à disposition ou si des exigences supplémentaires doivent être satisfaites » (pt 44).

Selon la Cour de justice, un tel service est considéré comme fourni dès que l'accès au réseau de communication ne doit pas dépasser le cadre d'un procédé technique. Aucune autre exigence

ne doit être satisfaite (comme de la publicité pour le service offert par le prestataire ou une relation contractuelle entre celui-ci et le destinataire du service).

La Cour déterminera également qu'aucune responsabilité de M. McFadden ne peut être retenue pour avoir mis à disposition du public un réseau de communication sans fil. En effet, pour la Cour, « l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une personne ayant été lésée par la violation de ses droits sur une œuvre puisse demander à un fournisseur d'accès à un réseau de communication une indemnisation au motif que l'un de ces accès a été utilisé par des tiers pour violer ses droits, ainsi que le remboursement des frais de mise en demeure ou de justice exposés aux fins de sa demande d'indemnisation ».

En revanche, le commerçant peut se voir imposer de mettre fin aux actes illicites de tiers utilisant le réseau qu'il met à disposition. Ainsi, dès que le fournisseur d'accès s'est vu interdire par une autorité ou une juridiction nationale de continuer à permettre à un tiers de commettre une violation par le biais de son accès à internet, la personne lésée peut demander l'interdiction de la poursuite de cette violation (ainsi que le paiement des frais de mise en demeure et des frais de justice) à l'encontre de ce fournisseur d'accès.

Enfin, la Cour établira que l'article 12, paragraphe 1er de la directive 2000/31, lu en combinaison avec le 3ème paragraphe de ladite disposition, ne s'oppose pas à ce qu'il soit imposé au commerçant (fournisseur d'accès), sous peine d'astreinte, qu'il empêche des tiers de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par des droits d'auteur, via une plateforme de partage en ligne, lorsque ce commerçant a le choix des mesures techniques à adopter pour se conformer à cette injonction. Même si ce choix est réduit à sécuriser la connexion à Internet par un mot de passe (et si les utilisateurs de ce réseau doivent s'identifier afin d'obtenir ledit mot de passe).

Au-delà du cas particulier de M. McFadden, c'est le futur du WIFI gratuit mis à disposition par les commerçants qui s'est joué dans cette affaire. En effet, en jugeant que ceux-ci ne sont pas responsables des faits illicites réalisés par leurs clients via cette connexion à internet, la CJUE a explicitement confirmé qu'un commerçant peut offrir du WIFI gratuit à ses clients.

Toutefois, cette liberté semble assortie d'une condition : celle imposée au fournisseur d'accès à Internet de sécuriser sa connexion par un mot de passe, obligeant les utilisateurs du réseau à révéler leur identité. Ainsi, sans menacer le WIFI gratuit offert par les commerçants, cet arrêt paraît sonner le glas du WIFI non-sécurisé par un mot de passe.

Laura Marcus, « Un commerçant peut-il continuer à offrir du WIFI gratuit à ses clients ? », actualité du 10 octobre 2016, www.ceje.ch

X. Consommateurs

27. La protection du bien-être des animaux est renforcée : portée du règlement sur les produits cosmétiques

Dans son arrêt rendu le 21 septembre 2016 dans l'affaire C-592/14 *European Federation for Cosmetic Ingredients*, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur l'interprétation des dispositions relatives aux expérimentations animales contenues dans le règlement n° 1223/2009 des produits cosmétiques. Cet arrêt analyse la question de la portée territoriale du droit de l'Union européenne et rejoint ainsi dans une certaine mesure l'affaire C-424/13 *Zuchtvieh-Export*.

Certains membres de l'association européenne de fabricants de produits cosmétiques (EFfCI) ont réalisé des tests sur les animaux en dehors de l'Union européenne pour vérifier la sécurité de certains ingrédients pour la santé humaine. Les expérimentations en question étaient obligatoires pour que des produits cosmétiques contenant ces ingrédients puissent être mis sur le marché au Japon et en Chine.

Cependant, l'article 18, paragraphe 1, sous b), du règlement interdit « la mise sur le marché de produits cosmétiques contenant des ingrédients ou des combinaisons d'ingrédients qui, afin de satisfaire aux exigences du présent règlement, ont fait l'objet d'une expérimentation animale au moyen d'une méthode autre qu'une méthode alternative ». La question se pose dès lors de savoir si cette interdiction s'applique à la pratique d'expérimentations en dehors du territoire de l'Union réalisées pour satisfaire aux exigences législatives ou réglementaires d'un pays tiers.

La Cour rappelle que, pour interpréter la disposition litigieuse, il est nécessaire de tenir compte non seulement des termes de celle-ci mais également du contexte et des objectifs poursuivis par le règlement.

Le règlement des produits cosmétiques introduit des règles visant à établir un niveau élevé de protection des animaux dans le secteur cosmétique. Ce faisant, il favorise le recours à des méthodes d'expérimentation alternatives pour assurer la sécurité des produits. La Cour considère que l'article 18, paragraphe 1, sous b), doit être interprété comme conditionnant l'accès au marché de l'Union des produits cosmétiques « au respect de l'interdiction de recourir à l'expérimentation animale ». Toutefois, elle note que, lorsque il y a eu recours à cette technique mais que la sécurité du produit cosmétique peut être assurée en l'absence de ces résultats, l'accès au marché de l'Union est possible.

De ce fait, deux hypothèses peuvent se présenter. Lorsque la sécurité d'un ingrédient peut être établie indépendamment du test sur les animaux, même si une telle expérimentation a été réalisée, la mise sur le marché de l'ingrédient n'est pas remise en question. En revanche, la mise sur le marché de produits contenant des ingrédients dont la sécurité pour la santé humaine n'a été démontrée qu'à travers des expérimentations animales est interdite, indépendamment du pays dans lequel celles-ci aient été réalisées. En effet, le but de la disposition litigieuse est la protection du bien-être des animaux et, de ce fait, « la réalisation de cet objectif serait considérablement compromise s'il était possible de contourner les interdictions prévues à l'article 18, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 1223/2009, en effectuant hors de l'Union les expérimentations animales interdites ».

Si l'arrêt a été salué parce qu'il élargit, dans certaines circonstances, l'interdiction des expérimentations animales à celles réalisées dans des États tiers, quelques doutes persistent. D'une part, il a déjà été avancé que des divergences au sein de l'OMC pourraient découler de cet arrêt, notamment en ce qui concerne les procédés et méthodes de production (PPM) dans le

contexte de l'accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT Agreement). En effet, des doutes persistent quant à la possibilité d'utiliser des PPM non liés au produit ('non product related PPMs'), tels que l'interdiction des expérimentations animales, dans le cadre de l'accord TBT. D'autre part, la possibilité de commercialiser des produits cosmétiques dans l'Union européenne qui ont été soumis à des expérimentations animales existe encore dans le cadre de la première hypothèse. De ce fait, on peut se demander si l'objectif relatif à la protection du bien-être des animaux a véritablement été atteint.

Elisabet Ruiz-Cairo, « La protection du bien-être des animaux est renforcée : portée du règlement sur les produits cosmétiques », actualité du 13 octobre 2016, www.ceje.ch

28. Spots publicitaires et pratiques trompeuses : oui mais pas trop !

Des spots publicitaires pour des abonnements à des bouquets télévisuels diffusés à la télévision danoise et sur Internet ont suscité la polémique car ceux-ci n'indiquaient que le prix d'une partie fractionnée des abonnements offerts par la société danoise Canal Digital (soit le prix du forfait mensuel auquel s'ajoutait pourtant un forfait semestriel pour un « service de carte », ce dernier forfait s'élevant à un montant conséquent). Une partie du prix des abonnements était ainsi omise des spots publicitaires ou était moins apparente (caractères plus petits, caractères clairs sur fond clair, absence d'annonce orale ou renvoi au site Internet).

La question, soumise par voie préjudicielle à la CJUE dans l'affaire C-611/14, a d'abord permis à la Cour d'affirmer qu'une pratique commerciale doit être évaluée, au regard de l'article 7 de la directive 2005/29 relatif aux omissions trompeuses, en tenant compte de son contexte, notamment les limites inhérentes au moyen de communication utilisé (en ce compris ses limites d'espace et de temps) ainsi que les mesures prises par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens et, ce, même si cette exigence ne résulte pas expressément du libellé de la réglementation nationale en cause.

En effet, dans le litige au principal, il avait été soulevé que cette exigence de prise en compte du contexte (reprise à l'article 7, paragraphes 1 et 3 de la directive 2005/29) n'avait pas été transposée dans la réglementation danoise mais figurait dans ses travaux préparatoires. La CJUE a ainsi affirmé, sur la base des principes de coopération loyale et d'interprétation conforme, qu'il incombe bien à la juridiction nationale de prendre en compte le contexte de la pratique commerciale en cause afin d'évaluer sa conformité à l'article 7 de la directive 2005/29.

Toujours au regard dudit article 7, et notamment son paragraphe 4 qui impose qu'une invitation d'achat comporte un certain nombre d'informations substantielles, la Cour a réaffirmé plus loin que la pratique en cause constitue bien une omission trompeuse si elle amène le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (tout en prenant toujours en compte les limites propres au moyen de communication utilisé ainsi que les mesures effectivement prises par le professionnel pour mettre les informations substantielles à la disposition du consommateur par d'autres moyens).

Cet arrêt confirme ainsi l'arrêt Ving (C-122/10, rendu le 12 mai 2011) qui avait accepté que seules certaines caractéristiques principales du produit soient indiquées sur une publicité, si le professionnel renvoie pour le surplus à son site Internet, pour autant que ce site contienne lui les informations substantielles du produit.

L'arrêt Canal Digital a par ailleurs donné l'occasion à la CJUE de préciser que l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29 contient une énumération exhaustive des informations substantielles devant figurer dans une invitation d'achat et que, même si toutes ces informations sont fournies, la pratique en cause n'échappera pas à une qualification d'action ou d'omission

trompeuse si, par ailleurs, elle ne satisfait pas au prescrit de l'article 6, paragraphe 1 ou de l'article 7, paragraphe 2 (pt 72)

Enfin, la CJUE a évalué la pratique de fractionnement du prix d'un produit au regard de l'article 6 de la directive 2005/29, relatif aux actions trompeuses, et a dit pour droit qu'il s'agit effectivement d'une pratique contraire à l'article 6 pour autant qu'elle soit susceptible de donner au consommateur moyen l'impression erronée qu'il va bénéficier d'un prix avantageux et qu'elle l'amène à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et, ce, en tenant compte des circonstances pertinentes de l'espèce. Toutefois, les contraintes inhérentes au moyen de communication utilisé (en ce compris les limites de temps dans le cas d'un spot publicitaire) ne sauraient être prises en considération au regard de l'article 6 relatif aux actions trompeuses (contrairement à l'article 7 relatif aux omissions trompeuses, comme développé ci-avant). Cet article ne contenant aucune référence aux limites d'espaces ou de temps.

L'arrêt Canal Digital confirme dès lors que, dans l'évaluation d'une action ou omission trompeuse, la pratique commerciale litigieuse doit avoir amené le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, en prenant en compte les circonstances de l'espèce. Celles-ci incluant les limites propres au moyen de communication utilisé (notamment les limites d'espace et de temps) dans le cadre de l'article 7 de la directive 2005/29 (omissions trompeuses), mais pas dans le cadre de l'article 6 (actions trompeuses).

Par ailleurs, l'évaluation d'une pratique commerciale au regard de l'article 7, paragraphe 4, qui contient une énumération exhaustive des informations substantielles devant figurer dans une invitation d'achat, doit être réalisée compte tenu des limites tenant au moyen de communication utilisé. Ainsi, s'il était impossible de fournir l'ensemble des informations substantielles relatives à un produit, la pratique commerciale peut ne mentionner que certaines d'entre elles, si le professionnel renvoie pour le surplus à son site Internet, pour autant que ce site contienne ces informations substantielles (confirmation de l'arrêt Ving).

Laura Marcus, « Spots publicitaires et pratiques trompeuses : oui mais pas trop ! », actualité du 2 novembre 2016, www.ceje.ch

XI. Action extérieure

29. Quelle stratégie de l'UE contre les armes biologiques ?

Le 18 janvier 2016, le Conseil de l'Union européenne a adopté la décision 2016/51 en faveur de la convention sur l'interdiction des armes biologiques et à toxines dans le cadre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massive (ci-après « stratégie de l'UE »).

La stratégie de l'Union, élaborée en 2003, a pour objectif de contribuer à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive. Sont considérées comme telles, non seulement les armes nucléaires mais aussi les armes chimiques et les armes biologiques. L'idée sous-jacente de cette initiative est la prise en compte du danger que ces armes représentent et la nécessité d'un désarmement complet dans la perspective plus large qu'est la lutte contre le terrorisme.

En ce qui concerne les armes biologiques, le traité international pertinent est la convention sur l'interdiction des armes biologiques et à toxines (BTWC). Elle a été signée et ratifiée par près de 170 Etats et a pour objectif l'engagement des parties à « ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker, ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver : 1) des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types, et en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques ; 2) des armes, de l'équipement ou des vecteurs destinés à l'emploi de tels agents ou toxines à des fins hostiles ou dans des conflits armés ». Il s'agit de la première convention multilatérale interdisant une catégorie entière d'armes. On notera que l'Union n'est pas partie à cette convention.

Cela n'a toutefois pas empêché le Conseil d'agir, depuis 2006, en adoptant des actions communes, un plan d'action et des décisions concernant la BTWC. Ces instruments visent tous à promouvoir l'universalité de la BTWC et à mettre en évidence la nécessité d'appuyer la mise en œuvre, au niveau national, de la BTWC par les Etats parties.

