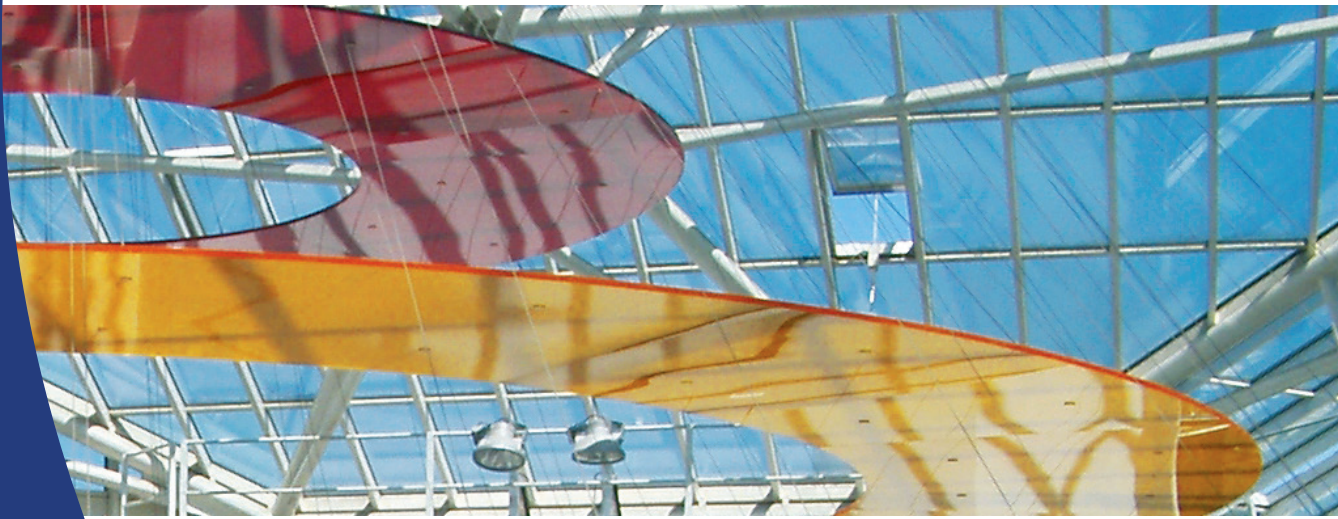


Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2012



Avant-propos

Les «actualités» du Centre, rédigées en français ou en anglais, offrent un éclairage spécialisé sur de nombreux aspects des développements récents du droit de l'Union européenne et des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne. Ces actualités sont mises en ligne sur le site du Centre, à l'adresse : www.ceje.ch.

Elles sont rédigées par des doctorants de l'Université de Genève et des chercheurs rattachés au Centre d'études juridiques européennes. L'édition 2012 contient les contributions de Ljupcho Grozdanovski, Clémentine Mazille, Michaela Nicola et Araceli Turmo (*doctorants à l'Université de Genève*), Christophe Bouillot et Anne Monpion (*docteurs en droit*) ainsi que Selma Gather et Marine Stücklin (*étudiantes à la Faculté de droit de l'Université de Genève*).

Une lettre d'information, réunissant les dernières actualités ainsi que les conférences organisées par le Centre, est envoyée électroniquement, tous les quinze jours, aux abonnés. L'inscription à cette lettre d'information se fait en ligne.



Décembre 2013

Christine KADDOUS

Professeur, chaire Jean Monnet *ad personam*

Directeur du Centre d'études juridiques européennes

Table des matières

I. Questions institutionnelles

| | | |
|----|---|---|
| 1. | Clarification of the Notion of National Legislative Act by the ECJ (2.3.2012) | 1 |
| 2. | La méconnaissance par le législateur de l'Union européenne de la portée de la convention d'Aarhus (11.7.2012) | 2 |
| 3. | Du recours à la comitologie dans le cadre de la surveillance des frontières maritimes de l'Union (10.9.2012) | 3 |
| 4. | Decision of the Federal Constitutional Court of Germany Regarding the ESM Treaty (19.9.2012) | 4 |
| 5. | EU Commission Takes a further Step towards a Federalization of the Eurozone (6.12.2012) | 6 |
| 6. | Annulation des délibérations du Parlement européen écourtant ses sessions à Strasbourg (20.12.2012) | 7 |

II. Droits fondamentaux, Charte et CEDH

| | | |
|-----|---|----|
| 7. | Le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement et ses limites (22.2.2012) | 10 |
| 8. | Le respect des droits de la défense, limite aux procédures juridictionnelles nationales (22.3.2012) | 11 |
| 9. | Le principe d'égalité de traitement appliqué aux ressortissants de pays tiers (7.5.2012) | 12 |
| 10. | Non-discrimination en fonction de l'âge et détermination de l'ancienneté des travailleurs (13.6.2012) | 13 |
| 11. | La règle suédoise «des 67 ans» et la discrimination en raison de l'âge (11.7.2012) | 14 |

III. Libre circulation des marchandises et des services

| | | |
|-----|---|----|
| 12. | The Court of Justice Confirms the Admissibility of Fair Trade Criteria in Public Procurement (16.5.2012) | 16 |
| 13. | Distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur en droit de l'Union européenne (2.7.2012) | 17 |

IV. Libre circulation des personnes, visas et asile

| | | |
|-----|---|----|
| 14. | The Court of Justice Clarifies the Rules on the Acquisition of the Right of Permanent Residence by Nationals of the New Member States (19.1.2012) | 19 |
| 15. | Interrogations sur le droit d'entrée d'un chef d'Etat sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne (13.3.2012) | 20 |
| 16. | Les atteintes sexuelles sur des mineurs, une raison impérieuse de sécurité publique au sens de la directive 2004/38 (30.5.2012) | 21 |
| 17. | L'accès à l'enseignement et le lien suffisant d'intégration dans un Etat membre d'accueil (20.6.2012) | 22 |
| 18. | Liberté de religion et statut de réfugié (13.9.2012) | 23 |
| 19. | Les conditions d'accueil exigées dans le cadre du système d'asile européen (3.10.2012) | 24 |

| | | |
|-----|---|----|
| 20. | Le bénéfice de tarifs de transport réduits et l'interdiction des discriminations (11.10.2012)..... | 25 |
| 21. | La fonction de chef d'Etat et la liberté de circulation garantie par le droit de l'UE (24.10.2012)..... | 27 |
| 22. | La contestation des actes administratifs définitifs rendue possible pour assurer l'effectivité des droits inhérents aux citoyens de l'Union européenne (28.10.2012)..... | 28 |
| 23. | La jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union européenne est-elle applicable en faveur des ressortissants d'Etats tiers ? (22.11.2012)..... | 29 |
| 24. | Précision de la portée de la notion d'affectation de la jouissance des droits qui découlent du statut de citoyen de l'Union européenne (11.12.2012)..... | 30 |

V. Libre circulation des capitaux et union économique

| | | |
|-----|---|----|
| 25. | Une union économique et monétaire renforcée : un instrument de solidarité au sein de la zone euro (11.1.2012)..... | 32 |
| 26. | Validité de la décision portant création du mécanisme de stabilité pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro (MES) (27.11.2012)..... | 33 |

VI. Propriété intellectuelle

| | | |
|-----|--|----|
| 27. | Etendue d'un refus d'enregistrement d'une marque en vertu de la directive 2008/95 (28.3.2012)..... | 37 |
| 28. | Confirmation par la Cour de justice du refus de l'OHMI d'enregistrer la marque communautaire demandée par Lindt & Sprüngli AG (7.6.2012)..... | 38 |
| 29. | The ECJ Upholds the Right to Sell Used Software Licences (4.7.2012)..... | 39 |

VII. Concurrence

| | | |
|-----|--|----|
| 30. | Clarification de la délimitation des compétences de la Commission européenne et des autorités nationales pour le traitement des ententes de portée internationale (15.2.2012)..... | 41 |
| 31. | Des précisions sur l'application de l'article 102 FUE aux entreprises chargées de missions de service universel (3.4.2012)..... | 42 |
| 32. | The Unlimited State Guarantee Enjoyed by La Poste Constitutes State Aid (30.9.2012)..... | 43 |
| 33. | La Commission peut agir en réparation du préjudice subi par l'Union européenne du fait d'infractions au droit européen de la concurrence (7.11.2012)..... | 44 |

VIII. Consommateurs et politique sociale

| | | |
|-----|--|----|
| 34. | Le rôle du juge national dans la garantie du droit aux congés payés (31.1.2012)..... | 46 |
| 35. | 'Unit-linked' Insurance Contracts Are Excluded from the Scope of Directive 85/577 (7.3.2012)..... | 47 |

IX. Relations extérieures de l'Union européenne

| | | |
|-----|--|----|
| 36. | Les activités aériennes et le système de l'Union européenne d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (26.1.2012)..... | 49 |
| 37. | Naturalisation et droit au regroupement familial (25.4.2012)..... | 50 |

| | | |
|-----|--|----|
| 38. | Droits fiscaux disproportionnés perçus par les Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2003/109 (accord CEE-Turquie) (25.5.2012) | 51 |
| 39. | L'alignement de la Cour EDH sur la jurisprudence Kadi de la CJUE dans l'arrêt Nada c. Suisse (19.9.2012) | 53 |
| 40. | Retrait rétroactif d'un titre de séjour dans le cadre de l'association CEE-Turquie (15.11.2012)..... | 56 |

X. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

| | | |
|-----|---|----|
| 41. | Compte rendu de la conférence de M. l'Ambassadeur Richard Jones au sujet «Relations between the European Union and Switzerland : have we reached a turning point ?» (25.5.2012) | 58 |
| 42. | Aéroport de Zurich. Signature d'un accord entre la Suisse et l'Allemagne (13.9.2012)..... | 58 |
| 43. | Proposition d'interprétation restrictive de l'ALCP à l'égard des frontaliers indépendants (1.11.2012)..... | 59 |
| 44. | La décision du Bundesrat allemand concernant l'accord fiscal germano-suisse (Rubik) (28.11.2012) | 61 |

* * *

I. Questions institutionnelles

1. *Clarification of the Notion of National Legislative Act by the ECJ*

The *Solvay* case (C-182/10), from February 16, 2012, is somewhat unusual as the European Court of Justice (the ECJ) is asked to clarify the criteria allowing the Belgian authorities to qualify a national act as 'legislative', not by virtue of Belgian Law, but within the meaning of Directive 85/337, on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, and the Aarhus Convention, on access to information, public participation in decision making and access to justice in environmental matters.

In 2008, the Wallon Parliament adopted a decree authorising a number of works on the Brussels airport and railway. These projects had been previously authorised by the administrative authorities. The decree merely ratified the administrative authorisations, giving them a legislative effect. By virtue of Belgian law, legislative acts such as the decree at issue, can only be subject to a review before the Constitutional Court. The review provided by the latter is less extensive than that of the Administrative Courts. Therefore, the decree enjoys a certain immunity with regard to the possibility to challenge its procedural and substantive lawfulness. An action was brought before the Belgian Constitutional Court, challenging the compliance of the decree with the Belgian Constitution, Article 9, paras 2-4, of the Aarhus Convention and Article 10 of Directive 85/337.

The referring court asked six questions to the ECJ, two of which shall be examined hereafter, namely the second and third questions. By its second question, the Belgian court essentially asks if the decree falls within the scope of Articles 2, par. 2, of the Aarhus Convention and 1, par. 5, of directive 85/337. By virtue of the former, the definition of 'public authority' does not include bodies or institutions acting in a legislative capacity. By virtue of the latter, the Directive does not apply to projects the details of which are adopted by a specific act of national legislation. By its third question, the referring court essentially asks if the Aarhus Convention and Directive 85/337 are to be interpreted as precluding the right to implement a project with the adoption of a legislative act for which the Law of a Member State provides no procedure allowing to challenge its procedural and substantive lawfulness.

With regard to the second question, the ECJ is asked to clarify the nature of the decree in order to determine whether it qualifies as a 'specific legislative act', thus falling out of the scope of the Directive, by virtue of Article 1, par. 5, of the latter. The Court emphasises that the stated Article lays down two conditions, namely, the details of the project to be adopted by a specific act of legislation and the achievement of the objectives of the Directive through a legislative process. With regard to the first condition, the Court considers that the legislative act must be sufficiently detailed, laying out all the elements of the project relevant to the assessment of its environmental impact. With regard to the second condition, the Court considers that the essential objective of the Directive is to ensure that all projects likely to have an impact on the environment are assessed, prior to the granting of the consent by the national authorities. In consequence, the legislature must have sufficient information at its disposal at the time when the project is adopted. It can thus take advantage of the information gathered during a prior administrative procedure. However, the existence of such a procedure cannot have the effect of enabling the adoption of a specific legislative act, in the sense of Article 1, par. 5, of the Directive. It is for the national Court to determine whether the conditions of stated Article have been met, while taking into account the content of the legislative act and the procedure that allowed its adoption. Therefore, a legislative act which merely ratifies a pre-existing administrative act and does not result from a substantive legislative process, cannot be considered as a specific act of legislation within the meaning of Article 1, par. 5, of the Directive.

In its response to the third question, the Court recognises that the Member States enjoy considerable procedural autonomy in implementing Article 9, par. 2, of the Aarhus Convention and Article 10 of Directive 85/337, while acting in compliance with the principles of equivalence and effectiveness. However, the Court considers that both the Convention and the Directive would lose all effectiveness if an environmental project is granted with the adoption of an act that, by virtue of the Law of a Member State, is immune to any procedure allowing to challenge its substantive and procedural lawfulness. The Court concluded on this point that if no such procedure is made available, any national Court before which an action is brought would have the task of carrying out the stated review. In the main proceeding, if the referring Court finds that the decree at issue does not satisfy the conditions of Article 1, par. 5, of Directive 85/337, and if Belgian Law provides no procedure allowing to challenge the lawfulness of the decree, the latter must be regarded as incompatible with the provisions of the Directive and the Aarhus Convention.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Grozdanovski Ljupcho, «Clarification of the Notion of National Legislative Act by the ECJ», www.ceje.ch, Actualité du 2 mars 2012.

2. La méconnaissance par le législateur de l'Union européenne de la portée de la convention d'Aarhus

Le Tribunal de l'Union européenne, dans un arrêt du 14 juin 2012, Stichting Natuur en Milieu (T-338/08), a eu l'occasion de rendre une décision particulièrement intéressante concernant l'application aux institutions et aux organes de l'Union des dispositions de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

En l'espèce, deux fondations de droit néerlandais, ayant pour objet la protection de l'environnement et la lutte contre l'emploi de pesticides chimiques, ont demandé à la Commission européenne de réexaminer le règlement n°149/2008 (règlement « *annexe* ») qu'elle avait adopté pour ajouter des annexes fixant les limites maximales de résidus (LMR) des produits figurant à l'annexe I du règlement n° 396/2005 du Parlement européen et du Conseil, du 23 février 2005, concernant les limites maximales applicables aux résidus de pesticides présents dans ou sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux d'origine végétale et animale (règlement « LMR »).

Ce réexamen était fondé sur l'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 6 septembre 2006, concernant l'application aux institutions et organes de l'Union européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

La Commission européenne a rejeté respectivement ces deux demandes dans deux décisions en indiquant que conformément au règlement précité, une demande de réexamen ne peut concerner qu'un « *acte administratif* » défini comme « *toute mesure de portée individuelle au titre du droit de l'environnement arrêté par une institution ou un organe communautaire et ayant un effet juridiquement contraignant et extérieur* ». Le règlement fixant les LMR étant applicable à tous les opérateurs du secteur de l'alimentation dans l'Union, les demandes de réexamen ont été déclarées irrecevables.

Les deux fondations ont attaqué les décisions devant le Tribunal, qui les a annulées aux termes d'un arrêt parfaitement motivé. A titre liminaire, il est intéressant de noter que le Tribunal a admis que le dépôt d'un mémoire complémentaire à la requête, avant l'expiration du délai de recours, est recevable.

Sur le fond, le Tribunal s'est rallié à l'argumentation de la Commission européenne concernant la nature du règlement « *annexe* » qui constitue une mesure de portée générale et non un acte individuel, puisque, au vu de son objet et de son contenu, il s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de la catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite, à savoir les opérateurs économiques qui fabriquent, cultivent, importent ou produisent des produits couverts par les annexes du règlement « *LMR* », ainsi que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques qui contiennent des substances visées dans ces annexes.

Dès lors, il n'entre pas dans le champ d'application des actes pouvant être réexaminés en vertu du règlement n°1367/2006, qui ne vise que les actes administratifs définis comme toute mesure de portée individuelle.

Mais cette restriction aux seuls actes individuels est-elle véritablement conforme à la convention d'Aarhus ? Suivant les conclusions des requérantes qui ont soulevé l'exception d'illégalité à l'encontre du règlement n°1367/2006, le Tribunal a considéré, après un examen scrupuleux des dispositions en cause, et notamment en se référant au guide d'application de la convention d'Aarhus établi pour le Centre régional pour l'Environnement de l'Europe centrale et orientale, que la notion d'« *acte* » au sens de cette convention ne peut être interprétée comme se référant uniquement aux actes de portée individuelle.

Par conséquent, le Tribunal a accueilli l'exception d'illégalité dirigée contre le règlement n°1367/2006 mettant en œuvre la convention d'Aarhus au sein de l'Union et a donc annulé les deux décisions prises par la Commission.

Cet arrêt invite donc implicitement le Parlement européen et le Conseil de l'Union à remédier à cette inconventionnalité en modifiant le règlement n°1367/2006. Dans l'intervalle, la Commission européenne ne pourra qu'accéder aux demandes de réexamen interne portant sur des actes environnementaux à portée générale.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Monpion Anne, «La méconnaissance par le législateur de l'Union de la portée de la convention d'Aarhus», www.ceje.ch, Actualité du 11 juillet 2012.

3. Du recours à la comitologie dans le cadre de la surveillance des frontières maritimes de l'Union

Dans un arrêt *Parlement c./ Conseil* du 5 septembre 2012, la Cour de justice a accueilli le recours formé par le Parlement européen, afin d'obtenir l'annulation de la décision 2010/252, visant à compléter le code frontières Schengen (ci-après CFS) en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence Frontex. Le Parlement a estimé qu'en ayant recours à une procédure de comitologie, plutôt qu'à la procédure législative ordinaire, la Commission avait excédé les compétences d'exécution que lui confère l'article 12, par. 5, du règlement CFS.

La décision a été adoptée dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle, prévue à l'article 5 bis de la seconde décision « *comitologie* » : la proposition de la Commission a été adoptée par le Conseil sans que le comité ne se soit prononcé, et sans que le Parlement ne s'y soit opposé. Le Conseil a donc soulevé une exception d'irrecevabilité, invoquant l'absence d'intérêt à agir d'une institution consultée dans le cadre de cette procédure, et qui aurait donc pu empêcher l'adoption de la décision attaquée. La Cour écarte cette exception, et rappelle sa jurisprudence constante, selon laquelle un requérant privilégié n'a pas à justifier d'un intérêt à agir pour former un recours en annulation (pt 37), même s'il a eu la possibilité de s'opposer à l'adoption de l'acte visé. L'existence d'un tel contrôle préalable, dans le cadre de la procédure de réglementation avec contrôle, « *ne saurait se substituer au contrôle juridictionnel* » (pt 40).

Concernant le bien-fondé du recours, la Cour de justice rappelle que l'adoption des règles essentielles dans une matière donnée est toujours réservée à la compétence du législateur, et relève donc de la réglementation de base (pt 64). Or, la détermination du caractère essentiel de chaque élément doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, contrairement à ce que soutenaient le Conseil et la Commission (pt 67). Dès lors que cette question ne relève pas de la seule appréciation du législateur, la Cour a recherché les caractéristiques essentielles des dispositions concernées du CFS et de la décision attaquée. Reprenant le raisonnement de l'avocat général Mengozzi, la Cour relève que le règlement ne contient pas de règles quant aux mesures que les garde-frontières peuvent mettre en œuvre à l'égard des personnes et navires appréhendés, mais que les parties I et II de l'annexe de la décision attaquée réglementent justement ces mesures. Elles prévoient notamment des mesures coercitives telles que la fouille, l'arrestation et la reconduite des personnes vers un État tiers, ainsi qu'une obligation de prêter assistance à tout navire ou toute personne en détresse en mer.

Or, l'adoption de mesures attribuant aux gardes-frontières de tels pouvoirs coercitifs, susceptibles d'interférer avec les droits de souveraineté d'États tiers, suppose des choix politiques que seul le législateur de l'Union peut opérer. Par ailleurs, ces pouvoirs permettent des ingérences significatives dans les droits fondamentaux des personnes concernées : l'intervention du législateur était donc nécessaire (pts 76-77). La Cour de justice a par conséquent annulé la décision 2010/252, le législateur de l'Union étant seul compétent pour adopter de telles dispositions. Ses effets sont cependant maintenus jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation destinée à la remplacer.

Cet arrêt permet une clarification bienvenue de l'étendue des compétences d'exécution de la Commission, au-delà même du domaine de la surveillance des frontières : l'adoption de règles nécessitant un choix politique suppose l'intervention du législateur (donc des garanties démocratiques suffisantes), et l'appréciation de la nécessité d'un tel arbitrage fait l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cette victoire remportée par le Parlement européen pourrait donc freiner le recours excessif à la réglementation par comitologie, du moins dans des domaines sensibles tels que le contrôle des frontières et la lutte contre l'immigration clandestine.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Turmo Araceli, « Du recours à la comitologie dans le cadre de la surveillance des frontières maritimes de l'Union », www.ceje.ch, Actualité du 10 septembre 2012.

4. Decision of the Federal Constitutional Court of Germany Regarding the ESM Treaty

In its decision of 12 September 2012, the Constitutional Court refuses the applications for the issue of a temporary injunction concerning the Treaty establishing the European Stability Mechanism. It thereby authorizes the ratification of the Treaty by the Federal Republic of Germany, however with certain provisos.

On 29 June 2012, the German Bundestag and the Bundesrat adopted three draft bills containing the approval of each an Act on the European Council Decision to amend Article 136 of the FEU Treaty with regard to a Stability Mechanism for Member States whose currency is the Euro, the Treaty establishing the European Stability Mechanism and an Act on the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union. These measures represent the peak of an ongoing political and legislative effort to create a permanent crisis management system since the application for financial aid of Greece in April 2010. Against the mentioned statutes, several constitutional complaints reached the Constitutional Court, in which the applicants submit the violation of, amongst others, Art. 38 para. 1, Art. 20 para. 1 and para. 2 in conjunction with Art. 79 para. 3 of the German Basic Law (GG). The complaints criticize that the German Bundestag takes on unforeseeable risks, deprives itself of its budget autonomy and

denounces the transfer of decision making power to a supranational level that in their view is no longer compatible with the principle of democracy.

The Constitutional Court takes into account the right to elect the German Bundestag (Art. 38 para. 1 GG) and the principle of democracy (Art. 20 para. 1 and para. 2 in conjunction with Art. 79 para. 3 GG, guaranteeing the identity of the German Constitution). Already in its Maastricht and Lisbon decisions as well as in its decision of 7 September 2011 concerning the Euro Rescue Package, the Court accepted complaints on the basis of Art. 38 GG in order to criticize the Parliament's deprivation of decision making power due to a transfer of responsibilities on the supranational (and most recently also intergouvernemental) level. According to the Court, Art. 38 para. 1 GG is violated if the Bundestag can no longer exercise its right to decide on the budget, which represents a fundamental part of the ability of a state to „democratically shape itself“, on its own responsibility. In particular, no permanent mechanisms may be created under international treaties which have as an effect the liability for decisions by free will of other states, especially if they entail consequences which are impossible to foresee. It is the Bundestag's *responsibility for integration* to make sure that it remains „the master of its (budgetary) decisions“. The principle of democracy further prescribes that the Bundestag always has to be supplied with the information needed to assess the consequences of its decisions. The Court has left open the question whether and how far the principle of democracy sets justiciable limits to the overall financial commitment of the Federal Republic. In the meanwhile, it makes clear that the standard of examination here is that of obvious evidence; there has to be a manifest overstepping of extreme constitutional limits to accept a violation. Beyond this threshold, it is for the legislature to decide what is necessary and justifiable.

After a summary review, the Federal Constitutional Court comes to the conclusion that neither the Act concerning the approval of the amendment of Art. 136 TFEU, nor the Act concerning the Treaty establishing the European Stability Mechanism, nor the Act approving the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union is incompatible with the requirements of the Articles of the Basic Law in question.

In specific, the Court states that Art. 136 TFEU does not remodel the Union to an extent that is incompatible with the principle of democracy as the Member States' budget autonomy remains untouched and the creation of a stability mechanism under Art. 136 para. 3 TFEU still depends on ratification by the Member States.

Concerning the Treaty establishing the European Stability Mechanism (TESM), the Court sees the constitutional requirements met with certain provisos. For one, it has to be ensured under international law while ratifying the Treaty that the amount of all payment obligations arising to the Federal Republic of Germany are limited to the amount stipulated in the TESM (190 billion €) and no higher payment obligations can be established without the agreement of the German Bundestag. This proviso mainly concerns the interpretation of Art. 8 para. 5 TESM, which contains the duty to make subsequent contributions in case of insolvency of a Member. To ensure the adequate information of the German Parliament at all times, Art. 32 para. 5, Art. 34 and 35 para. 1 TESM further have to be interpreted in a manner consistent with the GG. Only with these provisos, the German Bundestag's overall budgetary responsibility is safeguarded.

With regard to the amount of Germany's obligations limited to 190 billion € the Court also sees no extreme limits overstepped.

Likewise, the Court has no objections against the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union regarding Germany's overall budgetary responsibility. The provisions of the Treaty correspond with the brake of debt already inserted in the Basic Law and existing EU primary law. It thus contains no new competences for the EU and no irreversible commitment to specific material economic politics of the Member States.

The decision of the Federal Constitutional Court stands in line with its previous decisions concerning the European Union and its policies in the Euro crisis. The principles already set out in the Lisbon decision and put in concrete terms in the decision of 7 September 2011 were applied to once again warrant the participation and influence of the Bundestag and Bundesrat. However, although the Court decided to do a summary review instead of a simple assessment of consequences, which is usually the case with applications for the issue of a temporary injunction, the decision is not the landmark decision it was expected to be. Furthermore, the Constitutional Court refused to occupy itself with the question concerning the European Central Bank program to buy government bonds on the secondary market, which has been subject of an urgent appeal filed shortly before the decision. This problematic remains to be treated in the principal proceedings.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Selma Gather, «Decision of the Federal Constitutional Court of Germany Regarding the ESM Treaty», www.ceje.ch, Actualité du 19 septembre 2012.

5. EU Commission Takes a further Step towards a Federalization of the Eurozone

The European Commission set out its proposals for the future of the Eurozone in a Communication published on 30 November 2012. This “Blueprint for a deep and genuine economic and monetary union” clearly indicates the Commission’s preferred solution to the economic and institutional crisis currently affecting the single currency: a sharp increase in EU-level competences, leading up to a *de facto* federalization of the Euro area.

The Communication sets out possible reforms on the short, medium and long terms. In the first section, the Commission sets out its agenda for the next eighteen months. It calls for full implementation of the six-pack[1] and the European Semester, as well as the proposed two-pack[2] and Single Supervisory Mechanism[3], but warns that they will be insufficient, even in the short term. The Commission hopes for a quick agreement on the 2014-2020 Financial Framework, and will propose the creation of a “Convergence and Competitiveness Instrument” within the EU budget, to provide support for the implementation of structural reforms, on the basis of contractual agreements with individual Member States. Proposals will also be made to enhance external representation of the Euro area, with a focus on the IMF, which has played a crucial role in the current crisis. As a complement to the Single Resolution Mechanism, the Commission will make a proposal for a Single Resolution Mechanism, the next step towards a fully effective banking union, which would put a European Resolution Authority in charge of the restructuring and resolution of banks.

The next two sections set out the Commission’s proposals for institutional reforms within and beyond the next five years. In the medium term, the Commission argues for the establishment of further budgetary and economic coordination in the Euro area (all these reforms should, where possible, be open for participation by other Member States). Proposals include a proper fiscal capacity for the Euro area (i.e., revenues based on own resources and a capacity to borrow), Eurobills, and a European redemption fund (in reference to the proposals put forth by the German Council of Economic Experts). Regarding budgetary integration, the Commission proposes an obligation for Member States to revise national budgets or individual decisions of budget execution where they are found to be incompatible with EU law, and a clear competence for the EU level to harmonise national budgetary laws, along the lines of the Treaty on Stability, Coordination and Governance, with the ability to have recourse to the Court of Justice in case of non-compliance. Deeper coordination also appears necessary in the fields of taxation and employment. Some of these reforms would necessitate Treaty changes, although the Commission encourages use of the existing provisions wherever possible, since the two-pack already reaches the bounds of EU competences as set out in the Treaties as they stand.

The Blueprint also deals with the wider question of the future of the EU, and governance of the Euro area, and demonstrates a clear preference for the “two-speed Europe” solution, setting out possible institutional reforms which would apply only to the Euro area and other States on a voluntary basis. The main objective and “final stage” in the Economic and Monetary Union is the establishment of a full fiscal and economic union, together with a full banking union. This would involve a central, autonomous budget for the Euro area, providing for a stabilisation tool aimed at macroeconomic stabilisation. This would require Treaty amendments involving significant transfers of sovereignty, and would therefore also lead to further political integration and democratization at the European level. The last section deals with the issues of democratic legitimacy and accountability in a new, deepened Economic and Monetary Union. The Blueprint underlines on the problems which would arise if intergovernmental action of the Euro area were expanded, instead of relying on EU institutions such as the Parliament, and on cooperation with national parliaments.