La décision 2016/51 est un « instrument politique opérationnel » et s'inscrit dans la continuité des actions précédentes de l'Union en ce qui concerne la BTWC. Elle reprend les objectifs établis dans les instruments antérieurs et prend en compte les enseignements tirés de la septième conférence d'examen de la BTWC. En outre, elle soutient six projets qui nous semblent plus concrets (voy. à ce sujet l'annexe de la décision). En ce qui concerne la mise en œuvre des activités relatives à la BTWC, on soulignera la nécessaire collaboration entre le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et le Bureau des affaires du désarmement des Nations Unies. En définitive, il nous semble que la décision constitue une reprise des objectifs de l'Union en ce qui concerne la BTWC ainsi qu'une mise à jour des projets à mettre sur pied en vue de réaliser lesdits objectifs.

En ce qui concerne le domaine plus large de la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive, d'autres instruments ont été adoptés en 2015, citons par exemple la décision 2015/1387 à propos du soutien de l'UE aux activités de la commission préparatoire de l'Organisation du traité d'interdiction complète des essais nucléaires (OTICE) afin de renforcer ses capacités en matière de surveillance et de vérification ou encore la décision 2015/259 afin de soutenir les activités de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC).

Si l'Union ne dispose pas d'une marge de manœuvre très large en matière de politique étrangère et de sécurité, la prise de ces décisions – à notre sens davantage déclarative qu'effective –

illustre toutefois la participation de l'Union à l'effort déployé par la communauté internationale en vue de maintenir la paix et la sécurité internationale.

Margaux Biermé, « Quelle stratégie de l'UE contre les armes biologiques ? », actualité du 21 janvier 2016, www.ceje.ch

30. La voie bilatérale, un « laboratoire » pour poursuivre les priorités de l'Union européenne en matière de politique commerciale

Le mardi 5 avril 2016, Marc Vanheukelen, ambassadeur et représentant permanent de l'Union européenne auprès de l'OMC, a donné, au Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, une conférence au sujet des « priorités de l'Union européenne en matière de politique commerciale ».

Après avoir présenté les thématiques mises en avant par la Commission européenne dans sa dernière communication à ce sujet, publiée en octobre 2015, M. Vanheukelen a fait le point sur les voies de négociation possibles pour les mettre en place. Bien que la voie bilatérale semble actuellement être la préférée de l'Union européenne en matière de politique commerciale, il a été souligné que l'Union européenne ne tourne pas pour autant le dos au multilatéralisme.

Les effets bénéfiques du commerce international sont incontestables. Le commerce et les investissements internationaux sont des moteurs de croissance qui stimulent l'économie sans alourdir le budget de l'Etat. Par ailleurs, pour stimuler l'emploi, la croissance et l'investissement, l'Union européenne a toutes les raisons d'utiliser le commerce international. Elle est le premier exportateur et importateur mondial de biens et de services, considérés ensemble, et le commerce international génère 30 millions d'emplois au sein de l'Union. Une part importante de la croissance mondiale dans les quinze prochaines années se fera à l'extérieur de l'Europe. Il faudra donc puiser dans le dynamisme des autres.

Le poids considérable du commerce international dans l'Union européenne ayant été établi, il est cependant nécessaire de repenser la stratégie à suivre dans la matière. La politique commerciale ne peut plus se fonder sur les modèles économiques classiques. Aujourd'hui, l'économie de tous les pays avancés se base sur les « chaînes de valeur mondiales » où chaque étape de la chaîne de production se fait dans un pays différent. L'Union européenne doit renforcer la place de l'Europe dans cette chaîne d'approvisionnement. Pour cela, la politique commerciale de l'Union européenne doit faire face à sept priorités.

Tout d'abord, il faut promouvoir la libéralisation des services permettant un meilleur accès aux marchés internationaux. Les services s'internationalisent très vite grâce aux avancées numériques et il y a un lien de plus en plus étroit entre services et marchandises puisque les marchandises deviennent de plus en plus des « services en boîte ». Le marché des services ne peut donc plus être séparé de celui des marchandises.

Faciliter le commerce électronique devrait être la deuxième priorité puisque la révolution numérique gomme les barrières géographiques et offre un grand nombre d'opportunités commerciales. Il est légitime de se demander si les règles commerciales édictées au XX^{ème} siècle sont toujours adaptées. Un grand nombre de questions se posent encore à l'heure actuelle : comment rendre compatibles la libéralisation des flux et la censure de certains pays ? Est-ce qu'un opérateur doit pouvoir choisir où stocker ses données ? Qu'en est-il de la protection des données personnelles ?

La politique commerciale de l'Union européenne doit également promouvoir la mobilité temporaire des professionnels pour permettre l'internationalisation des activités dans tous les secteurs.

Il est ensuite nécessaire de renforcer la coopération internationale en matière de réglementation. Les entraves non tarifaires peuvent être la conséquence de visions essentiellement différentes mais aussi d'un simple manque de coordination. Ainsi, la production de législations de manière indépendante peut mener à des divergences qui sont ensuite difficiles à changer. De ce fait, une coopération en amont semble plus adaptée. Cette coopération ne doit pas restreindre le « droit de légiférer » puisqu'il s'agit d'une coopération réglementaire et non pas d'une négociation réglementaire.

La politique commerciale doit par ailleurs répondre à une gestion plus efficace du passage des biens à la frontière pour permettre la mise en place d'une vraie chaîne de valeur mondiale. Il faut espérer que l'accord de Bali sur la facilitation des échanges conclu en 2013 pourra entrer en vigueur en 2016.

Finalement, les priorités en matière de politique commerciale concernent l'accès aux matières premières et à l'énergie, de par la dépendance de l'UE à ces égards, et la protection effective des droits de propriété intellectuelle, ce qui est particulièrement important pour les PME.

Si ces sept axes doivent être les priorités de l'Union européenne en matière commerciale, cela doit s'accompagner de mécanismes qui tiennent compte de valeurs non-économiques qui ont gagné de l'importance dans les dernières années : une plus grande transparence qui ne soit pas sacrifiée sur la base du libre-échange, une meilleure prise en compte des potentiels perdants de l'ouverture des marchés et une attention accrue au processus de production des biens et des services importés qui réponde aux inquiétudes sociales, environnementales et de droits de l'homme du consommateur européen. La politisation de la politique commerciale à travers la participation plus importante du Parlement européen mène à une prise en compte croissante de l'opinion publique et le consommateur européen est soucieux des aspects négatifs de la globalisation. L'intégration de ces préoccupations dans la politique commerciale permettra que celle-ci soit véritablement une stratégie de « commerce pour tous » comme l'indique l'intitulé de la communication.

Reste la question de savoir dans quels forums l'Union européenne peut-elle participer pour promouvoir ces objectifs et, dans ce cadre-là, trois possibilités se présentent : la voie multilatérale, la voie plurilatérale et la voie bilatérale. Si la voie multilatérale semble être la préférable de par son impact, il est indéniable qu'il existe des divergences profondes entre certains membres essentiels de l'OMC. De ce fait, cette voie peut être utile pour offrir un socle minimum sur lequel se baser dans le cadre d'autres accords. La voie plurilatérale permet des accords plus faisables et quand même représentatifs. Cependant, le principal défi consiste à s'assurer que de tels accords fassent partie de l'architecture de l'OMC puisqu'ils ont été conclus par un nombre limité de membres de l'OMC mais qu'il faut l'accord de tous les membres pour être dans l'annexe 4 de l'accord OMC. Quant aux accords bilatéraux, ils sont plus faciles à conclure et permettent d'atteindre une vraie intégration économique, surtout quand les deux partenaires ont un niveau de développement similaire. Dans les dix dernières années, l'Union européenne a exploité principalement cette possibilité. Actuellement, un tiers des échanges de l'Union européenne sont couverts par des accords de libre-échange et, si toutes les négociations en cours aboutissent, on pourrait arriver à une proportion de deux tiers des échanges.

L'Union européenne ne tourne cependant pas le dos à la voie multilatérale mais elle veut être active sur les trois plans. Le bilatéralisme n'est pas conçu comme un rival du multilatéralisme mais il est vrai qu'il permet d'aborder des thèmes qui ne sont pas encore mûrs pour être consolidés au niveau multilatéral. De ce fait, le bilatéralisme se pose comme une sorte de laboratoire qui permet d'aborder les thématiques qui, par la suite, seront négociées au niveau multilatéral.

Elisabet Ruiz Cairó, « La voie bilatérale, un 'laboratoire' pour poursuivre les priorités de l'Union européenne en matière de politique commerciale », actualité du 6 avril 2016, www.ceje.ch

31. L'avenir des relations UE-pays ACP : quel partenariat après l'accord de Cotonou ?

Le 21 mars 2016, la Commission européenne et le service européen pour l'action extérieure (SEAE) ont publié le rapport résumé de la consultation publique initiée en octobre 2015 sur l'avenir du partenariat entre l'Union européenne (UE) et les pays d'Afrique, des caraïbes et du Pacifique (pays ACP). En effet, cette consultation publique est intervenue dans la perspective des futures relations entre l'Union européenne et les pays ACP au-delà du 29 février 2000, date à laquelle l'accord de Cotonou signé le 23 juin 2000 arrivera à échéance.

Intitulé « Toward a new partnership between the European Union and the African, Caribbean and Pacific countries after 2020 », le rapport dresse le bilan des deux décennies d'application de l'accord, tout en formulant diverses propositions en vue d'améliorer le partenariat. À cet effet, deux principaux aspects de la coopération ont été mis en avant à savoir d'une part, les domaines ou les objets sur lesquels elle porte, et d'autre part, les moyens de mise en œuvre.

Concernant d'abord les domaines couverts par le partenariat, il ressort un bilan mitigé de l'application de l'accord de Cotonou. En effet, même s'il est admis divers apports dudit accord notamment dans les domaines politique, économique et social du partenariat, il n'en reste pas moins que plusieurs insuffisances sont pointées du doigt. Ainsi, dans le domaine du partenariat politique, le mécanisme du dialogue politique prévu à l'article 8 de l'accord de Cotonou est jugé comme étant trop technique, trop formaliste et marqué par une forte influence politique de l'UE. Quant au partenariat économique, il est parfois perçu comme étant trop focalisé sur les aspects commerciaux au grand dam des aspects sociaux.

S'agissant des moyens de mise en œuvre du partenariat, le rapport aborde plusieurs questions liées, entre autres, à la cohérence du cadre géographique de la coopération ainsi qu'aux instruments et mécanismes de la coopération au développement. Sur ces questions, l'efficacité d'un accord unique entre l'UE et tous les pays ACP est loin de faire l'unanimité tandis que celle du fonds européen de développement (FED) et des divers autres mécanismes de coopération au développement est remise en question. Au regard des insuffisances ci-dessus relevées et des débats soulevés en ce qui concerne les moyens de mise en œuvre, diverses propositions ont été formulées, lesquelles permettent de se projeter d'ores et déjà sur les futures lignes du partenariat UE-pays ACP si celles-ci venaient à être prises en compte par les institutions européennes.

Selon les propositions formulées, la future coopération entre l'UE-pays ACP devrait comporter diverses améliorations qui peuvent être réparties en deux principaux axes à savoir d'une part un partenariat mieux équilibré et plus participatif, et d'autre part, un partenariat axé sur le développement humain et social et prenant davantage en compte les préoccupations des pays ACP. Le caractère équilibré et participatif du futur partenariat implique, entre autres, que le mécanisme du dialogue politique intègre, à l'avenir, le niveau régional et soit ouvert à d'autres parties prenantes telles que les organisations de la société civile et les autorités locales. Du point de vue des moyens de mise en œuvre du partenariat, il apparaît nécessaire de prévoir le cofinancement des pays ACP qui ont atteint un certain niveau de développement dans la mesure où l'unique financement par les ressources de l'UE serait incompatible avec l'autonomie, la crédibilité et à la légitimité de ces pays. En ce qui concerne le partenariat axé sur le développement humain et social et prenant davantage en compte les préoccupations des pays ACP, le futur accord entre l'UE et ses partenaires devrait intégrer le nouvel agenda 2030 pour le développement durable. Dans le domaine spécifique de la politique de migration, la prise en compte des acquis de l'accord politique et du plan d'action y relatif, adoptés par les partenaires lors du sommet de la Valette tenu en novembre 2015, a notamment été préconisée. Du point de

vue des moyens de mise en œuvre du partenariat, le développement de mécanismes tels que les initiatives de jumelages, d'assistance technique et d'échanges d'informations, devrait être encouragé.

À l'inverse de ces deux orientations possibles des relations entre l'UE et les pays ACP, la future configuration géographique du partenariat apparaît plus incertaine tant les propositions divergent à cet égard. Entre les partisans du maintien d'un accord unique entre l'UE et tous les pays ACP et ceux qui préconisent une approche sous-régionale, la question principale qui se pose est celle de l'option la mieux efficace pour atteindre les objectifs communs des partenaires. Il s'agit d'un débat largement ouvert dans la mesure où divers arguments peuvent être égrenés en soutien à l'une comme à l'autre approche. En revanche, il est au moins certain que le partenariat UE-pays ACP, quelle que soit sa future configuration géographique, devra respecter et promouvoir les valeurs fondatrices de l'UE telles que définies à l'article 2 du traité UE. Pour le reste, il n'y a pas de doute que les diverses contributions recueillies dans le cadre de consultation constituent une mine importante d'informations et de propositions qu'il appartiendra à l'Union européenne d'exploiter judicieusement afin de clarifier l'avenir de ses relations avec les pays ACP devenus, au fil des années, un partenaire privilégié.

Martial Zongo, « L'avenir des relations UE-pays ACP : quel partenariat après l'accord de Cotonou ? », actualité du 6 avril 2016, www.ceje.ch

32. Rôle du Parlement européen dans la signature et conclusion de l'accord UE-Tanzanie en matière de piraterie ?

Dans l'arrêt du 14 juin 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a annulé la décision du Conseil concernant la signature et la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République de Tanzanie (ci-après « l'accord UE-Tanzanie »). Cet accord portait sur les conditions de transfert de pirates maritimes à la République unie de Tanzanie par l'Union européenne.

La question-clé était la suivante : l'accord UE-Tanzanie doit-il être basé sur la PESC (article 37 TUE), ou sur la PESC et la coopération judiciaire en matière pénale et policière (article 37 TUE et articles 82 et 87 TFUE) ? Outre la question de la base juridique, se pose la question de l'information du Parlement européen tout au long du processus de négociation et de conclusion de l'accord.

Du choix de la base juridique dépend le rôle du Parlement européen. Si la décision attaquée concerne un accord « portant exclusivement sur la PESC », la disposition procédurale pertinente est l'article 218, paragraphe 6, second alinéa, premier membre de phrase, TFUE, à savoir une procédure excluant toute participation du Parlement européen. Au contraire, si l'accord porte sur la PESC mais aussi sur la coopération judiciaire en matière pénale et policière, l'article 218, paragraphe 6, second alinéa, sous a), v), TFUE s'impose et requiert une approbation du Parlement européen.

Pour trancher cette divergence, il y a lieu de statuer sur la substance de l'accord UE-Tanzanie. Ce dernier a pour objet la piraterie, qui relève de la lutte contre la criminalité internationale. Le Parlement défendait que cette thématique était notamment liée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après « ELSJ »), tandis que le Conseil estimait que ladite lutte touchait la PESC. Pour défendre sa position, le Conseil s'est notamment appuyé sur un arrêt antérieur, à savoir celui relatif à l'accord UE-Maurice, dans lequel une opposition entre le Parlement européen et le Conseil à propos du choix de la base juridique de la décision portant signature et conclusion dudit accord avait déjà eu lieu. Dans cet arrêt du 24 juin 2014, la Cour avait jugé qu'une décision

de conclusion d'un accord dont la base juridique matérielle relève de la PESC implique le suivi de la procédure de 218, paragraphe 6, second alinéa, premier membre de phrase, TFUE.

Dans ce contexte, la Cour de justice, après avoir rappelé les principes qui gouvernent le choix de la base juridique et les conditions auxquelles une double base juridique peut être envisagée, apprécie le contenu et la finalité de l'accord UE-Tanzanie (pt 42 et ss). Ce dernier est, en réalité, un accessoire à l'action de l'EUNAVFOR, agissant dans le contexte de l'opération militaire de l'Union européenne « Atalanta ». En conséquence, « [les actions entreprises par cette force navale] se déroulent dans le cadre exclusif d'une opération spécifique relevant de la PESC (...) » (pt 53). La Cour de justice conclut, à ce sujet, que « cet accord relevant de manière prépondérante (nous soulignons) de la PESC », les articles 37 TUE et 218, paragraphe 6, second alinéa, premier membre de phrase, TFUE constituaient les bases juridiques matérielle et procédurale appropriées pour l'adoption de la décision contestée. Il peut d'ores et déjà être remarqué que la Cour a, dans sa conclusion, utilisé le terme « prépondérante » et non « exclusive ». En conséquence, le rôle du Parlement européen est limité, voire absent, conformément à l'arrêt du 24 juin 2014.

En ce qui concerne l'information pleine et immédiate du Parlement conformément à l'article 218, paragraphe 10, TFUE, si aucun doute ne subsistait quant à l'application de cette disposition dans le cas d'un accord international portant exclusivement sur la PESC, son respect posait toutefois question. Reprochant une absence d'information au Conseil, ce dernier s'est défendu d'avoir communiqué les décisions pertinentes (nous soulignons), adoptées au titre de l'article 218 TFUE (pt 59). Il peut être souligné qu'en se justifiant ainsi, le Conseil s'accorde une marge de manœuvre à propos des informations qu'il juge opportun de communiquer au Parlement. Le Conseil estime également que la transmission des informations relatives au déroulement des négociations était sous la responsabilité du haut représentant.

Sur ces questions, la Cour de justice ne suit pas l'argumentation présentée par le Conseil. En effet, après avoir rappelé la portée de l'obligation d'information contenue à l'article 218, paragraphe 10, TFUE, la Cour énonce qu'elle s'applique en matière de PESC et que le Parlement a, dans ce domaine, un droit de regard. Elle rappelle aussi l'enjeu de l'implication du Parlement européen dans le processus décisionnel et reprend la formule qu'elle avait utilisée en 1980 déjà, énonçant qu'une telle implication était « le reflet, au niveau de l'Union, d'un principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative » (pt 70). Elle ajoute que l'exigence d'information prévue à l'article 218, paragraphe 10, TFUE est l'expression de ce principe démocratique, en matière de négociation et de conclusion d'accords internationaux. En effet, l'action extérieure de l'Union ne déroge pas à la règle, selon laquelle le Parlement doit être en mesure d'exercer un contrôle démocratique et l'exigence de cohérence prévue à l'article 21, paragraphe 3, du TUE vient renforcer ce constat (pts 71 et 72). Enfin, elle affirme que c'est bien au Conseil, et non au haut représentant, qu'il incombe d'informer le Parlement européen.

En définitive, l'étendue et la portée de l'obligation d'information du Parlement européen tant pour la notion d'immédiateté que pour l'intégralité des informations concernées sont précisées par cet arrêt. L'obligation s'étend « aux étapes précédant la conclusion d'un [accord international] et couvre (...) la phase de négociation » mais aussi aux « résultats intermédiaires auxquels les négociations aboutissent » (pts 75 et 77).

La Cour conclut également que la publication de la décision au Journal officiel de l'Union européenne ne saurait satisfaire à l'exigence prévue à l'article 218, paragraphe 10, TFUE. En effet, cette publication prévue à l'article 297 TFUE répond à des conditions de publicité, tandis que l'obligation d'information poursuit un objectif qui relève du contrôle démocratique devant être exercé par le Parlement européen. La Cour estime, pour ces motifs, que l'article 218,

paragraphe 10, TFUE n'a pas été respecté. Elle confirme ainsi également sa jurisprudence antérieure, insistant sur la nécessité de tenir informé le Parlement européen, l'information ne pouvant être ni partielle, ni tardive.

Au regard de l'ensemble de ces considérations, la Cour a dès lors annulé la décision concernant la signature et la conclusion de l'accord UE-Tanzanie, non pas en raison d'une erreur sur le choix de la base juridique de la décision, mais pour violation par le Conseil de l'article 218, paragraphe 10, TFUE. Dans le souci de permettre une poursuite des opérations menées sur la base de l'accord UE-Tanzanie, les effets de la décision ont toutefois été maintenus, jusqu'au remplacement de la décision annulée. L'arrêt constitue, somme toute, une nouvelle démonstration de la place importante que tient le Parlement européen dans l'action extérieure de l'Union.

Margaux Biermé, « Rôle du Parlement européen dans la signature et conclusion de l'accord UE-Tanzanie en matière de piraterie ? », actualité du 22 juin 2016, www.ceje.ch

33. Le CETA et la Wallonie : le parlement ne cède pas

C'est un veto que le Parlement wallon, l'une des assemblées législatives belges à l'échelon régional, oppose au CETA depuis le 17 octobre 2016. Pour des raisons constitutionnelles et institutionnelles, ce refus paralyse la signature par le gouvernement belge de cet accord et, partant, met en péril le sommet UE-Canada qui doit formaliser la signature et l'application provisoire de l'accord le 27 octobre prochain. A contrario, la Cour constitutionnelle allemande a donné son feu vert, conditionnel, au gouvernement allemand pour la signature de l'accord.

Le CETA est l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada. Il a pour objectif d'établir de nouvelles perspectives commerciales et d'investissement pour les acteurs économiques de part et d'autre de l'Atlantique. En d'autres termes, il vise la libéralisation des échanges commerciaux et des investissements. L'accord envisagé traite, entre autres, des domaines tels que le commerce de marchandises et les tarifs douaniers, les obstacles techniques au commerce, la facilitation des échanges mais également les services et les investissements.

En ce qui concerne l'Union européenne, l'article 218 du traité FUE indique les différentes étapes en matière de négociation et de conclusion des accords internationaux. Il convient de noter qu'au début du processus, le Conseil joue un rôle clé, en autorisant l'ouverture des négociations, en adoptant les directives de négociations et en désignant le négociateur. La main passe ensuite au négociateur, à savoir la Commission européenne pour le CETA. Une fois les négociations terminées, l'examen juridique du texte du CETA a été effectué et clos au début de l'année 2016. Début juillet 2016, la Commission européenne a proposé la signature et la conclusion d'un accord qui revêt, selon elle, la qualité d'« accord mixte ». Cela signifie, d'un point de vue procédural, que l'entrée en vigueur de l'accord est conditionnée à la ratification par les institutions de l'Union, mais également la ratification par les Etats membres, selon leurs procédures constitutionnelles respectives. Actuellement, ce n'est pas l'étape de la ratification par les Etats membres qui pose problème, mais bien une phase en amont, à savoir la signature de l'accord et son application provisoire.

Qu'en est-il à présent des particularités des Etats membres en la matière ? Quelle est, in fine, la situation de l'Etat fédéral belge à ce stade du processus ? Le ministre des Affaires étrangères belge doit obtenir les pleins pouvoirs en vue de signer un accord international, tel que le CETA. Pour cela, il doit y avoir unanimité entre le niveau fédéral, et celui des entités fédérées, composées des Régions et Communautés. En l'espèce, c'est l'approbation du Parlement régional wallon qui fait défaut. Les reproches formulés par le Parlement wallon concernent

notamment le règlement des litiges par des instances privées et la protection des agriculteurs européens tels qu'envisagés dans l'accord.

La Belgique n'est pas le seul Etat membre à avoir traité de la signature du CETA. En effet, la Cour constitutionnelle allemande a été amenée à se prononcer la semaine dernière sur l'émission éventuelle d'une ordonnance provisoire ou d'une injonction qui interdirait la signature de l'accord par le gouvernement allemand. La réponse négative apportée par la juridiction allemande était toutefois nuancée. Elle exige en effet que le gouvernement allemand soit assuré de pouvoir mettre fin à l'accord unilatéralement, mais aussi que les parties de l'accord appliquées à titre provisoire soient celles qui relèvent incontestablement de la compétence de l'Union européenne, et non des Etats membres. A ces conditions, le gouvernement allemand est autorisé à signer l'accord sans enfreindre les droits des requérants, à savoir le groupe parlementaire Die Linke, et les droits de participation du Bundestag allemand.

Au niveau belgo-belge, différents scénarios sont possibles. Dans un premier cas, le Parlement wallon cède et donne son accord. Dans une deuxième hypothèse, il peut maintenir son veto, qui serait respecté par le gouvernement belge, ce qui engendrerait un report de la signature. Enfin, un troisième scénario peut être imaginé, bien qu'il soit peu réaliste. Il s'agirait, pour le gouvernement belge, de passer outre le refus du Parlement wallon. Toutefois, la signature, dans ces circonstances, s'avèrerait constitutionnellement illégale et engendrerait d'éventuelles actions en justice au niveau national. Il convient toutefois de noter que si la situation wallonne et, partant, belge, se débloque, le succès n'est toutefois pas garanti. Le stade de la ratification de l'accord qui implique tant le Parlement européen que les parlements nationaux peut, lui aussi, apporter son lot d'incertitude et de contestations.

En définitive, l'opposition wallonne met en lumière l'implication des éventuelles assemblées législatives des entités fédérées des Etats membres. L'actualité démontre que les particularités internes des Etats membres peuvent avoir un impact sur la scène internationale et sur l'action de l'Union. Dans cette perspective, il est également légitime de s'interroger sur la pertinence d'une telle opposition et sur l'opportunité politique qu'elle constitue. La position du Parlement wallon est-elle juridiquement pertinente et fondée par rapport à la politique commerciale que l'Union européenne souhaite développer avec son partenaire canadien, ou s'agit-il plutôt d'un conflit politique interne entre le Nord et le Sud de la Belgique, entre la droite et la gauche ?

Margaux Biermé, « Le CETA et la Wallonie : le parlement ne cède pas », actualité du 24 octobre 2016, www.ceje.ch

34. Le CETA et la Wallonie : Et le Parlement régional céda...

Le 30 octobre 2016, le sommet UE-Canada a finalement eu lieu afin de formaliser la signature du CETA par les différentes parties à l'accord. Le Parlement wallon, qui avait opposé son veto à la signature par la Belgique dudit accord, a « cédé » et son feu vert a permis la tenue du sommet, même s'il a été retardé par rapport à la date de signature prévue originairement. Le CETA est désormais bel et bien signé, mais quels ont été, in fine, les résultats des discussions, engendrées par l'insatisfaction de l'entité régionale wallonne ? D'une part, au niveau intra-belge, les entités fédérées et l'Etat fédéral ont consigné, dans une déclaration, les conditions auxquelles les pleins pouvoirs étaient accordés à l'Etat fédéral belge pour la signature de l'accord. D'autre part, il y a eu une modification de l'instrument interprétatif commun, annexé au CETA.

En ce qui concerne la déclaration belgo-belge, les entités fédérées belges se réservent le droit de ne pas ratifier le CETA si ce dernier maintient le système de règlement des différends entre investisseurs et Parties décrit au chapitre 8 du CETA « tel qu'il existe au jour de la signature du

CETA » et précisent qu'un tel refus entraîne « l'impossibilité définitive et permanente pour la Belgique de ratifier le CETA ». Il apparaît donc bien que l'étape franchie est la signature et que la ratification de l'accord n'est pas encore acquise. La déclaration prévoit en outre, et c'est ici un élément fondamental, qu'une demande d'avis sur la compatibilité du système de règlement des différends entre investisseurs et Etats avec les traités de l'Union européenne sera introduite par la Belgique auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. Jusqu'alors, l'éventualité d'une demande d'avis sur un accord tel que le CETA n'avait pas été aussi explicitement évoquée. La Cour de justice sera alors amenée à se prononcer sur la compatibilité du mécanisme de règlement des différends, pierre d'achoppement pour certains, véritable innovation pour d'autres, avec les traités constitutifs. L'issue de cet examen est incertaine.