The Communication can be viewed as one of the most significant contributions to the current debate concerning the future of the European Union, and the reforms which will allow it to solve its economic and institutional crisis. Unsurprisingly, the Commission offers a staunch defence of EU institutions and the “Community method”, as opposed to further intergovernmental solutions, paving the way for a federalization of a “hard core” of Member States. Although this document, which will be discussed by at the next European Council meeting, is a major contribution to the existing debate, its impact will depend on the political will of governments.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «EU Commission Takes a further Step towards a Federalization of the Eurozone», www.ceje.ch, Actualité du 6 décembre 2012.

6. Annulation des délibérations du Parlement européen écourtant ses sessions à Strasbourg

Aux termes de l'article 1^{er}, sous a), de la décision d'Edimbourg de 1992, qui a été reprise dans le protocole n° 6 annexé aux traités UE et FUE et le protocole n° 3 annexé au traité CEEA, le siège du Parlement, fixé à Strasbourg, constitue le lieu « où se tiennent les douze périodes de sessions plénières mensuelles, y compris la session budgétaire ». On se souvient que la Cour de justice, dans son arrêt du 1er octobre 1997 rendu à la suite d'un recours en annulation introduit par la France à l'encontre de la délibération du Parlement européen du 20 septembre 1995 fixant le calendrier de son travail pour l'année 1996, a consacré l'obligation de cette institution de tenir, à un rythme régulier, douze périodes de sessions plénières ordinaires, y compris celles au cours desquelles celle-ci doit exercer les pouvoirs budgétaires conférés par le traité.

Le 3 mars 2011, le Parlement européen a adopté deux projets de calendrier de travail pour les années 2012 et 2013. Aux termes de ces projets, le Parlement européen devait tenir deux sessions plénières durant le mois d'octobre de chaque année, à savoir du 1er au 4 octobre et du 22 au 25 octobre de l'année 2012, puis du 30 septembre au 3 octobre et du 21 au 24 octobre de l'année 2013. Ces projets étaient conformes à la pratique de l'institution, dans la mesure où l'absence de période de session plénière au cours du mois d'août devait conduire à l'aménagement de deux sessions plénières au cours d'un seul mois. A la suite de deux amendements proposés par le député européen, M. Fox, lesdits projets ont été modifiés. Ainsi, la première période de session plénière, respectivement, d'octobre 2012 et d'octobre 2013 a été supprimée, tandis que la seconde des mois concernés a été scindée en deux périodes distinctes. Par conséquent, les sessions plénières du mois d'octobre devaient avoir lieu durant la même semaine, à savoir, du 22 au 23 octobre et du 25 au 26 octobre de l'année 2012, ensuite du 21 au 22 octobre et du 24 au 25 octobre de l'année 2013.

La France, soutenue par le Luxembourg, conteste ces modifications, en soutenant que celles-ci seraient incompatibles avec les protocoles sur le siège des institutions, dans la mesure où l'une des douze périodes de sessions plénières mensuelles qui devaient se tenir chaque année à Strasbourg a été supprimée (aff. jtes C-237/11 et C-238/11). Dans ce contexte, elle fait notamment valoir que le Parlement européen, en réduisant la durée de la période de chacune des sessions concernées de quatre à deux jours, a privé lesdits protocoles de leur substance et a rompu le « *rythme régulier* » dans lequel les douze périodes de sessions plénières doivent être tenues, tel qu'il ressort de l'arrêt *France c. Commission* de 1997.

Le Parlement européen se réfère à son pouvoir d'organisation interne accordé par l'article 232 du traité FUE. Il considère que sa pratique antérieure relative à la durée des périodes de sessions plénières, consacrée par la décision d'Edimbourg de 1992, ne saurait le lier pour l'avenir, dans la mesure où son fonctionnement a subi des modifications, qui ont consisté en une augmentation progressive du nombre de réunions de ses commissions, ses activités s'exerçant désormais davantage au sein de ces dernières qu'au cours des séances plénières. Par ailleurs, il souligne les inconvénients économiques, environnementaux et de transport engendrés par la pluralité de ses lieux de travail et soutient que l'organisation de deux périodes de sessions plénières au cours d'une même semaine est susceptible de réduire l'impact de tels inconvénients. Enfin, il estime que la procédure budgétaire inscrite à l'agenda des sessions plénières concernées n'aurait qu'une durée réduite, ce qui justifierait le regroupement de ces sessions dans la même semaine.

La Cour de justice rejette tous les arguments du Parlement européen, en considérant que le calendrier prévu dans les délibérations attaquées pour les mois d'octobre 2012 et 2013 ne répond pas aux exigences établies par les protocoles sur les sièges des institutions. Elle relève premièrement que la durée de chaque session plénière a été, à la suite des amendements, réduite de plus de la moitié par rapport aux périodes de sessions plénières ordinaires. Il en résulte que les sessions plénières précitées ne sont pas, eu égard à leur durée, « *équivalentes* » aux autres périodes de sessions mensuelles ordinaires, contrairement à ce que la Cour de justice a établi dans l'arrêt *France c. Commission*. Troisièmement, quant à l'argument du Parlement européen tiré de son pouvoir d'organisation, la Cour de justice rappelle que l'exercice d'un tel pouvoir est subordonné au respect de la compétence des Etats membres quant à la fixation du lieu du siège de cette institution, telle que cette compétence a été concrétisée dans l'adoption de la décision d'Edimbourg. En se référant ensuite aux conclusions de l'avocat général Mengozzi, elle écarte l'argument du Parlement européen lié à l'augmentation de ses travaux en commissions, dans la mesure où celui-ci n'a pas démontré un lien entre une telle augmentation et une réduction de la durée des sessions plénières des mois d'octobre 2012 et 2013. Dans le même ordre d'idées, l'argument selon lequel la session budgétaire serait susceptible d'être clôturée en peu de temps ne saurait être accueilli puisqu'il se heurte, selon la Cour de justice, à l'importance d'une telle session, dont l'exercice en séance plénière constitue « *un moment fondamental à la vie démocratique de l'Union européenne* » permettant aux citoyens de cette dernière de « *prendre connaissance des diverses orientations politiques exprimées, et de ce fait, de se former une opinion politique sur l'action de l'Union* ». En se référant, enfin, aux inconvénients et aux coûts engendrés par la pluralité des lieux de travail du Parlement, la Cour de justice estime qu'il appartient aux Etats membres d'y remédier dans l'exercice de leur compétence de fixer le siège des institutions.

En rendant cet arrêt, la Cour de justice renforce les « *contraintes* » qui s'imposent au Parlement européen dans l'organisation de ses travaux. De ce point de vue, elle va au-delà des termes de la décision d'Edimbourg, laquelle se borne à fixer le siège de cette institution et le nombre de périodes de sessions plénières mensuelles.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Annulation des délibérations du Parlement européen écourtant ses sessions à Strasbourg », www.ceje.ch, Actualité du 20 décembre 2012.

II. Droits fondamentaux, Charte et CEDH

7. *Le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement et ses limites*

Le droit d'accès du public aux informations en matière d'environnement détenues par les autorités publiques est consacré par différents instruments juridiques du droit de l'Union européenne, relevant tant des sources externes (la *convention d'Aarhus*), que des sources internes (la *directive 2003/4*). La directive 2003/4 établit comme règle générale la divulgation des informations environnementales, tout en permettant aux Etats membres d'y apporter des limites. L'arrêt de la Cour de justice rendu en grande chambre, le 14 février 2012, vient préciser ces limites.

Saisie d'un litige opposant un fabricant de verre (*Flachgas*), qui participe à l'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, au Ministère fédéral allemand de l'Environnement, au sujet du refus de ce dernier de fournir des informations relatives à la procédure législative d'adoption de la loi nationale sur l'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2005 à 2007, ainsi qu'à la mise en œuvre de celle-ci, la Cour administrative fédérale a adressé à la Cour de justice deux questions préjudicielles sur l'interprétation de la directive 2003/4. Par la première de ces questions, la juridiction de renvoi visait à savoir si les ministères entrent dans la catégorie des autorités publiques dispensées de l'obligation d'information en vertu de l'article 2, point 2, alinéa 2, phrase 1, de la directive 2003/4. Par la seconde question, la Cour de justice était invitée à déterminer dans quelles conditions les autorités publiques pourraient se prévaloir d'un motif de refus d'accès aux informations environnementales tiré de la *confidentialité des délibérations des autorités publiques*, au regard de l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, sous a), de la directive 2003/4.

Dans sa réponse à la première question préjudicielle, la Cour de justice rappelle d'abord que l'article 2, point 2, alinéa 2, phrase 1, de la directive 2003/4 autorise expressément les Etats membres à exclure du champ d'application de ladite directive les « *organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs législatifs* ». Une telle dérogation s'inscrit d'ailleurs dans la ligne de la convention d'Aarhus, dont l'article 2, paragraphe 2, prévoit que l'expression « *autorités publiques* » visée par la convention « *n'englobe pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs* ». La Cour de justice retient une interprétation large de l'article 2, point 2, alinéa 2, phrase 1, de la directive 2003/4, ayant vocation à y englober les ministères qui, « *en vertu du droit national, ont la charge de préparer les projets de loi, de les présenter au Parlement et de participer à la procédure législative* ». Selon la Cour de justice, l'autorisation des Etats membres de faire usage de la faculté prévue audit article à l'égard de leurs ministères, afin de refuser l'accès du public aux informations environnementales relevant d'une procédure législative à laquelle lesdits ministères participent, est justifiée par la nécessité d'assurer un bon déroulement de la procédure d'adoption des lois. Cependant, ladite faculté ne saurait être mise en œuvre une fois que la procédure législative en cause est terminée, puisqu'à partir de ce moment, le refus lié à la transmission d'informations environnementales n'apparaît plus justifié.

S'agissant de la deuxième question préjudicielle, la Cour de justice rappelle que les autorités des Etats membres peuvent, à la lumière de l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, sous a), de la directive 2003/4, se prévaloir de la confidentialité des délibérations pour refuser une demande de transmission d'informations environnementales, sous la condition que cette confidentialité soit « *prévue en droit* ». Cette condition correspond à l'exigence prévue à l'article 4, paragraphe 4, de la convention d'Aarhus, aux termes duquel le secret des délibérations doit être « *prévu par le droit interne* ». Selon la Cour de justice, l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1, sous a), de la directive 2003/4 impose l'existence dans le droit national d'une « *règle explicite* », qui établisse clairement la portée de la notion de « *délibérations* ». S'il n'est pas nécessaire que l'ensemble des conditions

de mise en œuvre de ce motif de refus soit déterminé dans le détail, les autorités publiques ne sauraient déterminer unilatéralement les circonstances dans lesquelles la confidentialité est opposable. Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice considère qu'il incombe à l'autorité publique concernée de procéder pour chaque cas particulier à une mise en balance des intérêts en présence, avant qu'une demande de transmission d'informations environnementales ne soit refusée pour des motifs liés à la confidentialité des délibérations.

Cet arrêt a le mérite de préciser la portée des exceptions relatives à la divulgation d'informations environnementales, en favorisant le maintien d'un juste équilibre entre les intérêts en jeu. Ainsi, si le droit d'accès d'information du public ne l'emporte pas sur l'impératif de préserver la procédure législative des Etats membres, les autorités publiques ne pourront invoquer la confidentialité des délibérations pour refuser l'accès aux informations détenues qu'en respectant les critères établis par la Cour de justice.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement et ses limites », www.ceje.ch, Actualité du 22 février 2012.

8. Le respect des droits de la défense, limite aux procédures juridictionnelles nationales

L'importance du respect des droits de la défense dans le droit international privé de l'Union européenne fait l'objet de l'arrêt G., rendu par la Cour de justice le 15 mars 2012 (aff. C-292/10).

Mme G., ressortissante allemande, a saisi le juge allemand d'une action contre un propriétaire d'un nom de domaine qui a publié des photos de la requérante sur son site internet, sans l'accord préalable de celle-ci. Les informations légales sur ce site indiquent comme adresse postale du défendeur un domicile aux Pays-Bas. Or, les autorités compétentes ont confirmé qu'il ne figure dans aucun registre néerlandais. En l'absence d'indices concluants sur la résidence du défendeur, l'acte introductif d'instance a été rendu public au moyen d'affichage d'un avis, conformément au code de procédure civile allemand. Cet acte indiquait le délai pendant lequel le défendeur devait faire connaître s'il est disposé à se défendre. Il n'a pas réagi. En l'absence de moyens permettant de connaître avec certitude le domicile de ce dernier, la juridiction allemande a considéré qu'il y a violation de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux dans la mesure où les parties au litige seraient ainsi privées d'un recours juridictionnel effectif. Le juge allemand a alors posé onze questions préjudicielles à la Cour de justice. Les trois premières concernent, en substance, le point de savoir si le droit de l'Union européenne a vocation à s'appliquer dans l'affaire au principal. Les autres questions préjudicielles visent essentiellement l'application du règlement n° 44/2001 dans l'hypothèse où le domicile du défendeur n'est pas connu.

En premier lieu, la Cour de justice a répondu à la quatrième question préjudicielle qui porte sur l'application du règlement n° 44/2001 dans le cas où le défendeur est probablement un citoyen de l'Union, mais se trouve à un lieu inconnu. Compte tenu de cette circonstance, la juridiction de renvoi demande à la Cour si le cas d'espèce devrait être régi uniquement par les règles procédurales allemandes. La Cour de justice a considéré que le règlement n° 44/2001 doit s'appliquer dans l'affaire au principal pour assurer le respect de l'impératif de sécurité juridique. Les règles procédurales nationales seraient applicables seulement lorsque les juridictions d'un Etat membre disposent d'indices probants démontrant à suffisance que le défendeur est en effet domicilié en dehors du territoire de l'Union. Or, la juridiction de renvoi ne dispose pas de tels indices.

En second lieu, la Cour examine la troisième question préjudicielle qui porte, en substance, sur la compatibilité avec le règlement n° 44/2001 d'un jugement rendu par défaut par le juge d'un Etat membre, en présence d'une difficulté objective de connaître le lieu de résidence du défendeur. Sur ce point, la Cour rappelle que la finalité dudit règlement n'est pas d'unifier les règles procédurales des Etats membres de l'Union mais d'établir une règle de conflit permettant de désigner la

juridiction compétente et le droit applicable aux différends en matière civile et commerciale. Dès lors, une juridiction d'un Etat membre peut mener une procédure à l'encontre d'une personne dont le domicile n'est pas connu, dans la mesure où les dispositions du règlement n° 44/2001 ne s'y opposent pas. Toutefois, la Cour souligne que l'ensemble de ces dispositions « *expriment l'intention de veiller à ce que, dans le cadre des objectifs [du règlement], les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires se déroulent dans le respect des droits de la défense* » (pt 47). Dès lors, la juridiction compétente d'un Etat membre doit sursoir à statuer, tant qu'il n'est pas établi que le défendeur a pris connaissance de l'acte introductif d'instance, lui permettant de se défendre efficacement. La Cour s'est aussi référée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'accès à la justice au sens de l'article 6 de la CEDH. Elle a estimé que ni la Convention ni la Charte ne s'opposent à un jugement par défaut, à condition que l'acte introductif d'instance fasse l'objet d'une publication.

Enfin, la juridiction de renvoi demande si un jugement rendu par défaut peut être certifié en tant que titre exécutoire au sens du règlement n° 805/2004. La Cour a refusé d'admettre qu'un tel jugement puisse être certifié, tant que le lieu de résidence du défendeur n'est pas établi avec certitude, et tant que ce dernier n'a pas pu exercer son droit à la défense.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Grozdanovski Ljupcho, «Le respect des droits de la défense, limite aux procédures juridictionnelles nationales», www.ceje.ch, Actualité du 22 mars 2012.

9. Le principe d'égalité de traitement appliqué aux ressortissants de pays tiers

L'intégration des ressortissants de pays tiers, résidents de longue durée sur les territoires des Etats membres de l'Union, est l'objectif principal de la directive 2003/109, qui a été mis en exergue dans l'arrêt *Kamberaj*, rendu en grande chambre, le 24 avril 2012 (aff. C-571/10).

M. Kamberaj est un ressortissant albanais qui réside et travaille dans la commune italienne de Bolzano depuis presque vingt ans. Pendant dix ans, il bénéficiait d'une aide au logement. En 2010, sa demande d'aide a été rejetée en raison de l'épuisement du budget destiné à alimenter les fonds d'aides pour les ressortissants de pays tiers, résidents dans ladite commune. M. Kamberaj a contesté la décision de rejet, faisant valoir une discrimination sur la base de la nationalité. Il considère qu'une législation provençale, comme celle dans l'affaire au principal, est incompatible avec les directives 2000/43, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, et 2003/109, dans la mesure où les ressortissants de pays tiers, résidents dans la commune de Bolzano, sont traités moins favorablement que les citoyens de l'Union européenne dans la même situation. En effet, la loi provençale prévoit que pour bénéficier d'une aide au logement, les citoyens de l'Union, italiens ou non, doivent justifier d'une résidence de cinq ans et produire une déclaration d'appartenance à l'un des trois groupes linguistiques de ladite commune, alors que les ressortissants de pays tiers sont dispensés de cette formalité. En revanche, ceux-ci doivent avoir résidé depuis cinq ans et exercé une activité professionnelle depuis au moins trois ans pour pouvoir bénéficier d'une aide au logement. Les autorités communales soutiennent que la répartition des aides au logement est faite proportionnellement aux trois groupes linguistiques dans la commune, dans le respect du principe constitutionnel de protection des minorités linguistiques.

Le juge italien a saisi la Cour de justice de l'Union européenne, sur le fondement de l'article 267 du traité FUE, et a posé sept questions préjudicielles. Dans ses trois premières questions, il demande à la Cour si le principe de primauté, la Convention EDH et la Charte des droits fondamentaux ainsi que les directives 2000/43 et 2003/109 s'opposent à une législation, nationale ou régionale, qui prévoit que le bénéfice de prestations, comme les aides au logement, soient soumis à un critère de nationalité. Les autres questions portent, en substance, sur la compatibilité avec le droit de l'Union de deux aspects de la législation en cause dans l'affaire au

principal. Premièrement, la condition de résidence depuis au moins cinq ans, applicable à la fois aux citoyens de l'Union et aux ressortissants des pays tiers ; deuxièmement, la soumission du bénéficiaire de l'aide au logement à une déclaration d'appartenance à l'une des trois groupes linguistiques de la commune de Bolzano, pour les citoyens de l'Union, et à l'exercice d'une activité professionnelle depuis au moins trois ans, pour les ressortissants de pays tiers.

La Cour de justice a jugé irrecevable la question relative à l'obligation des citoyens de l'Union, italiens ou non, de remplir une déclaration d'appartenance à l'une des trois communautés linguistiques, en estimant que cet élément serait pertinent si une différence de traitement avait été alléguée entre les ressortissants italiens et les ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne. Or, dans l'affaire au principal, la comparaison qui doit être effectuée pour examiner la différence de traitement est celle entre les citoyens de l'Union, résidents depuis cinq ans dans la commune de Bolzano, et les ressortissants de pays tiers dans la même situation, ayant obtenu le statut de résident de longue durée sur le fondement de la directive 2003/109. La Cour a en effet constaté une différence de traitement entre ces deux catégories de résidents. Elle souligne, toutefois, qu'aux termes de l'article 11, paragraphe 4, de la directive 2003/109, les Etats membres peuvent limiter l'application du principe d'égalité de traitement aux « *prestations essentielles* », destinées à couvrir le revenu minimal de subsistance, l'aide en cas de maladie ou de grossesse et les soins de longue durée. Elle estime qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si, d'une part, le requérant dans l'affaire au principal est titulaire du statut de résident de longue durée, et d'autre part, s'il peut prétendre au bénéfice des aides énoncées à l'article 11 de la directive 2003/109 (pt 68). Toutefois, elle rappelle que l'objectif de la directive est l'intégration des ressortissants de pays tiers qui résident légalement et durablement dans les Etats membres de l'Union européenne. En outre, au sens de l'article 34, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, ces derniers doivent assurer une existence digne aux résidents qui ne disposent pas de ressources suffisantes. Dès lors que l'aide dans l'affaire au principal correspond à la finalité énoncée dans ledit article, il convient de considérer qu'elle entre dans l'une des catégories de prestations essentielles de l'article 11, paragraphe 4, de la directive 2003/109 (pt 92).

La présente affaire illustre le fait que le respect des dispositions de la Charte des droits fondamentaux pose une limite à la marge d'appréciation dont disposent les Etats membres en vertu du droit de l'Union européenne. En ce sens, la Cour a clairement précisé, dans cette affaire, que les objectifs énoncés à l'article 34 de la Charte, notamment celui d'assurer une existence digne à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, *encadrent* le pouvoir des Etats membres de déterminer les « *prestations essentielles* » dont les ressortissants de pays tiers pourraient bénéficier, conformément aux dispositions de la directive 2003/109.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Le principe d'égalité de traitement appliqué aux ressortissants de pays tiers », www.ceje.ch, Actualité du 7 mai 2012.

10. Non-discrimination en fonction de l'âge et détermination de l'ancienneté des travailleurs

L'affaire *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt* (C-132/11) a offert à la Cour de justice une nouvelle opportunité de préciser la portée de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Cet arrêt du 7 juin 2012 a été rendu suite à une question préjudicielle posée par une juridiction autrichienne, dans le cadre d'un litige opposant une compagnie aérienne à son comité d'entreprise.

La convention collective applicable au personnel navigant commercial de cette compagnie limite en effet la prise en compte de l'ancienneté à l'expérience acquise en son sein, à l'exclusion de celle, matériellement identique, acquise dans d'autres compagnies aériennes appartenant au même groupe. L'ancienneté étant déterminante pour le passage d'une catégorie d'emplois à la catégorie

supérieure, cette limitation affecte nécessairement la rémunération des salariés. La juridiction nationale a considéré qu'il pouvait s'agir d'une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs plus âgés, contraire à la directive 2000/78, ainsi qu'à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, et au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge.

La Cour de justice a estimé que la directive 2000/78, qui concrétise ce principe dans le domaine de l'emploi et du travail, était bien applicable à une situation telle que celle en cause au principal. En revanche, elle a considéré qu'une telle clause n'instaure pas une différence de traitement fondée sur l'âge. En effet, le critère fixé par une telle disposition est la date de recrutement, et n'est donc pas indissociablement ni indirectement lié à l'âge des salariés. Le fait que son application puisse avoir pour conséquence de retarder l'avancement de certains membres du personnel, ayant acquis une première expérience dans une autre entreprise du groupe, est sans incidence à cet égard.

Une clause, intégrée à une convention collective, qui s'appuie sur le nombre d'années d'expérience accomplies dans une même entreprise plutôt que sur le total des années passées au sein du même groupe, n'est donc pas contraire à la directive 2000/78, ni, par conséquent, au principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Cette solution, attendue, permet néanmoins de clarifier la distinction nécessaire entre les clauses fondées sur l'âge, et sur l'ancienneté, des travailleurs. C'est bien cette distinction sur laquelle la Cour de justice a souhaité insister, en rejetant la prémisse sur laquelle reposait le renvoi préjudiciel.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «Non-discrimination en fonction de l'âge et détermination de l'ancienneté des travailleurs», www.ceje.ch, Actualité du 13 juin 2012.

11. La règle suédoise «des 67 ans» et la discrimination en raison de l'âge

La Cour de justice de l'Union européenne a déjà interprété la directive 2000/78 et considéré qu'elle ne s'opposait pas à des législations de certains Etats membres de l'Union européenne qui prévoyaient des conditions spécifiques de prolongation ou de cessation des contrats de travail conclus avec des travailleurs âgés, une fois que ceux-ci avaient atteint un certain âge (*Mangold*, aff. C-144/04, *Georgiev* affs jtes C-250/09 et C-268/09, *Fuchs et Köhler*, affs jtes C-159/10 et C-160/10). L'arrêt *Hörnfeldt* (aff. C-141/11), rendu le 5 juillet 2012, confirme cette ligne jurisprudentielle.

Depuis 1989, M. Hörnfeldt a été engagé en tant qu'agent des services postaux suédois par une série de contrats à temps partiel. En 2009, son dernier contrat a été mis à terme en raison du fait qu'il a atteint l'âge de 67 ans. En effet, la législation suédoise fixe l'âge pour le départ à la retraite à 65 ans, mais prévoit une dérogation dite «*la règle des 67 ans*» en vertu de laquelle, les travailleurs ont la possibilité d'exercer une activité professionnelle jusqu'à l'âge de 67 ans, afin d'augmenter le montant de la pension de retraite. Toutefois, une fois cet âge atteint, l'employeur est en droit de mettre unilatéralement fin au contrat de travail. M. Hörnfeldt conteste la rupture de son contrat devant les juridictions suédoises et soutient que la règle des 67 ans opère une discrimination en raison de l'âge. La juridiction de renvoi a alors posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice : la première porte sur le caractère discriminatoire de ladite règle et la seconde sur le caractère nécessaire de celle-ci.

La Cour de justice considère que la cessation *automatique* des engagements des travailleurs âgés de 67 ans constitue une différence de traitement qualifiable de discrimination en raison de l'âge. Toutefois, elle souligne qu'au sens de l'article 6, paragraphe 1, alinéa 1, de la directive 2000/78, une telle différence de traitement est autorisée lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée et lorsqu'elle poursuit, de manière proportionnée, un objectif légitime en matière de politique d'emploi. Or, ladite loi vise, en substance, à permettre aux travailleurs âgés d'améliorer le montant de leurs pensions de retraite ainsi qu'à compenser le manque de main-d'œuvre dans

certaines professions. En outre, la Cour de justice a déjà jugé que la cessation automatique des contrats de travail une fois qu'un certain âge est atteint constitue un usage habituel dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, et a pour finalité de promouvoir l'accès à l'emploi des jeunes (*Georgiev* affs jtes C-250/09 et C-268/09, *Fuchs et Köhler*, affs jtes C-159/10 et C-160/10). Dès lors, la Cour estime que la règle des 67 ans poursuit des objectifs qui permettent de justifier, *objectivement et raisonnablement*, une différence de traitement fondée sur l'âge (pt 30).

En ce qui concerne le caractère strictement nécessaire de la règle des 67 ans, la Cour de justice soutient qu'au sens de l'arrêt *Rosenbladt* (aff. C-45/09), celle-ci tient suffisamment compte des circonstances du travailleur concernant notamment la compensation financière qui sera perçue par l'intéressé une fois que son contrat de travail est mis à terme.

Par conséquent, la directive 2000/78 ne s'oppose pas à une législation nationale qui contient une règle comme celle des 67 ans, à condition d'être justifiée et proportionnée.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « La règle suédoise 'des 67 ans' et la discrimination en raison de l'âge », www.ceje.ch, Actualité du 11 juillet 2012.

III. Libre circulation des marchandises et des services

12. The Court of Justice Confirms the Admissibility of Fair Trade Criteria in Public Procurement

The Court of Justice recently gave some important clarifications regarding the use of fair trade criteria in public procurement. In its judgment in Case C-368/10, *European Commission v The Netherlands*, the Court had to examine the alleged infringement, by the Netherlands, of several provisions of Directive 2004/18 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

The infringement procedure was initiated after the province of North Holland published a contract notice for the supply and management of coffee dispensing machines. The notice emphasized a desire to increase the use of organic and fair trade products in these machines, and the criteria established in the call for tenders referred specifically to the Max Havelaar and EKO labels. The Commission alleged infringement of the Directive, mainly on the grounds that technical specifications and award criteria should not require that the products to be delivered bear such labels.

The Court of Justice made a distinction between eco-labels, which are environmental characteristics and may be included in the technical specifications under Article 23 of Directive 2004/18, and fair trade labels, which it regards as conditions for the performance of the contract (Article 26). It therefore rejected the Commission's complaint in that regard, but did indicate that "to require that the tea and coffee to be supplied must come from small-scale producers in developing countries, subject to the trading conditions favourable to them, falls within those conditions". Fair trade may therefore be a criterion for the performance of public procurement contracts. However, the use of specific labels in calls for tenders, without providing the detailed specifications they stand for, is contrary to Article 23.

Environmental and social characteristics, such as those underlying the EKO and Max Havelaar labels, may also be part of the award criteria, so long as they refer to the goods to be supplied themselves, and not to the general purchasing policy of the tenderers. However, although specific labels may be referred to, in order to create a presumption that the products bearing them comply with certain characteristics, the contracting authorities must allow for other means of proof. In the choice of the most economically advantageous tender, granting points to certain products bearing these labels, instead of listing the criteria underlying them, is precluded by the Directive.

Other infringements resulted from the use of criteria of sustainability of purchases and socially responsible business as a minimum level of technical capacity, not authorized under the exhaustive list provided in Article 48 of the Directive, and from the failure to comply with the obligation of transparency provided for in Article 2. This was due to the reference, by the province, to general criteria that did not allow tenderers to know whether they met the requirements, nor indicate precisely what information they should provide.