L'instrument interprétatif commun annexé au CETA existait déjà avant les revendications du Parlement wallon. Ce dernier a exigé l'introduction de certains éléments dans le texte en vue d'obtenir une version plus satisfaisante. Il convient toutefois de noter que les modifications apportées sont mineures. En effet, certains des nouveaux éléments introduits dans la déclaration interprétative apparaissent déjà dans le texte de l'accord. On songe par exemple à la référence expresse à l'article 31 de la Convention de Vienne, relatif à l'interprétation des traités. En réalité, il a plutôt été question d'une réaffirmation de la valeur contraignante de la déclaration, qui a pour objectif principal de rassurer les parties réticentes sur certaines questions.

C'est au regard de ces différents éléments que le Parlement wallon a finalement accepté la signature par la Belgique du CETA. Ces développements ont permis au Conseil de l'Union d'adopter, le 28 octobre 2016, la décision relative à la signature et à l'application provisoire de l'accord. Si cette étape de la signature est désormais accomplie, il convient de suivre de près l'approbation par le Parlement européen et la ratification par les parlements nationaux ainsi que l'éventuelle demande d'avis introduite par la Belgique devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Margaux Biermé, « Le CETA et la Wallonie : Et le Parlement régional céda... », actualité du 16 novembre 2016, www.ceje.ch

35. Le dénouement de l'affaire Front Polisario : les accords UE-Maroc ne s'appliquent pas au Sahara occidental

Pour certains, il est des défaites qui peuvent être vues comme des victoires. L'arrêt du Tribunal Front Polisario c. Conseil (aff. T-512/12), qui annulait partiellement la décision relative à la conclusion de l'accord de libéralisation entre l'Union européenne et le Maroc, a été annulé par la Cour de justice de l'Union européenne le 21 décembre 2016 (arrêt rendu en grande chambre, aff. C-104/16). Si le Front Polisario a vu son recours rejeté par la Cour de justice, il a également pu constater que celle-ci considérait que le territoire du Sahara occidental ne relevait pas du champ d'application de l'accord d'association et de l'accord de libéralisation, conclus entre le Maroc et l'Union européenne, et ce en application des règles de droit international pertinentes en l'espèce.

En ce qui concernait tout d'abord, la question de la recevabilité, le Tribunal avait estimé que Front Polisario avait la qualité pour agir. En effet, le Tribunal avait considéré que l'accord de libéralisation, qui faisait l'objet de la décision litigieuse, s'appliquait au Sahara occidental et que le Front Polisario était effectivement directement et individuellement concerné par ladite décision. Sur le fond, le point essentiel de l'argumentation du Front Polisario touchait à « l'existence ou non d'une interdiction absolue de conclusion, au nom de l'Union, d'un accord international susceptible d'être appliqué à un territoire contrôlé dans les faits par un Etat tiers, sans toutefois que la souveraineté de cet Etat sur ce territoire ne soit reconnue par l'Union et ses Etats membres ou, plus généralement par tous les autres Etats, ainsi que, le cas échéant, la

question de l'existence d'un pouvoir d'appréciation des institutions de l'Union à cet égard, des limites de ce pouvoir et des conditions de son exercice » (pt 44). A l'issue de l'examen des moyens avancés par le Front Polisario, qui touchaient tant la légalité externe qu'interne de la décision litigieuse, le Tribunal n'avait pas reconnu l'existence d'une interdiction absolue pour l'Union de conclure avec un Etat tiers un accord susceptible d'être appliqué à un territoire disputé. Toutefois, s'agissant des conditions dans lesquelles les institutions de l'Union pouvaient approuver la conclusion d'un tel accord, le Tribunal avait estimé que le Conseil « avait manqué à son obligation d'examiner, avant l'adoption de la décision litigieuse, tous les éléments du cas d'espèce » (pt 48), c'est-à-dire « de s'assurer que l'exploitation [des produits originaires du Sahara occidental] ne se fait pas au détriment de la population dudit territoire et n'implique pas de violation des droits fondamentaux des personnes concernées » (pt 47). En conséquence, la décision litigieuse qui concernait la conclusion de l'accord de libéralisation avait été annulée.

Dans son pourvoi devant la Cour de justice, l'un des moyens invoqué par le Conseil de l'Union européenne concernait notamment la qualité pour agir du Front Polisario et, avec celle-ci, l'examen préalable de l'application ou non de l'accord de libéralisation au Sahara occidental. Il y avait lieu, en d'autres termes, d'interpréter le champ d'application territorial de l'accord de libéralisation. Le Tribunal avait conclu sur ce point que l'accord de libéralisation s'appliquait effectivement au territoire du Sahara occidental.

Les normes au regard desquelles le Tribunal devait se prononcer s'agissant du champ d'application territorial de l'accord de libéralisation sont les dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités relatives à l'interprétation de bonne foi et à la prise en compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties à ce traité dans le cadre de l'interprétation.

N'hésitant pas à citer la jurisprudence de la Cour internationale de justice ou encore les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU à l'appui de son raisonnement, la Cour de justice, dans son arrêt sur pourvoi, se fonde véritablement sur les règles de droit international pour conclure que la notion de territoire du Maroc, dans le cadre de l'accord de libéralisation en cause, n'englobe pas le Sahara occidental et ce, avec toutes les conséquences que cela implique s'agissant du champ d'application territorial de l'accord d'association UE-Maroc. Au regard du principe de l'effet relatif des traités, pleinement applicable aux relations entre l'Union et le Maroc, la Cour de justice affirme que « le peuple du Sahara occidental doit être regardé comme étant un tiers » (pt 106) et « une application au Sahara occidental de l'accord d'association, conclu entre l'Union et le Royaume du Maroc, aurait conduit à ce que cet accord affecte un tiers » (pt 103). Il n'apparaît pas, en l'espèce, que le tiers, en l'occurrence ici le peuple du Sahara occidental, ait manifesté son consentement à être lié par l'accord d'association.

La Cour de justice établit ensuite, conformément aux règles de la convention de Vienne, que l'accord d'association et l'accord de libéralisation constituent des traités successifs entre les mêmes parties. Elle précise en outre que l'accord de libéralisation est subordonné à l'accord d'association. Par conséquent, le champ d'application territorial de l'accord d'association, tel que défini précédemment par la Cour, est identique à celui de l'accord de libéralisation. Il n'était donc pas possible de conclure que ce dernier incluait le territoire du Sahara occidental alors même que l'accord d'association dont il dépend ne pouvait être compris en ce sens. La Cour ajoute également que la pratique ultérieure consistant à appliquer l'accord d'association de facto au territoire du Sahara occidental ne justifiait pas d'interpréter les deux accords « en ce sens qu'ils s'appliquaient juridiquement au territoire du Sahara occidental ».

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour de justice a annulé l'arrêt du Tribunal et statué sur le litige. La Cour a considéré que le Front Polisario ne pouvait pas être regardé comme ayant la qualité pour agir au sens de l'article 263, alinéa 4, du traité FUE. Partant, le recours du Front Polisario a été rejeté.

Si, d'un point de vue factuel, cet arrêt constitue une victoire pour le Front Polisario qui entend une juridiction telle que celle de l'Union européenne reconnaître le statut du Sahara occidental, l'arrêt est intéressant sur de multiples aspects s'agissant de la relation entre l'ordre juridique de l'Union européenne dont font partie les accords internationaux conclus par celle-ci et l'ordre juridique international. La Cour détaille les règles de droit international, notamment coutumières, pertinentes en l'espèce, en les appliquant pleinement s'agissant des relations extérieures de l'Union européenne.

En pratique, cet arrêt tranche la question du champ d'application territorial des accords conclus entre l'Union européenne et le Maroc. Le raisonnement développé par la Cour de justice conduit à considérer, s'agissant non seulement de l'accord d'association mais également de l'accord de libéralisation, que le Sahara occidental ne fait pas partie du territoire marocain pour l'application desdits accords. Ce constat devrait avoir un impact sur les autres accords conclus entre les deux parties puisqu'un accord de partenariat en matière de pêche est actuellement appliqué sur les côtes du Sahara occidental.

Margaux Biermé, « Le dénouement de l'affaire Front Polisario : les accords UE-Maroc ne s'appliquent pas au Sahara occidental », actualité du 22 décembre 2016, www.ceje.ch

XII. Politique étrangère et de sécurité commune

36. L'adoption de mesures restrictives à l'encontre de M. Makhlouf respecte toutes les garanties procédurales et les droits fondamentaux

Dans l'arrêt du 21 janvier 2016, le Tribunal rejette la demande visant à l'annulation de la décision 2013/255/PESC qui concerne des mesures restrictives à l'encontre de la Syrie et qui inclut Mohammad Makhlouf, oncle de Bachar Al-Assad et associé d'affaires du régime syrien. Cette décision reprend les mêmes informations et motifs que ceux de la décision d'exécution 2011/488, dans laquelle figure déjà le nom du requérant, mettant en œuvre la décision 2011/273.

En ce qui concerne la recevabilité du recours, le Tribunal rappelle que « le délai pour l'introduction d'un recours en annulation contre un acte imposant des mesures restrictives à l'égard d'une personne ou d'une entité commence à courir uniquement à partir de la date de la communication de cet acte à l'intéressé, et non à la date de la publication de cet acte » (point 20). Lorsque le Conseil dispose de l'adresse de la personne visée, comme dans le cas d'espèce, le délai ne commence à courir que lorsqu'il y a eu une communication directe de l'acte à cette adresse (point 21). Le Conseil n'ayant pas valablement communiqué au requérant la décision attaquée, le Tribunal considère que le délai pour introduire le recours en annulation n'aurait pas commencé à courir et la demande du requérant serait donc admissible (point 30).

En ce qui concerne le fond, le Tribunal analyse sept moyens d'annulation. Tout d'abord, le requérant considère qu'il y a eu une violation des droits de la défense et du droit à un procès équitable. Le Tribunal affirme que l'absence de communication individuelle au requérant n'entraîne aucune atteinte à ses droits de la défense puisque les motifs de la décision reprennent à l'identique les motifs de la première décision qui avait mené à l'inscription initiale du requérant.

Par ailleurs, le requérant met en avant une violation de l'obligation de motivation. Le Tribunal rappelle que la motivation doit « fournir à l'intéressé une indication suffisante pour savoir si l'acte est bien fondé ou s'il est éventuellement entaché d'un vice permettant d'en contester la validité devant le juge de l'Union » et lui permettre d'exercer un contrôle sur la légalité de l'acte (point 63). Cependant, un acte est considéré comme étant suffisamment motivé lorsqu'il est intervenu dans un contexte connu de l'intéressé qui lui permet de comprendre la portée de la mesure prise à son égard (point 70), ce qui mène le Tribunal à rejeter ce moyen.

Ensuite, le Tribunal analyse le bien-fondé des motifs de la décision attaquée. En se basant sur l'arrêt Kadi II, il signale qu'il est nécessaire de s'assurer que la décision repose sur une base factuelle suffisamment solide (point 85). Cependant, il rappelle également que « l'inscription du nom d'une personne dans les annexes des actes attaqués peut être fondée sur une présomption relative aux membres de sa famille » (point 87) et que, dans le cas d'espèce, le requérant est manifestement une personne liée aux dirigeants du régime syrien de par son lien familial. Le requérant est, par ailleurs, également lié au régime syrien du point de vue professionnel puisqu'il fait partie de la classe économique dirigeante en Syrie et il a été le principal conseiller lors de l'ouverture du marché syrien des télécommunications. De ce fait, le Tribunal conclut qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation du Conseil.

En outre, le requérant fait valoir une violation du droit à une protection juridictionnelle effective. Le Tribunal rejette cet argument en rappelant que le Conseil avait publié un avis à l'attention des personnes auxquelles s'appliquent les mesures restrictives prévues par la décision attaquée et que cet avis prévoyait explicitement la possibilité de demander un réexamen de l'inscription et d'introduire un recours en annulation.

Finalement, le Tribunal analyse ensemble les trois derniers moyens relatifs à la violation de droits fondamentaux. Le Tribunal rappelle que le respect des droits fondamentaux constitue une condition de la légalité des actes de l'Union mais que ces droits ne sont pas absolus et des restrictions sont donc admises pour autant qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits garantis.

Ainsi, pour ce qui est du droit de propriété, les mesures restrictives poursuivent un intérêt légitime qui est la protection des populations civiles et des mesures moins contraignantes n'auraient pas été aussi efficaces. De plus, le Tribunal rappelle que la décision permet l'utilisation des fonds gelés pour faire face à des besoins essentiels et la révision périodique des noms des personnes concernées.

Concernant le droit à la vie privée, le Tribunal affirme que « le droit à la vie privée n'a pas pour vocation de protéger le justiciable contre une perte de son pouvoir d'achat » (point 115) ; de ce fait, le requérant ne peut pas considérer qu'une violation de ce droit s'est produite de par une réduction de son niveau de vie. Par ailleurs, la décision attaquée permet aux Etats membres d'autoriser l'entrée des personnes concernées pour des raisons urgentes d'ordre humanitaire.

En conséquence, les restrictions au droit à la propriété et au droit à la vie privée ne sont pas disproportionnées au regard du but poursuivi et ces moyens sont eux aussi rejetés.

Elisabet Ruiz Cairó, « L'adoption de mesures restrictives à l'encontre de la Syrie respecte toutes les garanties procédurales et les droits fondamentaux », actualité du 27 janvier 2016, www.ceje.ch

XIII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

37. Relation Suisse-UE : une « fenêtre d'opportunité » étroite

Le jeudi 17 mars dernier, Jacques de Watteville, Secrétaire d'Etat aux questions financières et internationales et négociateur en chef avec l'Union européenne, a donné, au Centre d'études juridiques européennes de l'Université de Genève, une conférence au sujet des « défis actuels de la politique européenne de la Suisse ».

Il s'agissait de faire le point sur la situation actuelle, de présenter les principaux enjeux, auxquels s'ajoute une collision, complexe, de plusieurs paramètres. Les développements récents, les efforts en cours ainsi que les perspectives ont été également présentés.