Although the Court of Justice found that the Netherlands had failed to fulfil its obligations under Directive 2004/18, this ruling is an encouraging sign, clearly confirming that fair trade may be supported through public procurement, in a similar way to organic agriculture, both through the specifications given in a call for tenders, and through the choice of award criteria. Contracting authorities wishing to do so must, however, use detailed specifications rather than refer to specific labels.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «The Court of Justice Confirms the Admissibility of Fair Trade Criteria in Public Procurement» , www.ceje.ch, Actualité du 16 mai 2012.

13. Distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur en droit de l'Union européenne

La directive 2001/29 visant à harmoniser la protection juridique du droit d'auteur et des droits connexes prévoit à son article 4 le droit des auteurs d'autoriser ou d'interdire toute forme de «distribution au public» de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci. Dans l'arrêt C-5/11, la Cour de justice s'est prononcée sur la question de savoir si une procédure pénale engagée par les autorités allemandes pour atteinte au droit de distribution de l'auteur au sens de ladite disposition constitue une restriction à la libre circulation des marchandises garantie à l'article 34 du traité FUE.

Installée à Bologne, la société *Dimensione* s'occupe de la vente des reproductions d'objets d'ameublement et de design de créateurs renommés. De telles reproductions ont été offertes à la vente à des clients résidant en Allemagne au moyen d'annonces et de prospectus insérés dans des magazines, d'envois postaux nommément adressés à leur destinataire et d'un site Internet allemand. Quant au transport des reproductions vers l'Allemagne, *Dimensione* recommandait l'entreprise de transport italienne *Inspem*, dont M. Donner, ressortissant allemand, était le gérant. Celui-ci a été condamné par le *Landgericht München II* pour complicité d'exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, en application des dispositions de la loi nationale sur le droit d'auteur et les droits voisins ainsi que du code pénal allemand, au motif que les reproductions d'objets d'ameublement soumis à la vente en Allemagne y étaient protégés par le droit d'auteur.

Dans ses questions préjudicielles adressées à la Cour de justice, le *Bundesgerichtshof* s'interroge d'abord sur la notion de «distribution au public», contenue à l'article 4 de la directive 2001/29. La réponse à cette question a, en l'espèce, une importance significative, dans la mesure où, du point de vue du droit privé allemand, la propriété des objets vendus par *Dimensione* avait été transférée aux clients allemands en Italie et, dans cet Etat membre, les copies d'œuvres concernées n'étaient pas, à l'époque des faits, protégées par le droit d'auteur où cette protection ne pouvait pas, en application de la jurisprudence italienne, être opposée utilement aux fabricants qui les reproduisaient et/ou les commercialisaient. En deuxième lieu, la Cour fédérale allemande vise à savoir si l'application des règles du droit pénal national pour complicité de distribution sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur est susceptible de constituer une restriction injustifiée à la libre circulation des marchandises.

La Cour de justice commence par rappeler que les textes du droit de l'Union européenne doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, notamment, lorsque lesdits textes visent à mettre en œuvre un accord international conclu par l'Union. Dans cette perspective, la notion de «distribution au public», figurant à l'article 4 de la directive 2001/29 doit être interprétée comme ayant la même signification que l'expression «mise à la disposition du public [...] par la vente», énoncée à l'article 6, paragraphe 1, du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur. D'autre part, l'interprétation de ladite notion ne saurait dépendre de la loi nationale applicable aux transactions dans le cadre desquelles une distribution a lieu. Dans le cadre d'une vente transfrontalière donnant lieu à une «distribution au public», un commerçant est responsable de toute opération réalisée par lui-même ou pour son compte par un tiers, lorsqu'il a spécifiquement ciblé le public de l'Etat de destination et lorsqu'il ne pouvait pas ignorer les agissements du tiers en cause. Selon la Cour de justice, des éléments caractérisant la vente des copies réalisée par *Dimensione* en Allemagne, tels que l'existence d'un site Internet en langue allemande, le contenu et les voies de distribution du matériel publicitaire et la coopération mise en place avec *Inspem*, en vue des livraisons des copies

concernées à destination de l'Allemagne, peuvent constituer des indices concrets d'une telle activité ciblée, ayant donné lieu à une «*distribution au public*», au sens de l'article 4 de la directive 2001/29.

S'agissant de la question de savoir si l'interdiction, pénalement sanctionnée, de la distribution en Allemagne des copies réalisée par *Dimensione* peut être justifiée à la lumière de l'article 36 du traité FUE visant la protection de la propriété industrielle et commerciale, la Cour de justice y répond par l'affirmative. A cet égard, elle rappelle le principe selon lequel le titulaire d'un droit d'auteur ne peut plus s'opposer à la libre circulation de son œuvre sur le territoire de l'Union européenne, lorsque celle-ci a été mise sur le marché d'un Etat membre avec son consentement. Il en va toutefois différemment lorsque la mise sur le marché résulte non pas du consentement du titulaire du droit d'auteur, mais de l'expiration de son droit dans un Etat membre particulier. En l'espèce, tel est le cas. Comme la Cour de justice le souligne, la restriction en question repose sur la disparité, dans les différents Etats membres, non pas des normes juridiques en vigueur, mais des conditions pratiques de protection des droits d'auteur respectifs. En se référant aux conclusions de l'avocat général Jääskinen, la Cour de justice conclut que la restriction à la libre circulation des marchandises résultant de l'application des mesures de droit pénal peut être considérée comme nécessaire et proportionnée pour protéger l'objet spécifique du droit d'auteur, lequel confère notamment le droit exclusif d'exploitation.

Dans cet arrêt, la Cour de justice procède à une mise en balance entre la libre circulation des marchandises et la protection de la propriété industrielle et commerciale imposée par les articles 34 et 36 du traité FUE, en soulignant l'obligation des commerçants des produits d'obtenir l'autorisation des titulaires du droit d'auteur avant de se livrer à des actes constitutifs d'une forme de distribution au public par la vente. Une obligation similaire s'impose aux entreprises de transport impliquées dans la chaîne de distribution, sous peine de s'exposer à des poursuites pénales.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Distribution sans autorisation de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur et droit de l'Union européenne », www.ceje.ch, Actualité du 2 juillet 2012.

IV. Libre circulation des personnes, visas et asile

14. The Court of Justice Clarifies the Rules on the Acquisition of the Right of Permanent Residence by Nationals of the New Member States

In Joined Cases *Ziolkowski v Land Berlin* and *Szeja and Others v Land Berlin* (C-424 and 425/10), the Court has ruled on the question whether the right of permanent residence, provided for in Article 16 of Directive 2004/38, may be acquired taking into account periods of residence completed before the accession of the person's State of origin to the European Union. According to Article 16(1), 'Union citizens who have resided legally for a continuous period of five years in the host Member State shall have the right of permanent residence there'.

In the dispute at issue in the main proceedings, two Polish nationals, who had arrived in Germany before the accession of Poland to the European Union and had been granted a right of residence under the national law of that Member State, were refused permanent residence because they were not in employment or able to prove that they could support themselves economically. The Bundesverwaltungsgericht referred to the Court two questions asking whether periods of residence of more than five years, completed on the basis of national law, and during which the Union citizen did not fulfil the conditions laid down in Article 7(1) of Directive 2004/38, and periods of residence which took place before the accession of a Union citizen's State of origin to the EU, should count towards the period of lawful residence under Article 16(1).

The Court stated that the term "legal residence" in Directive 2004/38 must be regarded as designating an autonomous concept of EU law. It then examined the aims of the directive and its overall context, in the light of which it ruled that the term must be construed as a period of residence which complies with the conditions set out in Article 7(1). This was true regardless of the fact that, under Article 37, Member States may introduce a system more favourable than that established by the directive. Among a number of provisions linking the term "legal residence" to the conditions set out in that article, the Court examined recital 17 of the preamble, which provides that a right of permanent residence should be granted to Union citizens who have resided in the host Member State 'in compliance with the conditions laid down in this directive'.

As regards the second question, the Court ruled that periods of residence completed before the accession of a Union citizen's State of origin to the European Union must be taken into account for the purpose of the acquisition of the right of permanent residence. Indeed, according to previous case law, an Act of Accession is based on the general principle that all provisions of European Union law apply *ab initio* to the State, and the provisions on Union citizenship are applicable as soon as they enter into force, and must be applied to the present effects of situations arising previously. In the absence of transitional provisions concerning the application of these provisions to Poland, Article 16(1) can be relied upon by Polish nationals, and applied to the present and future effects of situations arising before the accession.

The Court thus relied upon a teleological interpretation of Directive 2004/38, and ruled that periods during which a Union citizen, whose State of origin was not yet a Member State, had resided in the European Union on the basis of national law only, must be taken into account for the acquisition of a right of permanent residence. However, such periods must have been completed in compliance with the conditions set in Article 7(1) of Directive 2004/38.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «The Court of Justice Clarifies the Rules on the Acquisition of the Right of Permanent Residence by Nationals of the New Member States», www.ceje.ch, Actualité du 19 janvier 2012.

15. Interrogations sur le droit d'entrée d'un chef d'Etat sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne

La question de l'accès des chefs d'Etat au territoire des Etats membres de l'Union européenne au regard du droit à la libre circulation, garanti à ses citoyens par la directive 2004/38, a suscité des interrogations suite à une situation inédite survenue entre deux Etats membres de l'Union. Le Président hongrois, M. László Sólyom, s'est vu refuser, le 21 août 2009, l'accès au territoire slovaque, alors qu'il se rendait en visite, dans cet Etat membre, sur invitation d'une association qui y était basée pour participer à la cérémonie d'inauguration d'une statue de saint Etienne, premier roi apostolique de Hongrie. Le refus des autorités slovaques était fondé sur un motif de sécurité publique, en application de la directive 2004/38, eu égard à la signification historique de la date de 21 août, qui correspond à la commémoration de l'invasion de la Tchécoslovaquie en 1968 par les troupes du Pacte de Varsovie, dont les troupes hongroises faisaient parties. Considérant qu'un tel refus était contraire aux dispositions de droit de l'Union européenne relatives à la libre circulation des citoyens, notamment celles de la directive 2004/38 et de l'article 21, paragraphe 1, du traité FUE, la Hongrie a décidé, malgré le refus par la Commission d'engager une procédure de manquement à l'encontre de la Slovaquie, de porter l'affaire devant la Cour de justice.

Dans ses conclusions du 6 mars 2012 (*aff. C-364/10*), l'avocat général Bot estime, à l'instar de la Commission européenne, que les déplacements publics d'un chef d'un Etat membre, sur le territoire d'un autre Etat membre, échappent à l'application du droit de l'Union européenne. A cet égard, il rappelle qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, du traité UE, l'Union européenne ne dispose que de compétences attribuées. L'absence d'une disposition dans les traités relative à l'accès des chefs d'Etat au territoire des Etats membres le conduit à considérer que la compétence pour régir une telle question revient aux Etats membres. S'agissant de la visite projetée par le chef d'Etat hongrois, l'avocat général considère, eu égard aux circonstances qui ont entouré cette visite, que M. Sólyom a agi « *dans l'exercice de ses fonctions de président de l'Hongrie, et non en sa qualité de citoyen de l'Union* », ce qui revient à dire qu'il ne saurait prétendre au bénéfice de la libre circulation accordé par la directive 2004/38.

L'avocat général rejette également la thèse soutenue par la Hongrie, selon laquelle le statut de citoyen de l'Union ainsi que les droits et les obligations afférents à ce statut devraient l'emporter sur le statut de chefs d'Etat des Etats membres. Non seulement une telle interprétation ne serait pas conforme au principe d'attribution des compétences, mais elle ne tiendrait pas compte de la spécificité de la position des chefs d'Etat, qui « *n'est comparable à nulle d'autre et certainement pas à celle d'un citoyen qui souhaite se rendre dans un Etat à titre purement privé* ». En se référant ensuite à la spécificité du traitement que le droit international réserve aux chefs d'Etat, l'avocat général conclut que les visites de chefs d'Etat doivent être organisées avec le consentement de l'Etat membre d'accueil et selon les modalités définies par ce dernier, sans que celles-ci puissent être appréhendées en termes de libertés de circulation.

En affirmant la compétence des Etats membres d'aménager leurs relations diplomatiques, l'avocat général relève néanmoins que l'exercice d'une telle compétence ne devrait pas porter atteinte au processus d'intégration de l'Union européenne et à la réalisation de ses objectifs. Son raisonnement ouvre ainsi une brèche en faveur de l'application du droit de l'Union en la matière, lorsque les Etats membres, dans une « *situation de paralysie persistante* » de leurs relations diplomatiques, méconnaîtraient leurs obligations découlant du principe de coopération loyale, inscrit à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE. En l'espèce, une telle application n'est toutefois

pas possible, dans la mesure où les autorités hongroises et slovaques ont réitéré, quelques jours après l'incident en cause, leur engagement d'entretenir de relations de bon voisinage.

Reste à voir si la Cour de justice suivra les conclusions de l'avocat général. Si tel devait être le cas, la Cour de justice établirait une limite importante au champ d'application personnel de la liberté fondamentale de circulation afférente au statut de citoyen de l'Union européenne, qui a et devrait avoir vocation à être, selon la jurisprudence de celle-ci, « *le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* ».

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Interrogations sur le droit d'entrée d'un chef d'Etat sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne », www.ceje.ch, Actualité du 13 mars 2012.

16. Les atteintes sexuelles sur des mineurs, une raison impérieuse de sécurité publique au sens de la directive 2004/38

L'arrêt *P.I.*, rendu en grande chambre le 22 mai 2012, (aff. C-348/09) s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle qui précise les notions de sécurité publique et d'ordre public.

M.I. est né en Italie et habite en Allemagne depuis plus de vingt-cinq. En 2006 il a été condamné à une peine privative de liberté de sept ans et six mois pour atteinte sexuelle sur une mineure. Il s'avère qu'entre 1990 et 2001, il abusait de manière continue de la fille de sa compagne de l'époque. En 2008, les autorités allemandes ont adopté une mesure d'éloignement à son encontre, au motif qu'il présentait une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique. M.I. a contesté ladite mesure devant les juridictions administratives, mais son recours a été rejeté. Il a alors interjeté appel du jugement de rejet. Le juge d'appel a décidé de surseoir à statuer et a saisi la Cour de justice sur le fondement de l'article 267 du traité FUE. Il demande, en substance, si la notion de '*raisons impérieuses de sécurité publique*' au sens de l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2004/38, comprend les cas d'agressions sexuelles sur des mineurs.

La Cour de justice a d'abord rappelé que l'Union européenne n'impose pas aux Etats membres « *une échelle uniforme de valeurs* » (pt 21) en ce qui concerne l'appréciation des comportements susceptibles d'être appréciés comme contraires à la sécurité publique. Elle a toutefois souligné que par la mention de '*raisons impérieuses de sécurité publique*' à l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2004/38, le législateur de l'Union a entendu limiter les mesures adoptées par les Etats membres aux circonstances exceptionnelles.