En ce qui concerne la voie bilatérale, et plus particulièrement la négociation de l'accord institutionnel, initiée en 2008, quelques pierres d'achoppement se présentent, dont celle relative au mécanisme de règlement des différends. En effet, la réflexion porte, notamment, sur l'importance du rôle du comité mixte et le rôle éventuel de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'interprétation du droit de l'Union repris dans les accords bilatéraux. Si la Suisse admet que le droit de l'Union intégré dans les accords soit interprété par la Cour de justice, la question reste ouverte en ce qui concerne les dispositions sui generis contenues dans les accords qui ne sont, en principe, pas soumises à l'interprétation de la Cour. Une interrogation subsiste quant à la suite que peut prendre un différend persistant au sein du Comité mixte. Pour la Suisse, l'organe-clé est le comité mixte et il ne peut être admis que les juges de la Cour de justice tranchent les questions relatives à l'accord. Elle est seulement habilitée à fournir une interprétation des notions de droit de l'Union. Or, que faire si un désaccord entre les parties persiste ?

De manière plus globale, l'idée de l'accord institutionnel est de garantir l'accès au marché. A ces discussions s'est ajoutée une nouvelle préoccupation, consécutive à la votation de 2014 sur l'immigration de masse, qui traduit la volonté du peuple suisse d'une meilleure gestion de l'immigration. L'article 121a de la Constitution suisse, accepté suite à cette votation, pose un problème de conformité par rapport aux engagements internationaux. En effet, il implique une renégociation de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ci-après « ALCP ») dans un délai de 3 ans. Si aucune solution n'est trouvée d'ici février 2017, les contingents devraient être mis en place, selon la disposition constitutionnelle, par voie d'ordonnance.

Si les relations Suisse-Union européenne ont été d'abord distantes suite à la votation, des discussions informelles à divers niveaux ont permis, in fine, un échange entre des délégations des deux parties en hiver dernier. Depuis, la situation s'est davantage compliquée en raison de deux éléments : le Brexit éventuel et la question des migrants. L'Union européenne a revu ses priorités qui consistent alors en la préservation de son intégrité. Face au durcissement de l'Union européenne vis-à-vis de la Suisse, la clause de sauvegarde bilatérale contenue à l'article 14, alinéa 2, de l'ALCP, n'était, en l'espèce d'aucun secours pour la Suisse car elle nécessitait un consentement des deux parties à l'accord, ce qui n'était pas envisageable. En parallèle, une action diplomatique a été menée, au cours de laquelle un travail de sensibilisation à l'importance d'obtenir une solution négociée a été fait.

En effet, si aucune solution consensuelle n'est trouvée, les contingents incompatibles avec l'ALCP devront en principe être introduits, mettant en danger la survie de l'accord en tant que tel, mais aussi celle des autres accords bilatéraux I, vu l'existence de la « clause guillotine » selon laquelle la chute d'un accord entraîne celle des autres. Si le travail de sensibilisation a porté ses fruits en matière de dialogue, la remise en question dont l'Union européenne a fait l'objet, provoquée par l'arrivée de vrais et faux migrants et par la sensibilité du dossier britannique, a mené l'Union à ne pas adoucir sa position vis-à-vis de la Suisse.

La Suisse n'a pu que constater que ce que les britanniques avaient obtenus était probablement bien plus que ce qu'elle pouvait espérer. Bien que la situation de la Suisse et du Royaume-Uni soient très différentes, politiquement, la situation de ce dernier est un indicateur à ne pas négliger pour la Suisse.

La priorité est de trouver une solution négociée avec l'Union pour assurer la sécurité juridique. Le 4 mars dernier, le Conseil fédéral a annoncé la mise en place d'une clause de sauvegarde unilatérale, alors que ce n'était pas la solution privilégiée de la Suisse. En réalité, les délais contraignaient le Conseil fédéral a présenté un projet de loi à l'attention du Parlement. Il a toutefois été précisé que l'objectif restait la solution consensuelle avec l'Union européenne. Cette dernière, une fois trouvée, pourra être injectée dans le processus parlementaire, pour autant que le timing le permette.

La clause de sauvegarde unilatérale s'apparente à une issue idéale en ce qu'elle répond parfaitement aux besoins de la Suisse. Cependant, sa nature unilatérale n'offre pas de sécurité juridique, elle n'exclut pas les mesures de rétorsions et ne règle pas le sort de l'ALCP et des Bilatérales I. En outre, l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 novembre 2015 reconnaît la primauté du droit international sur le droit interne. Ce qui signifierait que l'ALCP l'emporte sur la clause de sauvegarde unilatérale. Deux solutions se présentent alors, soit l'accord est dénoncé, et la clause guillotine est dès lors déclenchée, soit l'accord n'est pas dénoncé, mais le sort de l'article 121a de la Constitution est incertain. La solution unilatérale s'apparente donc finalement à une solution boiteuse, sans être une renonciation à une solution négociée avec l'Union.

D'autres mesures ont été prises, parmi lesquelles la proposition au Parlement de signer le protocole permettant l'extension de l'ALCP à la Croatie. Cette signature permet à la Suisse

d'être à nouveau pleinement associée au programme-cadre de recherche Horizon 2020, étant donné que cette participation avait été mise en cause à la suite de la votation.

M. de Watteville a également présenté les prochaines étapes de la « saga » Suisse-UE et a indiqué qu'elles étaient constituées, entre autres, du traitement par le Parlement des messages concernant la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, les mesures d'accompagnement et le protocole III étendant l'ALCP à la Croatie.

Ce qui a été mis en évidence, c'est que ces étapes doivent être franchies en gardant à l'esprit plusieurs éléments. Le premier consiste à éviter les interférences entre la situation Suisse-

UE et la relation du Royaume-Uni avec l'Union européenne. Selon nous, la seule formulation d'une telle indication est paradoxale. Tout en démontrant que les situations n'étaient pas comparables, les nombreuses références faites au sujet de la situation britannique par M. de Watteville attestent la prise en considération de celle-ci dans les négociations Suisse-UE. En effet, il est évident que le contexte intra-européen est pris en compte dans les discussions actuelles puisqu'il justifie le durcissement de l'Union européenne à l'égard de la Suisse. Le référendum du 23 juin est d'ailleurs présenté comme un moment clé pour les trois acteurs. Le second élément à ne pas négliger est le facteur temporel. Si une fenêtre d'opportunité s'ouvre – c'est l'expression utilisée par M. de Watteville pour qualifier la perspective – les délais seront très courts pour aboutir à temps à une solution négociée.

En outre, il semble que l'Union fasse un lien entre l'ALCP et le dossier institutionnel car un épilogue dans ces deux domaines conduirait au déblocage des autres dossiers actuellement en cours de négociation entre les deux partenaires, comme par exemple celui qui concerne l'éducation, la formation et la recherche.

En conclusion, les problèmes persistent et la prudence est de mise, même si l'optimisme conduit toutefois le négociateur en chef à affirmer qu'une fenêtre d'opportunité existe et qu'il faut la saisir.

Enfin, même si une loi était adoptée et apportait une solution au sujet de l'ALCP pour la fin de l'année, une nouvelle votation aurait probablement lieu et un référendum se tiendrait donc sur la nouvelle solution trouvée. A ce sujet, il a été souligné qu'il existe des divergences d'état d'esprit au sein de la Suisse même, notamment entre les suisses romands et les suisses allemands. On ne peut pas prévoir le thème d'un éventuel vote, ou encore, la possibilité d'avoir plusieurs votes. Dans tous les cas, « une solution convenue donnerait une sécurité juridique aux acteurs qui en ont besoin ».

A l'issue des questions posées par l'assistance, diverses précisions ont été apportées, notamment celle sur le lien entre l'accord institutionnel et l'ALCP fait par l'Union européenne. Il semblerait que l'Union négocie une solution consensuelle, si et seulement si elle obtient des garanties sur le plan institutionnel. La nature du lien n'est toutefois pas limpide. M. de Watteville a spécifié qu'en définitive, seule une volonté politique pouvait permettre de s'en sortir et que, même si cette volonté était bel et bien présente, il fallait voir si les circonstances permettraient de traduire cette volonté dans une solution négociée. On retiendra finalement, et sans surprise, que la balle est dans le camp du politique, pour débloquer la situation juridique.

Margaux Biermé, « Relation Suisse-UE : une « fenêtre d'opportunité » étroite », actualité du 22 mars 2016, www.ceje.ch

38. L'Accord sur la libre circulation des personnes et l'article 121a Constitution fédérale : un regard du Tribunal fédéral

Suite à l'acceptation de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » par le peuple suisse le 9 février 2014, une ombre de doutes juridiques a couvert le paysage de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne mis en place par l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). En effet, la main d'œuvre étrangère participe à l'économie suisse depuis de nombreuses années, et la libre circulation des personnes permet aux ressortissants de l'Union européenne, de choisir, sous conditions, leur lieu de travail dans l'ensemble des Etats membres. L'initiative acceptée en 2014 vise à modifier ce système par le biais de la fixation de plafonds et contingents annuels applicables aux autorisations de séjour octroyées aux étrangers, l'instauration d'une préférence nationale au niveau de l'emploi, ainsi que la renégociation des accords contraires à l'initiative. Cette volonté populaire de gérer l'immigration bouleverse la politique entre la Suisse et l'Union européenne dans la mesure où de nouvelles solutions doivent être négociées, sous peine d'une dénonciation de l'Accord qui, compte tenu de la clause « guillotine », mettrait à mal les autres accords. Au sens de l'article 197, chiffre 11, alinéa 1, de la Constitution suisse, une décision doit être prise au plus tard en février 2017. Dès lors, en attendant une solution consensuelle avec l'Union européenne, l'article 121a de la Constitution sera mis en œuvre au moyen d'une « clause de sauvegarde unilatérale » mise en place par le Conseil fédéral afin de gérer la délivrance d'autorisations.

Les questions soulevées peuvent aussi trouver une esquisse de réponse temporelle dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans une affaire concernant le retrait d'un permis de séjour, le Tribunal fédéral a saisi l'occasion pour exprimer clairement, mais non sans controverse, l'état de la relation entre l'ALCP et le nouvel article 121a de la Constitution suisse.

Cet arrêt du 26 novembre 2015 a été prononcé dans le cadre d'un litige relatif au refus par autorités zurichoises de prolonger l'autorisation de séjour à une ressortissante de la République dominicaine (2C_716/2014). Cette dernière avait obtenu en 2003 une autorisation de séjour afin de pouvoir vivre auprès de son partenaire, de nationalité allemande, ainsi qu'auprès de leur fils commun – lui-même en possession d'une autorisation de séjour dérivée du père. L'année suivante, suite à la dissolution de la vie commune, la mère et son fils se sont installés dans un établissement d'accueil mère-enfant. Malgré l'aide sociale importante que la mère percevait, son permis de séjour a été prolongé jusqu'en 2012. En 2013, les autorités cantonales ont décidé de ne plus accorder de prolongation et donc, de retirer le permis au motif de sa dépendance à l'aide sociale, au sens de l'article 62, lettre e, de la loi fédérale sur les étrangers. Nonobstant la limitation de l'article 83, lettre c, chiffre 2 de la loi sur le Tribunal fédéral, le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est recevable en raison de l'invocation par les recourants de l'article 3, chiffre 6, de l'Annexe I, de l'ALCP et de l'article 8 CEDH qui ont trait à l'admission à l'enseignement des enfants d'un ressortissant d'un Etat contractant de l'Accord et au droit à la vie familiale. Comme ils se prévalent d'un droit contenu dans l'ALCP et la CEDH, il sied au Tribunal fédéral de se prononcer sur l'interprétation de l'Accord en fonction du nouvel article 121a de la Constitution suisse.

En effet, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral tient compte des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne postérieurs à la date de signature de l'Accord au sens de l'article 16, paragraphe 2, ALCP afin d'assurer une équivalence des droits et obligations entre parties, et ne s'en écarte uniquement lorsque cela est justifié par des raisons concrètes. La juridiction fédérale souligne qu'un Etat ne peut se soustraire à ses obligations internationales en invoquant le droit interne au sens de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et précise que la jurisprudence Schubert - qui permet de déroger aux traités internationaux lorsque

l'Assemblée fédérale le fait de manière délibérée – ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'il est question de droits de l'homme, conformément à la jurisprudence PKK.

Ainsi, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant les autorisations de séjour et les moyens financiers de la partie demanderesse. Il fait notamment le parallèle entre l'article 24, Annexe I, de l'ALCP et l'article 1, paragraphe 1, de la directive 90/364 relative au droit du séjour qui indique que les Etats membres octroient les permis de séjour aux ressortissants des Etats membres l'Union européenne et à leurs familles « [...] à condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, [...] de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil ». Le Tribunal fédéral se réfère notamment à l'arrêt Zhu et Chen rendu en 2004 par la Cour de justice de l'Union européenne qui examine une demande de séjour à travers une pesée des intérêts entre le droit à la vie familiale et l'intérêt public, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'un danger à l'ordre public ou une charge importante pour les finances de l'Etat. Dans le cas d'espèce, la relation familiale de l'enfant avec son père n'est pas pertinente compte tenu du fait que ce dernier ne remplissait pas ses obligations parentales, aucune relation affective n'a pu être établie. Au surplus, la demanderesse perçoit une aide sociale depuis plusieurs années. Elle invoque qu'elle a trouvé un emploi et qu'elle ne devrait donc plus percevoir d'aide sociale à l'avenir, mais ceci constitue un fait nouveau que le Tribunal fédéral ne peut prendre en compte. En raison de l'ensemble de ces considérations, le recours est rejeté et il est constaté que les recourants n'ont à ce stade, aucun droit de séjour auquel ils pourraient prétendre.

L'interprétation donnée à l'Accord sur la libre circulation des personnes ne semble pas affectée à ce stade par le nouvel article 121a de la Constitution. Cette conception peut sembler controversée compte tenu de la volonté du peuple exprimée en 2014 mais n'est en aucun cas fautive ou injustifiée en raison de la hiérarchie des normes. En effet, les principes de droit international impliquent le respect des engagements, nonobstant un changement législatif national.