Pour déterminer si les atteintes et agressions sexuelles sur les mineurs entrent dans les « *raisons impérieuses de sécurité publique* », la Cour de justice s'est référée à l'article 83, paragraphe 1, du traité FUE aux termes duquel, l'exploitation sexuelle des enfants relève des domaines de criminalité particulièrement grave. Le législateur de l'Union est d'ailleurs intervenu dans ce domaine avec l'adoption de la directive 2011/93, du 13 décembre 2011, relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie. Compte tenu du fait que les infractions pénales qui figurent à l'article 83, paragraphe 1, du traité FUE constituent une menace particulièrement grave pour la tranquillité et la sécurité physique de la population, la Cour a considéré que les atteintes sexuelles sur des mineurs entrent dans les '*raisons impérieuses de sécurité publique*' pouvant justifier une mesure d'éloignement au sens de l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2004/38 (pt 28). Sur ce point, la Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Bot qui proposait une lecture plus restrictive dudit article (pts 25 ss des conclusions).

En ce qui concerne le caractère actuel, réel et suffisamment grave du comportement de la personne faisant l'objet d'une telle mesure, la Cour a suivi sa jurisprudence constante en la matière et a rappelé qu'en vertu de l'article 33 de la directive 2004/38, les Etats membres doivent

vérifier l'actualité de la menace à l'ordre public, si la mesure d'éloignement est exécutée deux ans après son adoption, afin d'évaluer la réalité du risque que l'intéressé perpétue son comportement criminel. Toutefois, ces derniers doivent aussi tenir compte de la durée de séjour de l'intéressé, de son âge, son état de santé, sa situation familiale et économique, son intégration sociale et culturelle dans l'Etat membre d'accueil et l'intensité de ses liens avec son Etat membre d'origine. Sur ce point, il ya lieu de relever les développements de la Cour de justice dans l'arrêt *Tsakouridis* du 23 novembre 2010 (C-145/09) sur la protection renforcée contre les mesures d'éloignement, dont bénéficient les citoyens de l'Union, résident depuis dix ans ou plus sur le territoire d'un Etat membre (pts 28 ss de l'arrêt).

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Les atteintes sexuelles sur des mineurs, une raison impérieuse de sécurité publique au sens de la directive 2004/38 », www.ceje.ch, Actualité du 30 mai 2012.

17. L'accès à l'enseignement et le lien suffisant d'intégration dans un Etat membre d'accueil

Le 14 juin 2012, la Cour de justice a rendu l'arrêt *Commission européenne c. Royaume des Pays-Bas* (aff. C-542/09), relatif à une restriction à l'accès à l'enseignement des travailleurs migrants et des membres de leurs familles.

En 2007, la Commission européenne a été saisie d'une plainte concernant une loi néerlandaise qui prévoit que, pour bénéficier d'un mode de financement des études supérieures appelé « financement portable », un étudiant doit avoir résidé pendant au moins trois ans aux Pays-Bas au cours des six années précédant son inscription dans un établissement universitaire néerlandais (règle « 3 ans sur 6 »). Compte tenu du fait que les Pays-Bas n'ont substantiellement pas changé leur position au cours de la phase précontentieuse, la Commission européenne a saisi la Cour de justice d'un recours en manquement, alléguant une discrimination indirecte, contraire à l'article 45 du traité FUE et l'article 7 du règlement n° 1612/68. Le Royaume des Pays-Bas fait valoir que la loi en cause ne constitue pas une discrimination indirecte en raison du fait que la situation des travailleurs ayant résidé et travaillé aux Pays-Bas depuis plus de trois ans n'est pas comparable à celle des travailleurs qui y résident et travaillent depuis moins de trois ans. Il soutient en outre que la règle « 3 ans sur 6 » vise à permettre aux enfants des travailleurs migrants d'établir un lien durable avec la société de l'Etat membre d'accueil. Enfin, les Pays-Bas estiment que ladite loi est nécessaire et proportionnée, car elle est fondée sur un critère objectif et ne contient aucun élément discriminatoire comme la connaissance de la langue néerlandaise ou l'instauration de limites géographiques, et elle est apte à promouvoir la mobilité des étudiants, tout en préservant l'équilibre budgétaire du système néerlandais du financement portable.

La Cour de justice conclut que, dès lors que la loi néerlandaise introduit une inégalité de traitement entre, d'une part, les travailleurs néerlandais et d'autre part, les travailleurs migrants, résidents ou frontaliers, elle constitue une discrimination indirecte. En ce qui concerne la justification de la mesure, la Cour considère que les motifs d'ordre budgétaire ne sauraient justifier une discrimination au détriment des travailleurs migrants (pt 57). A l'argument, avancé par le gouvernement néerlandais, selon lequel dans les arrêts *Bidar* (aff. C-209/03) et *Förster* (aff. C-158/07) la Cour de justice avait admis la restriction à la libre circulation des personnes par une condition de résidence, la Cour répond que dans ces arrêts, elle s'est prononcée sur des conditions de résidence en vue de l'octroi de bourses d'études aux citoyens de l'Union n'ayant pas la qualité de travailleurs. Elle poursuit qu'une condition de résidence peut être admise en tant qu'élément destiné à démontrer un certain degré d'intégration des citoyens économiquement inactifs avec leur Etat membre d'accueil. Toutefois, cette condition, telle que prévue par la loi néerlandaise, serait inappropriée pour démontrer un niveau d'intégration des travailleurs migrants et frontaliers (pt 63). Pour ces derniers, elle considère que le fait d'avoir accédé au marché de travail d'un Etat

membre crée déjà le lien d'intégration suffisant avec celui-ci (pt 65), notamment en raison des contributions fiscales du travailleur migrant, qui lui sont exigées dans les mêmes conditions que des travailleurs nationaux (pt 66). Dès lors, l'argument présenté par le Royaume des Pays-Bas que la mesure en cause tend à sauvegarder l'équilibre budgétaire du financement portable ne saurait constituer une justification légitime.

A titre subsidiaire, le gouvernement néerlandais fait valoir que le système du financement portable a pour but d'inciter les étudiants à poursuivre leurs études en dehors des Pays-Bas. La Cour a admis cette justification comme légitime, mais elle n'a pas considéré que la mesure en cause est apte à promouvoir les études en dehors des Pays-Bas, à défaut d'une preuve suffisante de la part du défendeur que la règle « 3 ans sur 6 » est l'élément le plus représentatif du degré réel de rattachement entre l'intéressé et l'Etat membre d'accueil.

Par conséquent, la loi néerlandaise qui prévoit la règle « 3 ans sur 6 » est jugée contraire à l'article 45 du traité FUE et à l'article 7 du règlement n° 1612/68.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « L'accès à l'enseignement et le lien suffisant d'intégration dans un Etat membre d'accueil », www.ceje.ch, Actualité du 20 juin 2012.

18. Liberté de religion et statut de réfugié

La directive 2004/83 vise à établir un régime d'asile européen commun par le rapprochement des règles des Etats membres en vue de l'octroi d'une protection internationale minimale aux bénéficiaires du statut de réfugiés. Se fondant sur les dispositions de la convention de Genève, ladite directive subordonne la reconnaissance d'un tel statut à la condition de l'existence dans le chef de l'intéressé d'une crainte justifiée de persécution dans son Etat d'origine du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social (article 2 de la directive).

Y et Z sont des ressortissants pakistanais appartenant à la communauté musulmane ahmadiyya. Tous deux ont déclaré avoir quitté leur pays en raison des actes de persécution auxquels ils ont été soumis en raison de leur conviction religieuse et ont demandé un droit d'asile en Allemagne. Le Bundesamt a rejeté leurs demandes d'asile comme non fondées et les a déclarés passibles d'expulsion vers le Pakistan. Les décisions de celui-ci ont été ensuite infirmées par la juridiction allemande d'appel, qui a conclu à l'existence d'un risque de persécution collective à l'égard des requérants, au sens de l'article 60, paragraphe 1, de la loi nationale sur les étrangers. Saisie d'un recours en révision introduit par le Bundesamt à l'encontre desdits arrêts, la Cour administrative allemande a interrogé la Cour de justice sur les conditions de reconnaissance du statut de réfugié prévues dans la directive 2004/38, notamment aux articles 2 et 9 de celle-ci (aff. jtes C-71/11 et C-99/11).

La Cour examine, tout d'abord, la question de savoir dans quelle mesure une atteinte à la liberté de religion, contraire à l'article 9 de la CEDH, peut être qualifiée d'« *acte de persécution* » au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/83. A cet égard, la Cour de justice précise que la seule circonstance que la personne concernée soit affectée par des atteintes au droit de religion garanti par l'article 9 de la CEDH et par l'article 10, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne saurait avoir comme conséquence automatique que celle-ci bénéficie de la protection internationale découlant du statut de réfugié. Il ressort de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/38 que les actes constitutifs d'une atteinte à la liberté de religion doivent représenter une « *violation grave* » de ladite liberté pour pouvoir être considérés comme une persécution, au sens de ladite disposition.

Pour pouvoir retenir l'existence d'une persécution, il n'est pas utile de distinguer entre les actes qui porteraient atteinte à un « *noyau dur* » du droit à la liberté de religion, à savoir la liberté du

requérant de pratiquer sa croyance dans un cercle privé, et ceux qui sanctionneraient uniquement l'exercice d'activités religieuses en public. Selon la Cour de justice, cette distinction n'est pas compatible avec la définition large de la notion de religion contenue à l'article 10, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/83, de sorte que les limitations imposées à la manifestation en public de ladite liberté peuvent constituer des actes de persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a), de la même directive. Partant, il reste nécessaire d'examiner si le requérant d'asile, en raison de l'exercice de sa liberté de religion dans son Etat d'origine court un risque réel, notamment, d'être poursuivi ou d'être soumis à des traitements ou à des peines inhumaines ou dégradantes émanant de l'un des acteurs visés à l'article 6 de la directive 2004/83. Dans l'appréciation de la gravité d'un tel risque, la Cour de justice souligne que l'argument selon lequel le requérant pourrait éviter de s'exposer à une persécution dans son pays d'origine en renonçant à y exercer certains actes religieux n'est pas pertinent.

Cet arrêt témoigne d'une philosophie de protection du statut de réfugié découlant de la directive 2004/83 et de sauvegarde des compétences des Etats membres dans la lutte contre l'immigration clandestine croissante.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Liberté de religion et statut de réfugié », www.ceje.ch, Actualité du 13 septembre 2012.

19. Les conditions d'accueil exigées dans le cadre du système d'asile européen

Dans son arrêt CIMADE et GISTI du 27 septembre 2012 (C-179/11), la Cour de justice de l'Union européenne précise les contours du régime d'asile européen, en interprétant la directive 2003/9 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile en combinaison avec le règlement n° 343/2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile, dit « règlement Dublin II ».

Le litige principal devant le Conseil d'Etat porte sur l'allocation temporaire d'attente (ATA), revenu de subsistance versé sous conditions aux demandeurs d'asile pendant la durée de la procédure d'instruction de leur demande. Sont néanmoins exclues du bénéfice de l'ATA, en vertu de la circulaire attaquée, les personnes dont la France estime que la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat européen en application des dispositions du règlement n° 343/2003 dit 'Dublin II'. Cette exclusion soulève le problème des conditions matérielles d'accueil de ces demandeurs d'asile pendant la durée de la procédure de prise en charge par cet autre Etat membre, question qui a suscité des observations écrites de la Commission européenne, de cinq Etats membres et d'un Etat tiers associé, la Suisse qui en a la faculté en vertu de l'accord d'association.

La Cour considère d'abord que la directive garantit des conditions matérielles minimales d'accueil dès l'introduction de la demande d'asile dans l'Etat d'accueil, peu importe que les individus aient déposé la demande dans l'Etat responsable de leur traitement en vertu du règlement n°343/2003. Elle rejette ainsi l'argumentation – au demeurant isolée – de la France, compte tenu de l'approche globale des articles 2 et 3 de la directive qui ne prévoient qu'une catégorie de demandeurs, du règlement n°343/2003 qui « implique nécessairement qu'une demande d'asile est introduite avant que le processus de détermination de l'Etat membre responsable ne soit engagé » (pt.41), mais aussi au regard des droits fondamentaux. Si elle ne rappelle pas que le préambule du règlement n°343/2003 se réfère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour relève que la directive « vise en particulier à garantir le plein respect de la dignité humaine et à favoriser l'application des articles 1^{er} et 18 de la Charte » (cons.5 de la directive), relatifs respectivement au droit à la dignité et droit d'asile. L'exclusion des conditions minimales d'accueil prévues par la directive aux demandeurs concernés par la procédure du règlement ne peut pas être justifiée par le caractère temporaire de cette procédure de détermination de l'Etat responsable dès lors que celle-ci s'étend sur plusieurs mois et comprend le temps de l'examen par

l'Etat requis de la requête de prise en charge, le temps nécessaire à la mise en œuvre du transfert mais aussi une durée plus longue lorsque l'Etat requis refuse la prise en charge, contraignant ainsi le demandeur d'asile à rester dans l'Etat membre où il a déposé sa demande d'asile (pts.44-45). Enfin, la directive 2003/9 ne s'appliquant qu'aux demandeurs d'asile autorisés à demeurer sur le territoire de l'Etat membre concerné en qualité de demandeurs d'asile, la France contestait le droit des demandeurs d'asile qui relèvent du système Dublin de rester dans l'Etat membre, en se référant à la directive 2005/85 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié. La Cour rejette également cet argument et conclut qu'un Etat membre « *est tenu d'octroyer les conditions minimales d'accueil des demandeurs d'asile établies par la directive 2003/09 même à un demandeur d'asile pour lequel il décide, en application du règlement n° 343/2003, de requérir un autre Etat membre aux fins de prendre en charge ou de reprendre en charge ce demandeur* » (pt.50).

Les modalités des conditions d'accueil afférentes à l'Etat d'accueil font l'objet de la seconde question. D'un point de vue temporel, l'Etat d'accueil est tenu d'accorder les garanties minimales prévues par la directive dès le dépôt de la demande, et jusqu'au transfert effectif du demandeur. En considérant que les décisions liées à la prise en charge de la demande d'asile en vertu du règlement Dublin II ne libèrent pas l'Etat d'accueil de l'obligation d'accorder des conditions minimales d'accueil (pt 52-55), la Cour assure la continuité du régime de protection instauré par la directive, qui incombe à l'Etat dès le dépôt de la demande jusqu'au transfert vers l'Etat responsable de son traitement chargé ensuite d'accorder les garanties jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur la demande. Quant à la charge financière des conditions d'accueil, elle est répartie suivant l'Etat sur lequel pèse l'obligation d'accorder ces garanties. Parce que cette solution logique n'en est pas moins potentiellement inéquitable pour les Etats différemment concernés par le nombre de demandes d'asile, la Cour de justice rappelle l'existence d'un mécanisme d'assistance financière aux Etats membres, le Fonds européen pour les réfugiés (pt 60).