Pour de plus amples informations concernant les négociations en cours et les défis de la politique européenne de la Suisse, voir l'actualité Relation Suisse-UE : une « fenêtre d'opportunité » étroite.

Alicja Zapedowska, « L'Accord sur la libre circulation des personnes et l'article 121a Constitution fédérale : un regard du Tribunal fédéral », actualité du 23 mars 2016, www.ceje.ch

39. Sécurité sociale : la dynamique entre une convention bilatérale et l'ALCP

Dans son arrêt du 11 mars 2016 (8C_860/2014), le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur le sort et la pertinence de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal du 11 septembre 1975 (ci-après la Convention) à la lumière de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, entré en vigueur le 1er juin 2002 (ci-après ALCP ou Accord).

Le litige concerne un ressortissant portugais, Monsieur A, qui travaille en Suisse en tant que maçon dans une entreprise de construction depuis 1981, et qui y réside de manière ininterrompue depuis 1989. Par décision du 22 août 2000, il a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité pour la période du 1er octobre 1997 au 30 avril 1999 que la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après ccgc) a calculé sur le fondement de ses cotisations effectuées tant en Suisse qu'au Portugal, soit un total de 22 années et 4 mois. Quelques années plus tard, Monsieur A a déposé une nouvelle requête de prestation d'invalidité. Par décision du 4 octobre 2013, l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après l'Office) lui a

octroyé une demi-rente d'invalidité dès le 1er janvier 2009, calculée uniquement sur la base de sa cotisation en Suisse, ce qui le qualifiait à l'obtention d'une rente de l'échelle 31 (une rente partielle équivaut aux degrés 1 à 43 de l'échelle des rentes). Il a recouru contre cette décision en invoquant que l'Office a omis de prendre en compte les années de cotisation effectuées au Portugal. Respectivement, il a conclu à l'octroi d'une rente complète à l'échelle 44. En date du 21 octobre 2014, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice a admis le recours de Monsieur A. La juridiction genevoise s'est basée dans son raisonnement sur le moment auquel l'intéressé est arrivé en Suisse. Elle a pris en compte la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle une convention bilatérale en matière de sécurité sociale plus favorable peut être applicable à condition que la personne en question exerce son droit à la libre circulation avant l'entrée en vigueur de l'ALCP et de la mise en application pour la Suisse du règlement n°1408/71 auquel l'Accord renvoie (ATF 133 V 329 c.8.6.4). En effet, ce n'est pas le moment de la survenance de l'invalidité qui est pertinent, mais bien le moment où la personne s'établit dans le pays dans l'intention d'y travailler (voir notamment l'affaire C-227/89). Dans le cas d'espèce, Monsieur A a exercé son droit à la libre circulation avant l'entrée en vigueur de l'ALCP, en 1989, ce qui implique l'application à l'intéressé de la Convention qui lui est plus favorable : cette dernière lui permettant la prise en compte de ses années de cotisation au Portugal.

L'Office a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice cantonale en demandant son annulation.

Le Tribunal fédéral commence son analyse par fournir les éléments applicables en la matière. En effet, par décision du Comité mixte, le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille, qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté n'est plus applicable aux parties contractantes à l'ALCP à partir du 1er avril 2012. Celui-ci s'est vu remplacé par le règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Les modalités de son exécution ont été fixées dans le règlement n° 987/2009, notamment à l'article 94, paragraphe 1, qui règle le droit transitoire. Conformément à cette disposition, lorsque le cas de l'invalidité survient antérieurement à la date de l'application du règlement n° 883/2004 entre les Parties à l'ALCP, la demande sera régie par le règlement n° 1408/71.

Conformément à l'article 12 de la Convention bilatérale, la première rente octroyée à l'intéressé tenait compte de sa cotisation au Portugal. La Convention faisait partie des conventions de type A, régies par le principe du risque, ce qui signifie que l'intéressé reçoit une seule rente en cas de survenance de l'invalidité, versée par l'assurance à laquelle la personne est affiliée au moment de la survenance de l'éventualité.

En revanche, l'ALCP et le règlement n° 1408/71 mettent en place un régime de type B, qui implique le droit à des prestations venant de deux Etats, qui correspondent aux cotisations effectuées dans les deux Etats respectifs. La relation entre la Convention bilatérale et l'ALCP est régie par l'article 20 ALCP qui énonce que « sauf disposition contraire découlant de l'annexe II, les accords de sécurité sociale bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne sont suspendus dès l'entrée en vigueur du présent accord, dans la mesure où la même matière est régie par le présent accord ».

Ainsi que l'a précisé l'instance cantonale, le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur la signification de cette base légale de l'Accord (ATF 133 V 329). Il s'est inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour clarifier sa signification et a conclu, que la disposition en question ne fait pas obstacle à l'application d'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale plus favorable à condition que le droit de libre circulation soit exercé antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ALCP. Il s'agit en particulier

de préserver les avantages de sécurité sociale que les intéressés pouvaient tirer d'une convention bilatérale intégrée dans leur régime national. Il est en outre nécessaire de prévenir la situation dans laquelle un travailleur qui exerce son droit à la libre circulation se verrait pénalisé par rapport à un travailleur qui n'aurait pas exercé ce droit et qui pourrait se prévaloir du droit national plus favorable.

Cette jurisprudence est fondée sur l'idée qu'une personne qui exerce son droit à la libre circulation est légitimée à se fier aux dispositions pertinentes d'une convention bilatérale et des bénéfiques qui en découlent. Le Tribunal fédéral refuse ainsi de revoir sa jurisprudence. En effet, une modification de celle-ci doit reposer sur des motifs objectifs et sérieux qui doivent l'emporter sur la sécurité du droit et dont le but est de remédier à une situation inadaptée aux circonstances actuelles. Or, la situation présente ne répond de loin pas à ces critères restrictifs.

Dans le cas d'espèce, le droit à la libre circulation a été utilisé antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ALCP et donc, le temps de cotisation au Portugal devrait être comptabilisé. Dès lors, le Tribunal fédéral confirme la position des juges cantonaux, tout en précisant que, par le biais de l'entraide administrative prévue dans les relations transfrontalières dans le domaine de la sécurité sociale, l'organisme portugais compétent devra communiquer les périodes de cotisation et les périodes assimilées que Monsieur A a effectuées afin de pouvoir les comptabiliser dans le calcul de la pension d'invalidité.

Finalement, il découle de ce qui précède, qu'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale antérieure peut être d'applicabilité sous deux conditions cumulatives : cette convention accorde un droit plus favorable que l'ALCP et la libre circulation a été exercée avant le 1er juin 2002, date d'entrée en vigueur de l'ALCP.

A la fin de son raisonnement, le Tribunal fédéral évoque l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004 au sens duquel « [...] le présent règlement se substitue à toute convention de sécurité sociale applicable entre les Etats membres. Toutefois, certaines dispositions de conventions de sécurité sociale que les Etats membres ont conclues avant la date d'application du présent règlement restent applicables, pour autant qu'elles soient plus favorables pour les bénéficiaires ou si elles découlent de circonstances historiques spécifiques et ont un effet limité dans le temps. Pour être maintenues en vigueur, ces dispositions doivent figurer à l'annexe II [...] ». Cette disposition amène la question de savoir si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que celle de l'ATF 133 V 329 précité restent d'application sous le régime du règlement n° 883/2004 dans une situation où une disposition favorable n'a pas été inscrite à l'Annexe II dudit règlement. Tel aurait été le cas si la situation présente relevait du règlement n° 883/2004, qui dans son Annexe II ne maintient pas de disposition en vigueur au sens de l'article 8, du règlement n° 883/2004 concernant les relations entre la Suisse et le Portugal. Le Tribunal fédéral laisse cette question ouverte, il conviendra ainsi d'attendre la suite de cette jurisprudence pour satisfaire la curiosité juridique en matière de sécurité sociale.

Alicja Zapadowska, « Sécurité sociale : la dynamique entre une convention bilatérale et l'ALCP », actualité du 20 avril 2016, www.ceje.ch

40. Révocation d'un permis d'établissement – cas d'infractions d'extrême gravité

Le droit de séjour et d'établissement découlant de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ci-après ALCP) n'est pas absolu. Le droit de demeurer et de séjourner en Suisse peut être limité pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique au sens de l'article 5, annexe I, ALCP. Cette dernière disposition est une limitation du droit à la libre circulation qui doit être analysée de manière restrictive. En effet, il doit s'agir d'une menace réelle et actuelle, qui se caractérise par une certaine gravité et qui touche à un intérêt

fondamental de la société. L'autorité nationale détient un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les comportements et infractions qui permettent de révoquer les bénéficiaires de la libre circulation des personnes.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 11 avril 2016 (2C_910/2015) permet d'illustrer le raisonnement de la dernière instance nationale suisse en cas de révocation d'un permis d'établissement pour les motifs en question. Il concerne Monsieur X., ressortissant français, vivant en Suisse depuis 1989, détenteur d'un permis d'établissement. En 2006, il a été reconnu coupable d'actes d'ordre sexuel avec un enfant, de tentatives d'actes d'ordre sexuel avec un enfant, de contrainte sexuelle, d'actes d'ordre sexuel commis par une personne incapable de discernement ou de résistance et de viols sur les personnes de ses deux nièces. Suite à une procédure d'appel, Monsieur X., a finalement été condamné à 8 ans de réclusion. Ceci a amené le Service de la population et des migrants du canton de Fribourg (ci-après le Service cantonal) à révoquer le permis d'établissement de ce dernier et à lui impartir un délai pour quitter la Suisse compte tenu de sa condamnation et de l'existence d'une dette de CHF 82'275.- qui pèse sur lui.

Le Tribunal fédéral, saisi par voie du recours en matière de droit public, se penche dès lors sur la question de savoir si la révocation en question est conforme au droit international et fédéral. L'ALCP ne réglementant pas la révocation des permis d'établissement, il est nécessaire d'appliquer la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr). A teneur de l'article 63, alinéa 1, lettre b, LEtr, « l'autorisation d'établissement ne peut être révoquée [que dans le cas où] l'étranger attend de manière très grave à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ». Par renvoi de l'article 63, alinéa 2, LEtr, un permis d'établissement peut être révoqué lorsque « l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée » au sens de l'article 62, lettre b, LEtr. La jurisprudence considère qu'une peine privative de liberté de longue durée est toute peine qui dépasse un an d'emprisonnement au sens de cette disposition.

Monsieur X. conteste le caractère réel et actuel de la menace qu'il pourrait constituer pour l'ordre public compte tenu notamment de son comportement correct depuis la commission des infractions. Le Tribunal fédéral précise que les infractions d'ordre sexuel commises à l'encontre d'enfants attentent un bien juridique particulièrement important et ce, de manière grave, qui nécessite une approche rigoureuse de la part des autorités. La juridiction de dernière instance se penche sur le cas d'espèce, relève la fréquence des abus commis sans scrupule par l'intéressé et le fait qu'il ne semble pas s'être rendu compte de l'importance et de la gravité de ses actes. En dernier lieu, le Tribunal fédéral constate que durant toute la procédure pénale il s'était défendu en blâmant ses victimes et en relativisant les infractions qu'il a commises, ce qui amplifie le sentiment de méfiance quant à son futur comportement. Ainsi, la menace réelle et actuelle que représente l'intéressé est confirmée.

Finalement, le Tribunal fédéral s'interroge sur la proportionnalité de la mesure à la lumière du droit à la vie privée et familiale au sens de l'article 8, paragraphe 1, CEDH et l'article 96 LEtr, qui requiert que soit prise en compte notamment la situation personnelle de la personne visée par la décision. Dans le cas d'espèce, il est question de mettre en balance sa vie familiale, soit les liens avec son épouse et ses enfants, et la nécessité et proportionnalité de la mesure prise par l'autorité. Comme le relève le Tribunal fédéral, il est possible de se prévaloir de l'article 8, paragraphe 1, CEDH lorsqu'une relation familiale réelle et étroite existe avec une personne ayant un droit de demeurer durablement en Suisse et que cette relation soit mise en péril par une décision de l'autorité. Néanmoins, la protection de la vie privée et familiale peut être limitée au sens de l'article 8, paragraphe 2, CEDH, à condition que cette ingérence soit proportionnée, c'est à dire raisonnable et nécessaire pour atteindre un but d'intérêt public ou privé. Il est de jurisprudence constante qu'une résidence de longue durée en Suisse est un critère important à prendre en compte dans la pesée des intérêts, mais n'est en soi pas un obstacle au renvoi,

notamment compte tenu des infractions graves et répétées commises par l'intéressé. Le Tribunal fédéral relève aussi la capacité de l'intéressé à réintégrer son pays national : de langue maternelle française et disposant d'une bonne expérience professionnelle, il n'y a pas d'obstacle majeur à ce qu'il puisse refaire sa vie en France. Sa vie familiale sera certes mise en péril, mais comme le précise la juridiction fédérale, ni son mariage, ni la naissance de ses enfants ne l'ont dissuadé de commettre des infractions d'extrême gravité pendant une longue période. Après avoir analysé toutes les circonstances, le Tribunal fédéral rejette le recours de Monsieur X.

Cet arrêt offre une nouvelle illustration de l'analyse qui doit être effectuée en matière de renvoi pour cause de menace pour l'ordre et la sécurité publics. Il permet de constater que même si la révocation d'un permis d'établissement doit être ordonnée avec retenue, certains actes répréhensibles permettent de traiter la question avec une sévérité justifiée. Chaque cas particulier est analysé de manière à prendre en compte tous les intérêts en présence, mais le Tribunal fédéral reste vigilant aux comportements contradictoires de la personne visée, notamment lorsqu'il est question de biens lésés particulièrement importants. Ainsi, il n'est pas question de réponses schématisées et préconçues, mais bien d'une analyse particulière du cas d'espèce.

Alicja Zapedowska, « Révocation d'un permis d'établissement – cas d'infractions d'extrême gravité », actualité du 24 mai 2016, www.ceje.ch

41. Signature d'un accord international et équilibre institutionnel, qui mène le bal en relations extérieures ?

Le 28 juillet 2016, dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur le principe de l'attribution des compétences et l'équilibre institutionnel entre le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne dans l'affaire C-660/13.

Le litige porte sur la compétence de la Commission de signer, au nom de l'Union européenne, l'addendum au mémorandum d'entente concernant une contribution financière de la Confédération suisse en faveur de la République de Croatie. Ce dernier a été élaboré suite aux conclusions du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres de faire bénéficier la Croatie d'une contribution financière déterminée selon les montants octroyés entre l'année 2006 et 2008 aux autres Etats membres. Un accord général relatif à la participation financière de la Suisse n'étant pas possible, un système de mémorandum d'entente séparé pour chaque nouvel Etat membre devait être mis en place. La Commission a pris acte dans le procès-verbal de la réunion du Comité des représentants permanents que les conclusions, sus mentionnées, doivent être considérées comme une décision politique du Conseil au sens de l'article 16 du traité UE.

Lorsque les négociations avec la Suisse ont abouti, la Commission, se fondant sur l'article 17 du traité UE, a rendu la décision litigieuse le 3 octobre 2013 qui affirme notamment que l'addendum ne crée aucune obligation contraignante ou juridique pour aucune des parties au sens du droit interne ou international et qui précise que la Commission donne le pouvoir au vice-président chargé des relations extérieures et à son membre chargé de la politique régionale de signer l'addendum au nom de l'Union européenne. L'addendum en question, prévoyant la négociation d'une contribution financière de la Suisse à hauteur de 45 millions de francs suisses au bénéfice de la Croatie, a bien été signé selon le mode décidé par la Commission, malgré le désaccord du Conseil et des Etats membres. En effet, ces derniers ont notamment contesté le fait que la Commission a omis le rôle des Etats membres dans la signature de l'addendum.

Dans ces circonstances, le Conseil, soutenu par quelques Etats membres demande l'annulation de la décision attaquée ainsi que le maintien des effets de celle-ci jusqu'à ce qu'une nouvelle décision la remplace.

Concernant l'incompétence de la Commission pour adopter la décision attaquée, la Cour de justice rappelle le système de répartition des compétences entre les institutions de l'Union. Le principe d'attribution est inscrit à l'article 13, paragraphe 2, du traité UE. Le Conseil fonde ses pouvoirs sur l'article 16 du traité UE, notamment le paragraphe 6 relatif à l'action extérieure, qui prévoit que le Conseil des affaires étrangères assure la cohérence et met en place l'action extérieure de l'Union selon la stratégie fixée par le Conseil. L'article 17, paragraphe 1, du traité UE, énonce que la Commission, quant à elle, assure notamment la représentation extérieure de l'Union, à l'exclusion de la PESC et les autres cas prévus par les traités. Selon la Commission, la signature d'un accord non contraignant entre dans le cadre de l'attribution de représentation extérieure de l'Union et donc ne requerrait pas l'autorisation du Conseil. La Cour de justice ne partage pas cet avis : elle soulève que les conclusions autorisant d' « engager les discussions nécessaires » avec la Suisse ne sont pas un fondement suffisant pour permettre à la Commission de signer au nom de l'Union européenne l'addendum auquel ont abouti les négociations. La Cour relève que la décision de signature de l'addendum, quand bien même l'addendum ne constitue pas un instrument contraignant, doit être prise suite à une analyse et un arbitrage stratégique des intérêts de l'Union dans ses négociations avec le pays tiers en question, ainsi que des principes et objectifs de l'Union dans ses relations extérieures au sens de l'article 21, paragraphe 1 et 2, du traité UE. C'est ainsi que la signature d'un accord, tel que celui du cas d'espèce, constitue un acte de définition de la politique extérieure de l'Union au sens de l'article 16 du traité UE.

Finalement, la Cour se penche sur le contenu de l'accord. L'addendum fixe le montant et le temps durant lequel la contribution financière sera versée à la Croatie. Ce sont des éléments importants relatifs à l'accès de la Suisse au marché intérieur élargi suite à l'adhésion de la Croatie. Dès lors, c'est bien le Conseil qui était compétent pour autoriser la signature de l'addendum au nom de l'Union. En conséquence, la Commission, en signant l'addendum de 2013 sans autorisation, a violé les principes d'attribution des compétences et de l'équilibre institutionnel.

Ainsi, la Cour de justice annule la décision litigieuse, mais décide de maintenir les effets de cette dernière, selon l'article 264, second alinéa, du traité FUE. La suppression des effets de la décision litigieuse serait néfaste pour les relations entre l'Union européenne et la Suisse. En effet, il est nécessaire de se rappeler que c'est bien cette décision qui a permis la signature de l'addendum, soit de confirmer le résultat des négociations entre la Commission européenne et la Suisse – un élément important pour la suite de la coopération helvético-croate.

Alicja Zapedowska, « Signature d'un accord international et équilibre institutionnel, qui mène le bal en relations extérieures ? », actualité du 29 août 2016, www.ceje.ch

42. Donner cours en Suisse doit être fiscalement aussi avantageux que dans l'UE ou l'EEE

Dans un arrêt du 21 septembre 2016 (aff. C-478/15), la Cour de justice a été amenée à interpréter l'accord sur la libre circulation des personnes (ci-après « ALCP ») à l'occasion d'une demande de décision préjudicielle formulée par le tribunal des finances du Bade-Wurtemberg (Allemagne). Un différend opposait M. Radgen à l'administration fiscale d'Ettlingen.

Monsieur Radgen, ressortissant et résidant allemand, a, au cours de l'année 2009, exercé une activité d'enseignement à titre accessoire dans un établissement de droit public en Suisse. Le

montant perçu pour cette activité avait été soumis à l'impôt sur le revenu. M. Radgen contestait l'avis d'imposition rendu par l'administration fiscale, considérant qu'une telle situation, à savoir l'absence d'exonération pour ce montant, constituait une entrave à l'accord sur la libre circulation des personnes. Le recours porté par M. Radgen devant le tribunal des finances du Bade-Wurtemberg a conduit ce dernier à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. En substance, il s'agissait de savoir si certaines dispositions de l'ALCP s'opposaient à une législation d'un Etat membre qui n'accorde pas le bénéfice de l'exonération d'impôt afférente au revenu provenant de cette activité salariée accessoire, alors qu'une telle exonération aurait été octroyée si ladite activité avait eu lieu dans un Etat membre de l'Union européenne ou un Etat de l'EEE.

Plus précisément, les dispositions devant être interprétées sont celles relatives à l'égalité de traitement des travailleurs salariés. En effet, l'objet de l'ALCP est de réaliser la libre circulation des personnes. Cela suppose notamment que soient garantis le droit d'accès à une activité économique et, dans l'exercice de celui-ci, l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. L'article 9 de l'ALCP prévoit, entre autres, l'égalité de traitement et plus particulièrement le respect de celle-ci en matière fiscale. Il s'agit de permettre aux travailleurs salariés de bénéficier des mêmes avantages fiscaux et sociaux que ceux dont disposent les travailleurs salariés nationaux.

Dans ce contexte, M. Radgen, en exerçant une activité salariée en Suisse, et non dans un Etat membre de l'Union ou dans un Etat de l'EEE, a-t-il subi un désavantage fiscal ? La Cour constate que la législation allemande « induit une différence de traitement fiscal entre les contribuables résidents allemands en fonction de l'origine de leurs revenus » (pt 43). En effet, M. Radgen, ressortissant résident allemand qui dispense un cours à Zurich, ne bénéficie pas de l'exonération d'impôt sur le revenu provenant de cette activité, alors que cela aurait été le cas s'il avait donné son cours dans un Etat membre de l'UE ou de l'EEE. Partant, cela constitue une inégalité de traitement. En outre, il est possible que les contribuables résidents allemands soient dissuadés d'exercer leur droit à la libre circulation en accomplissant une activité salariée d'enseignement en Suisse.

Dans l'appréciation d'une situation en matière d'inégalité de traitement, il y a lieu de distinguer deux hypothèses. Dans la première, l'application d'un traitement différencié, en matière fiscale, à deux contribuables est permise, s'ils ne se trouvent pas dans une situation comparable. Dans la seconde, si deux contribuables se trouvent dans une situation comparable, une différence de traitement peut être justifiée « par des raisons impérieuses d'intérêt général » (pt 46). En l'espèce, il y a lieu de rattacher la situation de M. Radgen à la seconde hypothèse.

La Cour de justice applique alors la même approche que celle développée dans l'arrêt Jundt (aff. C-281/06), lequel s'inscrivait dans un contexte similaire, et conclut à l'absence d'une justification fondée sur une raison impérieuse d'intérêt général permettant une différence de traitement. Elle édicte par ailleurs que la législation nationale a pour conséquence d'« affecte[r] le choix des enseignants exerçant leur activité à titre accessoire quant au lieu de leurs prestations de services » (pt 54). Les conclusions auxquelles arrive la Cour de justice sont jugées applicables au cas d'espèce, nonobstant le fait que l'arrêt Jundt concernait un indépendant, et non un travailleur salarié. En tout état de cause, la législation fiscale allemande, en refusant d'octroyer « une exonération aux contribuables résidents ayant fait usage de leur droit à la libre circulation en exerçant à titre accessoire une activité salariée d'enseignement au service d'une personne morale établie sur le territoire suisse, en raison du lieu de l'exercice de cette activité, établit une inégalité de traitement non justifiée et contraire à l'article 9, paragraphe 2, de [l'ALCP] ».

Il convient d'observer que cet arrêt est l'occasion de rappeler que la réalisation des objectifs de l'ALCP s'appuie sur les dispositions applicables dans l'Union européenne, « dont les notions doivent être interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour » (pt 36). En l'espèce, c'est la notion du principe d'égalité de traitement qui fait l'objet de l'interprétation de la Cour et qui permet à celle-ci de préciser les contours de celui-ci d'un point de vue fiscal et dans le contexte de l'exercice d'une activité d'enseignement.

Margaux Biermé, « Donner cours en Suisse doit être fiscalement aussi avantageux que dans l'UE ou l'EEE », actualité du 22 septembre 2016, www.ceje.ch

43. Quel futur pour la libre circulation entre l'Union européenne et la Suisse ? Le point sur le débat helvétique

Le délai pour mettre en œuvre l'initiative « contre l'immigration de masse », le 9 février 2017, approche à grand pas et les scénarios politiques les plus variés ne cessent d'être mis avant. En effet, la primauté de l'Accord sur la libre circulation des personnes affirmée par le Tribunal fédéral dans un jugement rendu le 26 novembre 2015 (arrêt 2C_716/2014) ne suffit pas dans le contexte du conflit politique qui existe entre les nouveaux articles constitutionnels sur l'immigration et ledit Accord. Il est alors nécessaire pour la Suisse de trouver la bonne solution à l'inadéquation actuelle.

Le 26 octobre 2016, le Conseil fédéral a rejeté l'initiative « sortons de l'impasse » (initiative Rasa), qui prévoyait l'abrogation des articles 121a et 197, chiffre 11, de la Constitution suisse, et a décidé de la combattre avec un contre-projet dont le contenu ne sera défini que l'an prochain. Ladite initiative avait pour but principal de mener une politique stable et favorable envers l'Union européenne, notamment en préservant la voie bilatérale. Malgré la volonté du Conseil fédéral de maintenir une telle politique, passer outre la volonté populaire, exprimée lors de la votation du 9 février 2014, serait contraire au principe démocratique. Nonobstant la baisse de l'immigration observée en Suisse, le Conseil fédéral précise qu'une gestion de l'immigration ciblée est nécessaire afin de mettre en avant la main d'œuvre indigène. Le pouvoir exécutif a décidé de proposer un contre-projet direct, mais il attendra l'examen parlementaire en cours pour apporter une réponse.

Alors que le Conseil fédéral avait déjà formulé, le 4 septembre 2016, une proposition concernant l'application de l'article 121a de la Constitution, le Conseil national a entériné, le 21 septembre 2016, un projet « light » de sa commission des institutions politiques. Le projet, considéré par le Conseil fédéral comme une mise en œuvre partielle de l'article constitutionnel, prévoit un compromis entre la préférence des travailleurs indigènes et la préservation de la libre circulation entre la Suisse et l'Union européenne. En particulier, le projet évoque l'intervention du Comité mixte dans le cas où le gouvernement souhaiterait prendre des mesures correctives relatives à l'immigration. En outre, ces mesures ne pourraient être prises que dans le cas où l'immigration européenne perdure et que des problèmes sociaux ou économiques se font ressentir dans le pays. Finalement, le projet prévoit que lorsqu'une mesure serait estimée par la Suisse comme non compatible avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, elle devra faire l'objet d'une approbation du Comité mixte.

Le projet adopté par le Conseil national est désormais examiné par la commission des institutions politiques du Conseil d'Etat. Le résultat de ce dernier sera pris en compte par le Conseil fédéral lors de la formulation de son contre-projet direct.

Dans ce contexte, une réunion extraordinaire du Comité mixte a eu lieu le 25 septembre 2016. La Commission européenne, préoccupée par les débats parlementaires relatifs à la gestion de l'immigration et par le futur de l'Accord sur la libre circulation des personnes, a demandé, en

vertu de l'article 17 ALCP, une réunion des délégations suisse et de l'Union européenne. Durant cette rencontre, les travaux parlementaires ont été présentés à l'Union européenne.

La libre circulation n'étant pas une question négociable pour l'Union européenne, il est nécessaire d'attendre la position du Conseil des Etats sur le projet de la « préférence nationale light » et le contre-projet du Conseil fédéral qui s'en suivra, afin de prédire le futur des relations entre la Suisse et l'Union européenne. Il ne s'agit pas uniquement de la libre circulation des personnes, mais des relations bilatérales en général, compte tenu de la clause guillotine qui pourrait mettre à mal l'ensemble des Bilatérales. Finalement, il s'agira pour les organes politiques suisses de répondre à la question de savoir si la règle constitutionnelle relative à l'immigration, décidée par une faible majorité du peuple, peut être réalisée à l'encontre d'une obligation internationale?