Reproduction autorisée avec indication de la source : Clémentine Mazille, « Les conditions d'accueil exigées dans le cadre du système d'asile européen », www.ceje.ch, Actualité du 3 octobre 2012.

20. Le bénéfice de tarifs de transport réduits et l'interdiction des discriminations

La jurisprudence de la Cour de justice relative aux restrictions imposées par les Etats membres à la libre circulation des étudiants s'enrichit d'un nouvel arrêt rendu le 4 octobre 2012 (aff. C-75/11) : un Etat membre de l'Union européenne est-il autorisé à subordonner l'octroi des tarifs de transports réduits en faveur des étudiants à la perception des allocations familiales sur son territoire ?

Dans certains Länder autrichiens, les étudiants ne peuvent bénéficier de tarifs réduits de transport que si leur domicile ou leur lieu d'études se situe dans le ressort de la société de transports publics concernée et si des allocations familiales ont été perçues pour eux conformément à l'article 2 de la loi nationale relative à la compensation des charges familiales par des allocations. En vertu de cette disposition, l'octroi des allocations familiales est soumis à la condition que les parents des enfants concernés aient leur domicile ou leur résidence habituelle en Autriche. Considérant que le système autrichien d'octroi des réductions sur les tarifs de transports, dans la mesure où il rattache le bénéfice de telles réductions à une condition qui est plus aisément remplie par les étudiants autrichiens, est contraire à l'interdiction de discrimination inscrite à l'article 18 du traité FUE et à l'article 24 de la directive 2004/38, la Commission a introduit devant la Cour de justice un recours en manquement à l'encontre de l'Autriche. Dans sa défense, celle-ci a soutenu que les réductions sur le prix des transports bénéficiaient essentiellement au budget familial, en allégeant les charges des parents subvenant aux besoins de leurs enfants aussi longtemps que ces derniers conservaient le statut d'étudiants. Dans cette mesure, elles devraient être qualifiées de « *prestations familiales* »

au sens du règlement n° 1408/71. En outre, elle a fait valoir que les étudiants d'autres Etats membres étaient aidés financièrement par leur Etat d'origine, de sorte que leur situation n'est pas comparable à celle des étudiants nationaux. Enfin, elle a mis en cause la pertinence de l'article 24 de la directive 2004/38, dans la mesure où le paragraphe 2 de cette disposition prévoit une dérogation au principe de discrimination, en permettant à un Etat membre d'exclure les étudiants d'autres Etats membres du bénéfice des aides d'entretien aux études.

Dans son arrêt, la Cour de justice rejette tous les arguments présentés par l'Autriche. A l'instar de la Commission, elle considère d'abord que la qualification de la mesure concernée de prestation familiale au sens du règlement n° 1408/71 est, en l'espèce, dénuée d'importance. A cet égard, elle rappelle que certaines prestations relevant du champ d'application dudit règlement constituent, selon sa jurisprudence (voir, notamment, l'arrêt du 12 mai 1998, *Martínez Sala*, C-85/96, Rec. p. I-2691), des bénéfices ou des avantages sociaux soumis au principe de l'égalité de traitement. S'il est vrai que les Etats membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale dans le cadre du règlement n° 1408/71, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent respecter, dans l'exercice de cette compétence, les dispositions du traité FUE, en particulier l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité. En subordonnant la réduction des frais de transport à l'octroi des allocations familiales, le système autrichien est susceptible de créer une inégalité de traitement entre les étudiants nationaux et les étudiants des autres Etats membres, dès lors que les parents de ces derniers résident, en règle générale, à l'étranger et sont ainsi exclus du bénéfice de l'octroi de telles allocations.

La dérogation au principe d'égalité de traitement au titre de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 étant d'interprétation stricte, la Cour de justice considère que l'Autriche a également violé le paragraphe 1 de la même disposition. En effet, l'exception dont se prévaut cet Etat membre n'a qu'une portée limitée aux aides d'entretien aux études « *sous la forme de bourse d'étude ou de prêts* », et ne couvre pas les tarifs de transport réduits.

S'agissant de l'existence de considérations objectives susceptibles de justifier l'inégalité de traitement, la Cour de justice relève qu'un régime national exigeant d'un étudiant de démontrer l'existence d'un lien réel avec l'Etat membre d'accueil peut, en principe, constituer un objectif légitime. Cependant, la preuve exigée sur ce point ne doit pas avoir un caractère trop exclusif, « *privilegiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement* » entre l'étudiant qui demande une réduction sur les tarifs de transport et l'Etat membre dans lequel il poursuit ses études. D'autre part, le lien réel exigé entre un étudiant et l'Etat membre de ses études ne doit pas être établi « *de manière uniforme pour toutes les prestations, mais devrait être établi en fonction des éléments constitutifs de la prestation en cause, notamment sa nature et ses finalités* ». Dans le cadre de l'octroi des tarifs de transport réduits, la Cour de justice considère que l'existence d'un tel lien réel peut effectivement être vérifiée, notamment, par « *la constatation que la personne en cause est inscrite, conformément à l'article 7, paragraphe 1, sous c), premier tiret, de la directive 2004/38, dans un établissement privé ou public, agréé ou financé par l'Etat membre d'accueil sur la base de sa législation ou de sa pratique administrative, pour y suivre à titre principal des études, y compris une formation professionnelle* ». En l'espèce, selon la Cour, l'Autriche n'a pas établi que le régime d'octroi aux étudiants des tarifs de transports réduits applicable dans certains de ses Länder est objectivement justifié.

Cet arrêt illustre bien la propension de la Cour de justice à interpréter les dispositions du traité FUE relatives à la libre circulation des personnes de manière à créer des droits pour les étudiants au regard de leur seul statut de « citoyens » en faisant abstraction de tout critère économique.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Le bénéficiaire de tarifs de transport réduits et l'interdiction des discriminations », *www.ceje.ch*, Actualité du 11 octobre 2012.

21. La fonction de chef d'Etat et la liberté de circulation garantie par le droit de l'UE

Le recours en manquement introduit par la Hongrie à l'encontre de la Slovaquie, à la suite du refus de cette dernière de permettre l'accès à son territoire au président hongrois, a été rejeté par la Cour de justice dans son arrêt du 16 octobre 2012 (aff. C-364/10). Celle-ci a conclu à l'inapplication du droit de l'Union européenne à une situation telle que celle de l'espèce.

S'agissant des circonstances entourant le litige, il convient de rappeler que le président hongrois, M. Sólyom, avait prévu une visite en Slovaquie, lors de la cérémonie d'inauguration d'une statue de Saint-Étienne le 21 août 2009. Alors qu'il était en route pour la Slovaquie, il a été informé que les autorités slovaques avaient décidé de lui refuser l'entrée sur leur territoire pour des raisons tenant à des risques pour la sécurité, sur la base des dispositions de la directive 2004/38 ainsi que sur celle de dispositions de droit interne relatives au séjour des étrangers et à la police nationale. Amenée à examiner l'opportunité d'engager une procédure de manquement, au titre de l'article 258 du traité FUE, contre la Slovaquie, pour violation de l'article 21 du traité FUE et de la directive 2004/38, la Commission avait estimé que lesdites dispositions n'étaient pas applicables aux visites effectuées par un chef d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre et que, dans ces conditions, le manquement allégué par la Hongrie n'était pas fondé.

La Cour de justice a suivi les conclusions de l'avocat général (voir notre actualité du 13 mars 2012). S'agissant de l'exception d'incompétence soulevée par la Slovaquie, elle a considéré que la question de savoir si le droit de l'Union européenne est applicable au cas d'espèce relève pleinement de ses compétences et doit être tranchée conformément à l'article 259 du traité FUE. Sur le fond, elle s'est attachée d'abord à la spécificité du statut de chef d'Etat, dont la protection juridictionnelle est consacrée par différents instruments de droit international, notamment par la convention de New York du 14 décembre 1973. L'appréciation des comportements de la personne qui jouit de ce statut doit se faire selon le droit des relations diplomatiques, de sorte que son accès au territoire d'un autre Etat membre « *ne relève pas des mêmes conditions que celles applicables aux autres citoyens* ». En l'occurrence, la circonstance qu'un citoyen de l'Union européenne exerce la fonction de chef d'Etat se traduit par une limitation, fondée sur le droit international, de l'exercice de son droit de circulation garanti notamment par l'article 21 du traité FUE. La Cour de justice a écarté l'argument selon lequel la Slovaquie aurait, en motivant sa décision de refus sur la base des dispositions de la directive 2004/38, commis un abus de droit. A cet égard, elle a souligné que les autorités slovaques n'avaient adopté aucune décision au sens de l'article 27 de la directive 2004/38, d'une part, et que la simple invocation de ladite directive dans une note verbale du ministère des Affaires étrangères slovaque ne satisfait pas les conditions établies par sa jurisprudence (arrêts du 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rec. p. I-11569, ainsi que du 21 juillet 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb*, C-515/03, Rec. p. I-7355) pour la constatation d'un éventuel abus de droit, d'autre part. De même, le recours s'agissant du grief relatif à l'existence d'un risque que la Slovaquie réitère à l'avenir une violation des articles 3 du traité UE et 21 du traité FUE ainsi que de la directive 2004/38, dans la mesure où l'objectif de l'article 259 du traité FUE vise, comme la Cour de justice l'a souligné, à l'élimination effective des manquements des Etats membres et de leurs conséquences. Enfin, la Cour de justice a estimé que la Hongrie, en demandant une clarification des limites à l'application de l'article 21 du traité FUE et de la directive 2004/38, a cherché à obtenir une interprétation du droit de l'Union et non à faire constater un recours en manquement de la part de la Slovaquie, ce qui suffisait pour considérer le dernier grief comme irrecevable.

La Cour de justice n'a pas eu à trancher, eu égard au type de recours, la question de savoir s'il y a de nouvelles limites à la liberté fondamentale de circulation à l'égard d'autres catégories de

citoyens de l'Union européenne. Elle s'est en effet bornée à constater que « *les circonstances entourant l'incident survenu le 21 août 2009 entre la Hongrie et la République slovaque concernaient uniquement le président de la Hongrie et non pas d'autres catégories de citoyens* ». Ainsi, le débat sur les limites du champ d'application personnel de la liberté fondamentale de circulation afférente au statut de citoyen de l'Union européenne reste ouvert et de nouvelles affaires permettront sans doute à la Cour de justice d'approfondir cette question.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « La fonction de chef d'Etat et la liberté de circulation garantie par le droit de l'UE », www.ceje.ch, Actualité du 24 octobre 2012.

22. La contestation des actes administratifs définitifs rendue possible pour assurer l'effectivité des droits inhérents aux citoyens de l'Union européenne

La Cour de justice confirme, dans son arrêt *Byankov* du 4 octobre 2012 (aff. C-249/11), que les dispositions des droits des Etats membres relatives à la garantie de la sécurité juridique, comme notamment l'impossibilité de contester des actes administratifs devenus définitifs, ne doivent pas être mises en œuvre au détriment des droits inhérents au statut de citoyen de l'Union européenne.

Par arrêté de 2007, M. Byankov, ressortissant bulgare, a fait l'objet d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire bulgare et de refus de délivrance et de renouvellement de ses pièces d'identité. L'arrêté a été adopté sur le fondement d'une législation qui prévoit des mesures restrictives à la liberté de circulation des titulaires d'une dette non-réglée auprès d'une personne morale de droit public ou privé bulgare. Il est aussi prévu que lorsqu'un acte administratif adopté en vertu de ladite législation devient définitif, toute possibilité de contestation est éteinte, sauf en cas de violation des dispositions de la CEDH. L'arrêté de 2007 a ainsi acquis un caractère définitif, à défaut d'une action en contestation dans les délais prévus à cet effet par son destinataire.

En 2010, M. Byankov a, en sa qualité de citoyen européen, demandé l'abrogation de son interdiction de sortie du territoire bulgare. A cette fin, il a invoqué l'article 27, paragraphe 1, de la directive 2004/38 pour faire valoir que l'acte contesté n'a pas été fondé sur un motif de protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique au sens dudit article. Sa demande a été rejetée, notamment en raison du caractère définitif dudit acte. Le requérant a alors contesté la décision de rejet devant la juridiction de renvoi. Constatant qu'en effet, ce dernier ne posait aucune menace directe et actuelle à l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique, le juge bulgare a posé trois questions préjudicielles à la Cour de justice. Premièrement, il a interrogé la Cour sur la compatibilité avec le principe de coopération loyale, au sens de l'article 4, paragraphe 3, UE, ainsi qu'avec les articles 20 et 21 FUE, d'une législation nationale, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit des sanctions ayant pour effet de restreindre la libre circulation des citoyens de l'Union européenne. Dans ses deuxième et troisième questions, le juge de renvoi a demandé, en substance, si et dans quelles circonstances, une autorité administrative nationale peut être amenée à rouvrir une action en contestation d'un acte administratif devenu définitif, compte tenu de l'article 27 de la directive 2004/38.

La Cour de justice a d'abord répondu à la troisième question préjudicielle. Tout en reconnaissant que le droit à la libre circulation des citoyens européens puisse faire l'objet d'une limitation dans les cas prévus à l'article 27 de la directive 2004/38, une telle restriction ne saurait être justifiée par des motifs économiques, tels que le non-acquittement d'une dette dans l'affaire au principal. La Cour a ainsi conclu que M. Byankov n'a fait preuve d'aucun comportement actuel et personnel pouvant être qualifié de menace à l'ordre, la sécurité et la santé publics et a confirmé, par ailleurs, que le niveau de protection des intérêts des créanciers assuré au niveau de l'Union européenne n'est pas inférieur à celui garanti par la CEDH (pt 46), à condition toutefois que l'exigence de proportionnalité soit satisfaite. En ce qui concerne la première et la deuxième questions, la Cour a rappelé qu'à l'exception de l'acquittement de la dette, le requérant dans l'affaire au principal ne

disposait d'aucun moyen procédural lui permettant de lever la sanction adoptée à son égard. Or, l'article 21 FUE confère aux citoyens de l'Union européenne des droits que les autorités juridictionnelles et administratives des Etats membres sont tenues de garantir, de sorte à ne pas les vider de leur substance, conformément aux principes d'effectivité et d'équivalence (pt 69). Dans la mesure où une législation nationale, comme celle en cause dans l'affaire au principal, impose à un citoyen de l'Union une interdiction absolue de sortie du territoire de son Etat membre d'origine, elle a pour effet de nier un droit inhérent au statut de citoyen, qu'est la liberté de circuler et séjourner sur le territoire des autres Etats membres, et est, de ce fait, contraire au droit de l'Union européenne.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « La contestation des actes administratifs définitifs rendue possible pour assurer l'effectivité des droits inhérents aux citoyens de l'Union européenne », www.ceje.ch, Actualité du 28 octobre 2012.