Alicja Zapedowska, « Quel futur pour la libre circulation entre l'Union européenne et la Suisse ? Le point sur le débat helvétique », actualité du 31 octobre 2016, www.ceje.ch.

44. Vers un renforcement de l'espace Schengen : la Suisse, partie prenante

1,5 million – tel est le chiffre estimé des personnes qui ont franchi illégalement les frontières extérieures de l'Union européenne depuis le début de l'année 2016. Compte tenu de l'absence de frontières intérieures, ce résultat alarmant affecte tous les Etats de l'espace Schengen, y compris la Suisse, et démontre qu'un contrôle efficace doit être mis en place afin de maintenir le futur du système.

Dans l'intention de pallier l'insuffisance des moyens à disposition pour gérer les frontières extérieures de l'Union, la Commission européenne a proposé de mettre en place un règlement qui remplacerait le code frontières Schengen, le règlement Frontex et le règlement Rabbit, ainsi que la décision 2005/267 du Conseil de l'Union européenne par une meilleure gestion de la migration. Le nouveau règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes a été approuvé par le Conseil le 14 septembre 2016. Cet instrument met en place une agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (ci-après: l'Agence) qui remplace l'agence Frontex et intègre les autorités nationales responsables de la gestion des frontières. Il prévoit également l'instauration d'une réserve de réaction rapide composée de 1500 gardes-frontières. Dans ce cadre-là, la Suisse a accepté de mettre à disposition 16 agents spécialisés, à savoir 0.8% du Corps des garde-frontières, un chiffre raisonnable compte tenu de la taille des autorités de contrôle et des frontières de la Confédération suisse. Le nouveau règlement donne également à l'Agence le pouvoir de procéder à l'évaluation de la vulnérabilité des Etats membres, soit de leur capacité à faire face aux défis actuels en matière de sécurité. Lorsqu'une situation met en danger l'espace Schengen, l'Agence peut, en dernier ressort et sur décision du Conseil, prendre des mesures aux frontières extérieures en coopération avec l'Etat concerné par la nécessité. L'Agence ne peut toutefois agir sur le territoire d'un Etat sans son accord. Le refus de l'Etat de donner suite aux instructions du Conseil ou de l'Agence pourra, le cas échéant, résulter en une réintroduction temporaire de frontières intérieures. Finalement, l'Agence est pourvue de missions renforcées relatives à l'assistance et la coordination des activités des Etats membres liés aux retours.

La participation de la Suisse au développement actuel est attendue étant donné sa présence dans l'espace Schengen depuis 2008 et son engagement dans les opérations de l'Agence Frontex depuis 2011. De manière générale, l'article 2, paragraphe 3, de l'accord d'association à Schengen (AAS) prévoit que la Suisse est tenue de mettre en œuvre les développements de l'acquis Schengen, sous réserve de l'article 7 AAS, lequel a trait à la procédure spéciale relative aux exigences constitutionnelles suisses. En vertu de l'article 7, paragraphe 2, lettre a, AAS, le Conseil communique à la Suisse l'adoption d'un acte constituant un développement de l'acquis

Schengen, laquelle dispose d'un délai de 30 jours pour se prononcer sur la reprise dudit acte dans son ordre juridique. Cependant, au sens de la lettre b du même article, lorsque les obligations constitutionnelles de la Confédération suisse exigent une procédure interne plus longue pour être liée par l'acte concerné, elle doit le notifier au Conseil et à la Commission européenne. Conformément à l'article 166 de la Constitution suisse, c'est à l'Assemblée fédérale que revient la compétence d'approuver l'échange de notes nécessaire à la reprise du développement Schengen, soumis par ailleurs à la possibilité d'un référendum facultatif au sens de l'article 141, lettre d, chiffre 3, de la Constitution suisse. Si un référendum est demandé, la Suisse dispose d'un délai de deux ans au maximum pour notifier la décision d'accepter ou non l'acte concerné. In casu, le Conseil a notifié l'adoption du règlement relatif à l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes le 22 septembre 2016, ce qui laisse à la Suisse un délai jusqu'au 22 septembre 2018 pour reprendre et mettre en œuvre le règlement. A ce jour, le Conseil fédéral a mandaté le Département fédéral des finances pour mener à bien une procédure de consultation au sein des divers milieux concernés, laquelle prendra fin le 27 janvier 2017.

L'acceptation par la Suisse du développement relatif aux garde-côtes et gardes-frontières engendrera pour la Suisse des conséquences financières. En effet, le but de ce nouvel instrument est de renforcer les moyens et missions de l'Agence, ce qui nécessitera une hausse proportionnelle des contributions. Selon les estimations, la Suisse dépensera en 2020 environ 14.2 millions d'euros, c'est-à-dire plus du triple de sa contribution en 2015. Cependant, étant donné que l'Agence s'occupera davantage de la gestion du flux migratoire et des retours forcés, il faudra s'attendre au final à des économies dans ce domaine.

Finalement, le règlement 2016/1624 institue un système opérationnel et de coordination, permettant une intervention rapide. La Suisse faisant partie de l'espace Schengen, elle a tout avantage à renforcer les frontières extérieures de cet espace, en adoptant les développements envisagés dans cet espace. Dans le cas contraire, le refus du nouvel acte pourrait, en dernier ressort et sous réserve d'une décision autre du Comité mixte, conduire à la fin de l'accord d'association de la Suisse à Schengen, au sens de l'article 7, paragraphe 4, AAS.

Alicja Zapadowska, « Vers un renforcement de l'espace Schengen : la Suisse, partie prenante », actualité du 28 novembre 2016, www.ceje.ch.

45. Dialogue entre les chambres fédérales sur la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration de masse

Fin septembre 2016, privilégiant la sauvegarde de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et des Bilatérales avec l'Union européenne, le Conseil national s'était prononcé en faveur d'une mise en œuvre « light » de l'article 121a de la Constitution fédérale (« initiative contre l'immigration de masse »). Il avait par ailleurs rejeté l'application d'éventuels quotas de permis de séjour proposée par le Conseil fédéral. Le 1er décembre 2016, le Conseil des Etats, se ralliant aux conclusions principales du Conseil national, a adopté le modèle d'application « light », tout en le renforçant quelque peu. Concrètement, les employeurs présents sur le territoire suisse seront dans l'obligation d'annoncer les postes vacants auprès des offices régionaux de placement (ORP), de convoquer les chômeurs inscrits en entretien, et enfin de justifier les potentiels refus en cas de recrutement de main d'œuvre à l'étranger. Toutefois, ces procédures ne s'appliqueront que dans des secteurs et des régions frappés par un taux de chômage supérieur à la moyenne, ce qui correspond, aux dires du concepteur du modèle, le député Philipp Müller (PLR/AG), à 1% des procédures de recrutements annuels.

Bien que le texte du Conseil des Etats implique moins d'administration que la gestion d'un système de contingents, une partie de la classe politique et les milieux économiques intéressés

ont estimé que les procédures à mettre en place constitueraient une charge administrative trop lourde à l'égard des employeurs, en particulier l'obligation de motiver les décisions de refus. Leurs demandes ont été entendues puisque, le 2 décembre 2016, la Commission des institutions politiques du Conseil national a décidé de supprimer cet élément de contrainte.

Néanmoins, la mise en œuvre de l'initiative contre l'immigration de masse reste encore longue et parsemée d'obstacles. D'une part, le projet étant actuellement aux mains du Conseil national, ce dernier a déjà apporté des modifications, le 5 décembre 2016, notamment en confirmant la suppression de l'obligation de motiver les décisions de refus pour les employeurs lors des procédures d'embauche. Dès lors, on devrait assister à des « va-et-vient » entre les deux Chambres jusqu'à l'obtention d'un accord sur le texte de mise en œuvre. D'autre part, lorsqu'une solution « light » avait été présentée au départ par le Conseil national, l'Union européenne avait considéré qu'une telle mesure pouvait constituer une violation de l'interdiction de discrimination prévue à l'article 2 ALCP à l'égard de ses ressortissants. La prochaine réunion du Comité mixte de l'ALCP, dont la date n'est pas encore connue, permettra de connaître la position de l'Union européenne sur les nouveaux développements dessinés par les Chambres fédérales quant à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution fédérale.

Finalement, aujourd'hui, une chose est sûre. Le Parlement suisse a démontré sa volonté de préserver les relations bilatérales avec l'Union européenne en choisissant une voie qui doit rester compatible avec l'ALCP.

David Trajilovic, « Dialogue entre les chambres fédérales sur la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration de masse », actualité du 8 décembre 2016, www.ceje.ch

46. Finalisation par les Chambres fédérales du texte pour la mise en œuvre de l'initiative contre l'immigration de masse

Le 1er décembre 2016, le Conseil des Etats avait proposé un modèle dit « light » quant à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution fédérale (« initiative contre l'immigration de masse »). Le 12 décembre, le Conseil national a mis un terme aux derniers débats et échanges en mettant sur la table un texte définitif. Le 16 décembre, les deux Chambres fédérales ont approuvé le texte final.

Ce projet de mise en œuvre du Conseil national a été légèrement modifié par rapport à celui du Conseil des Etats. A cet égard, on peut notamment mentionner la suppression de la mesure qui était controversée et qui visait à obliger les employeurs à justifier les refus d'embauche des chômeurs inscrits auprès des offices régionaux de placement suisses (ORP). Trois éléments se dégagent clairement du texte final.

Premièrement, le Conseil fédéral doit prendre des mesures visant à épuiser le potentiel de la main-d'œuvre présente en Suisse, en adoptant notamment des dispositions liées à la formation par exemple.

Deuxièmement, les employeurs auront l'obligation d'annoncer les postes vacants auprès des ORP suisses. Ces dernières devront ensuite sélectionner les candidats parmi les chômeurs inscrits, qu'ils soient ressortissants suisses ou d'un Etat membre de l'Union européenne. Ceux-ci seront ensuite convoqués par l'employeur pour un entretien ou un test d'aptitude. Enfin, les résultats de ces différents entretiens ou tests devront être communiqués auprès des ORP suisses, sans toutefois exiger de l'employeur qu'il se justifie en cas de refus des candidats. Les employeurs encourront jusqu'à CHF 40'000.- d'amende s'ils enfreignent leurs obligations. En revanche, cette procédure contraignante ne s'appliquera que pour des groupes de profession, des domaines d'activité ou des régions économiques (comme le Tessin, voire des cantons qui subissent de graves problèmes liés à la présence d'une forte main-d'œuvre venant de l'étranger)

enregistrant un taux de chômage supérieur à la moyenne. A l'inverse, le Conseil fédéral peut exempter l'application de cette procédure aux entreprises familiales.

Enfin, le troisième élément concerne la possibilité pour le Conseil fédéral de prendre des mesures supplémentaires en les soumettant au Parlement s'il est constaté que l'effet désiré n'est pas atteint. Néanmoins, ces mesures devront rester compatibles avec les accords internationaux conclus par la Suisse, particulièrement l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et les accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne.

Bien que le Conseil fédéral, et une partie de la classe politique, ont fait valoir que la solution finale s'écartait de la volonté populaire exprimée par cet article 121a Cst. féd, il n'en reste pas moins qu'une mise en œuvre stricte de cette disposition aurait conduit à une violation de l'ALCP et des accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne. Ainsi, la majorité au sein des Chambres fédérales n'a pas souhaité introduire de quotas pour les permis de séjour et a interprété la notion de « préférence nationale » comme un critère basé sur le lieu et non sur la nationalité (préférence indigène donc). Tous ces éléments devraient donc conduire à la sauvegarde des accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne, et permettent au Conseil fédéral de ratifier le protocole d'extension de l'ALCP à la Croatie, et à la Suisse de retrouver pleinement son statut d'Etat associé au programme-cadre de recherche Horizon 2020. Par ailleurs, la Commission européenne a déclaré que ce texte final « semble aller dans la bonne direction » et qu'elle analysera en détail ce projet dans les jours à venir.

Une autre bataille se joue en même temps : l'initiative, dit initiative « sortons de l'impasse ! Renonçons à rétablir des contingents (RASA) », qui doit être soumise à votation, vise à supprimer l'article 121a de la Constitution fédérale. Les initiants souhaiteraient éviter que des contingents de permis de séjour puissent être inscrits dans cette disposition constitutionnelle. De son côté, le Conseil fédéral devrait discuter dès le 16 décembre de la mise sur pied d'un contre-projet direct à cette initiative en proposant la voie suivante : garder l'article 121a dans la Constitution fédérale, mais en le complétant par un paragraphe qui prévoit que le Conseil fédéral aura la mainmise sur l'immigration en provenance de l'Union européenne dans le cadre des accords bilatéraux conclus avec celle-ci. En d'autres termes, l'idée est d'inscrire l'importance des bilatérales dans la Constitution fédérale. Toutefois, il n'y a pas encore d'entente collégiale concernant cette option au sein du gouvernement. Les parlementaires, quant à eux, sont partagés sur le principe d'un contre-projet. Certains estiment que ce dernier n'est pas nécessaire, car l'initiative devait de toute manière être mise en œuvre de manière conforme aux accords bilatéraux. D'autres au contraire pensent que le contre-projet pourrait donner au peuple le pouvoir de choisir entre la sauvegarde des bilatérales et les contingents de permis de séjour.

Au final, les initiants encouragent vivement les Chambres fédérales à soutenir un contre-projet. En effet, ils ont indiqué que si le contre-projet en préparation sera compatible avec les accords bilatéraux, et qu'il sera soumis en votation populaire, ils seraient prêts à retirer l'initiative RASA, ce qui éviterait de rendre caduc le texte final de la mise en œuvre de l'article 121a Cst. féd.

David Trajilovic, « Finalisation par les Chambres fédérales du texte pour la mise en œuvre de l'initiative contre l'immigration de masse », actualité du 19 décembre 2016, www.ceje.ch

* * *



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

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

www.ceje.ch