23. La jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union européenne est-elle applicable en faveur des ressortissants d'Etats tiers ?

Dans la jurisprudence récente de la Cour de justice relative à la citoyenneté européenne (*Zambrano*, aff. C-34/09, *McCarthy*, aff. C-434/09), la jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union semble devenir un élément déterminant pour le bénéfice des droits conférés aux ressortissants de pays tiers ayant la qualité de membres de la famille des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne. L'arrêt *Iida*, rendu par la Cour le 8 novembre 2012 (aff. C-40/11), confirme ce courant de jurisprudence.

En 1998 M. Iida, ressortissant japonais, a épousé une ressortissante allemande avec qui il a une fille. Le couple a résidé en Allemagne où M. Iida, en sa qualité de conjoint d'une citoyenne de l'Union, a obtenu un titre de séjour ainsi qu'un permis de travail. En 2007, l'épouse de M. Iida a obtenu un emploi en Autriche. Les conjoints, sans être divorcés, ont progressivement cessé de vivre en communauté, mais ont continué à exercer conjointement leur autorité parentale. En 2008, la mère et la fille se sont définitivement établies à Vienne. Or, le droit allemand prévoit la perte du titre de séjour du conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, dès lors qu'il est établi qu'il ne vit plus en communauté avec un ressortissant allemand pendant un délai d'au moins deux ans. M. Iida a néanmoins présenté une demande de titre de séjour auprès des autorités allemandes, en faisant valoir sa qualité de membre de la famille d'un citoyen de l'Union. Cette demande a été rejetée au motif que les dispositions du droit de l'Union européenne n'avaient pas vocation à s'appliquer, dès lors que son épouse et sa fille ne résidaient plus sur le territoire allemand. M. Iida a alors contesté la décision de rejet et a introduit, en parallèle, une demande visant à obtenir un permis de séjour de résident de longue durée, au sens de la directive 2003/109, qu'il a retirée ultérieurement.

Confrontée à une difficulté portant sur le fondement, en droit de l'Union européenne, d'un droit de séjour dont M. Iida pourrait bénéficier, la juridiction de renvoi a sursis à statuer et a posé cinq questions préjudicielles à la Cour de justice. Elle a demandé, en substance, si l'article 7, relatif au respect de la vie privée et familiale, et l'article 24, relatif aux droits de l'enfant, de la Charte des droits fondamentaux, ainsi que l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, de la CEDH, lus en combinaison avec l'article 2 de la directive 2004/38, permettent de considérer comme 'membre de la famille' d'un citoyen mineur de l'Union, un parent ressortissant d'un Etat tiers, qui n'est pas à la charge du citoyen, et qui ne réside pas dans le même Etat membre que ce dernier. La juridiction de renvoi a en outre demandé si la Charte des droits fondamentaux a vocation à s'appliquer, compte tenu de l'exigence d'une mise en œuvre du droit de l'Union européenne, prévue à l'article 51 de celle-ci. Dans l'affirmative, le juge allemand a demandé si l'article 24, paragraphe 3, de la Charte confère un droit de séjour à une personne se trouvant dans une situation similaire à celle du requérant dans l'affaire au principal. A défaut d'une application de la Charte, il a interrogé la Cour sur la reconnaissance d'un tel droit en vertu des droits

fondamentaux non-inscrits dans la Charte, mais consacrés dans les principes généraux du droit de l'Union européenne.

Dans ses réponses, la Cour de justice a d'abord observé que M. Iida aurait pu bénéficier du statut de résident de longue durée, au sens de la directive 2003/109, mais compte tenu du retrait de sa demande d'un titre de séjour autonome, ladite directive n'a plus vocation à s'appliquer dans l'affaire au principal. Elle a ensuite confirmé que la directive 2004/38 confère un droit de séjour aux ressortissants de pays tiers qui ont la qualité de 'membres de la famille' d'un citoyen de l'Union, au sens de l'article 2 de cette dernière. Dans l'affaire au principal, l'absence d'une rupture formelle du lien conjugal permet au requérant de maintenir son statut de 'membre de la famille' de son épouse, mais non celui de 'bénéficiaire' d'un droit de séjour, dès lors qu'il n'a pas rejoint celle-ci dans son Etat membre d'accueil (pt 61). La Cour a considéré qu'en effet, le bénéfice de ce droit ne saurait être réalisé dans un Etat membre autre que celui où le citoyen a sa résidence principale.

En ce qui concerne enfin l'application des articles 20 et 21 du traité FUE ainsi que les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, la Cour a rappelé sa jurisprudence relative aux situations de fait qui relèvent de la compétence des Etats membres, mais qui ont « *un rapport intrinsèque avec la liberté de circulation du citoyen de l'Union* » (pt 72). Ces situations concernent notamment la garde effective du citoyen de bas âge (*Zhu et Chen*, aff. C-200/02), la vie familiale commune (*Eind*, aff. C-291/05) et la jouissance effective des droits garantis aux citoyens de l'Union (*Zambrano*, aff. C-34/09, *Dereci*, aff. C-256/11). La Cour a estimé que dans l'affaire au principal, le défaut de titre de séjour au profit de M. Iida ne présente aucun risque que son épouse et sa fille soient privées de la jouissance effective des droits qu'elles tirent de leur statut de citoyennes de l'Union (pt 76). La Cour a dès lors conclu qu'un droit de séjour ne saurait être déduit de la Charte des droits fondamentaux, compte tenu du fait que la disposition allemande relative à l'octroi des titres de séjour aux ressortissants de pays tiers ne met pas en œuvre une disposition du droit de l'Union européenne, au sens de l'article 51 de cette dernière.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski « La jouissance effective des droits attachés au statut de citoyen de l'Union européenne en faveur des ressortissants d'Etats tiers? », www.ceje.ch, Actualité du 22 novembre 2012.

24. Précision de la portée de la notion d'affectation de la jouissance des droits qui découlent du statut de citoyen de l'Union européenne

Dans l'arrêt *Zambrano* rendu en 2011 (aff. C-34/09), le 'test' de l'affectation de la jouissance effective des droits tirés de la citoyenneté de l'Union a permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'inclure dans le champ d'application de l'article 20 du traité FUE des situations qui sont, en apparence, purement internes. L'arrêt *O. et S.* (aff. jtes C-356/11 et C-357/11), rendu par la Cour le 6 décembre 2012, vient préciser la portée des principes énoncés dans l'arrêt *Zambrano*.

Deux ressortissantes de pays tiers résident en Finlande sur la base d'un titre de séjour permanent, en leur qualité d'épouses de ressortissants finlandais avec qui elles ont chacune un enfant. Les enfants ont la nationalité finlandaise et n'ont jamais quitté le territoire finlandais. Suite à la dissolution de leurs mariages, ces ressortissantes ont épousé des ressortissants de pays tiers. Un enfant est né de chaque union, mais aucun ne possède la nationalité finlandaise. Toutefois, dans les deux cas, les conjoints habitent avec les enfants nés du premier et du second mariage, et exercent communément leur autorité parentale.

Se fondant sur leurs liens matrimoniaux respectifs, les maris ont présenté auprès des autorités finlandaises des demandes de titres de séjour, qui ont été rejetées au motif que leurs épouses ne disposent pas de ressources de subsistance suffisantes. Lors des actions en contestation desdits refus, la juridiction nationale a décidé de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'article 267

du traité FUE et a demandé, en substance, si l'article 20 du traité FUE s'oppose au refus d'un titre de séjour au profit d'un ressortissant d'Etat tiers, dans le cas où celui-ci n'est ni le père biologique, ni a la garde effective d'un enfant mineur ayant la citoyenneté de l'Union.

La Cour de justice a rappelé sa jurisprudence récente en matière de citoyenneté de l'Union, pour confirmer qu'une situation concernant des enfants en bas âge, ayant la nationalité d'un Etat membre de l'Union, mais n'ayant jamais quitté le territoire de ce dernier, ne saurait être qualifiée d'interne, dès lors qu'il s'agit de déterminer si la *jouissance effective* des droits qu'ils tirent de leur statut de citoyens est affectée. Elle a cependant admis que la difficulté dans les affaires au principal réside dans le fait que les requérants exercent leur autorité parentale sur des enfants mineurs, citoyens de l'Union, dont ils ne sont pas les pères biologiques, ainsi que sur leurs enfants biologiques, qui sont des ressortissants de pays tiers. Cette circonstance rend plus difficile l'évaluation de l'affectation de la jouissance effective des droits tirés du statut de citoyen, car un éventuel départ vers un Etat tiers porterait atteinte à la relation entre les enfants-citoyens européens et leurs pères biologiques, eux-mêmes ressortissants finlandais. En revanche, la décision de ne pas s'établir dans un Etat tiers, priverait les enfants, ressortissants de pays tiers, de la possibilité d'entretenir des relations avec leurs pères biologiques, dès lors que ceux-ci se sont vu refuser leurs demandes de titres de séjour et sont contraints de quitter le territoire finlandais (pt 51).

La Cour de justice a observé que les principes énoncés dans l'arrêt *Zambrano* ne s'appliquent pas uniquement lorsqu'il existe un lien de parenté biologique entre le citoyen de l'Union et son parent, ressortissant d'Etat tiers. S'alignant sur la position de l'avocat général Bot, elle a toutefois précisé que l'élément déterminant doit être celui de la *relation de dépendance* entre le citoyen de l'Union et son parent, ressortissant d'Etat tiers, dès lors qu'il permet d'évaluer davantage le degré d'affectation de la jouissance des droits tirés du statut de citoyen, en cas de refus d'un titre de séjour au profit du parent (pt 56). Compte tenu de ces éléments, la Cour de justice a considéré que dans les affaires au principal, l'éventualité du départ du territoire de l'Union des enfants mineurs et citoyens européens, ne suffit pas pour conclure qu'il y a une *contrainte* de quitter le territoire de l'Union, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Zambrano* (pt 52). Partant, l'article 20 du traité FUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation telle que la législation finlandaise, à condition que la juridiction de renvoi vérifie la réalité de l'affectation de la substance des droits conférés aux citoyens de l'Union.

A titre subsidiaire, les requérants ont invoqué la directive 2003/86, relative au droit au regroupement familial. Loin d'exclure l'application de cette directive, la Cour de justice a souligné qu'elle prévoit des obligations claires pour les Etats membres, mais que ceux-ci restent libres d'exiger la preuve de ressources stables, régulières et suffisantes. Elle a ainsi jugé qu'il incombe aux autorités nationales de procéder à une « *appréciation équilibrée et raisonnable* » (pt 81) des dispositions pertinentes de la directive, sans méconnaître l'article 7, relatif au respect de la vie privée et familiale, et 24, relatif aux droits de l'enfant, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski « Précision de la portée de la notion d'affectation de la jouissance des droits qui découlent du statut de citoyen de l'Union européenne », www.ceje.ch, Actualité du 11 décembre 2012.

V. Libre circulation des capitaux et union économique

25. Une union économique et monétaire renforcée : un instrument de solidarité au sein de la zone euro

Le nouvel accord intergouvernemental des dix-sept Etats de la zone euro apporte quelques réponses à la crise économique et financière. Cet accord dont la signature est prévue en mars 2012 sera intégré dans le droit primaire de l'Union européenne.

Les Etats membres de la zone euro se sont engagés dans un mouvement renforcé d'union économique et budgétaire. Cet objectif suppose de renforcer la coordination des politiques économiques des Etats membres qui répond aux objectifs de l'article 3 du traité UE, lequel envisage une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social.

La voie d'une union économique plus forte a été réaffirmée à Bruxelles lors du sommet européen des 8 et 9 décembre 2011.

La capacité d'agir de la zone euro est plus que jamais utile afin de rétablir la confiance des marchés financiers qui détiennent une partie de la dette de certains Etats de la zone euro.

Des mécanismes équitables et gradués doivent entrer en vigueur en mars 2012 en vue d'améliorer les volets préventif et correctif du pacte de stabilité et de croissance (le Règlement n°1466/97 du 7 juillet 1997).

L'architecture de l'Union économique et monétaire doit également être renforcée car celle-ci conditionne une solidarité accrue au sein de la zone euro.

Tout d'abord, la surveillance des positions budgétaires (l'article 126 TFUE) est posée comme condition de la solidarité au sein de la zone euro.

Une nouvelle règle budgétaire dite « règle d'or » prévoit que les budgets des administrations publiques sont désormais équilibrés si le déficit n'excède pas 0.5% du PIB. La Cour de justice de l'Union européenne aura la compétence pour vérifier l'introduction de cette règle au sein des systèmes juridiques nationaux.

La procédure de contrôle du déficit excessif est renforcée dans les Etats membres de la zone euro. Des conséquences automatiques seront fixées lorsque la Commission européenne constate que le déficit public d'un Etat dépasse 3% du PIB. Les Etats membres de la zone euro peuvent néanmoins s'y opposer à la majorité qualifiée.

La correction des déficits excessifs est envisagée sur la base d'un programme de partenariat économique. Les réformes structurelles sont approuvées par la Commission et le Conseil.

Les recommandations du Conseil du 12 juillet 2011 confirment une orientation des politiques économiques des Etats dont la monnaie est l'euro (JO C 217 du 23 juillet 2011). La stratégie Europe 2020 consiste à stimuler un potentiel de croissance durable et de compétitivité en Europe (considérant 2 de la recommandation du Conseil du 12 juillet 2011).

La coordination peu contraignante des politiques nationales en matière fiscale et sociale suppose de dégager les meilleures pratiques dans ces domaines. En particulier celles qui ont une incidence sur la croissance économique et qui peuvent servir de paramètres quant aux progrès accomplis au sein des programmes nationaux de réformes (point 4 des conclusions du Conseil européen du 9 décembre 2011). Certaines dépenses ciblées qui stimulent la croissance sont ainsi privilégiées. Les dépenses en matière de recherche, d'éducation et d'efficacité énergétique en sont un exemple (recommandation 5 du Conseil du 12 juillet 2011). L'acte pour le marché unique constitue par ailleurs un levier indispensable à la croissance économique. Un environnement juridique et fiscal

favorable aux entreprises et la solidarité au sein du marché unique sous-tendent in fine la mise en oeuvre d'une « économie sociale de marché hautement compétitive ».

La réforme des fonds de soutien financiers constitue une réponse aux tensions actuelles du marché (point 11 de la déclaration à l'issue du sommet européen des 8 et 9 décembre).

L'endettement de certains pays de la zone euro ne doit en effet pas constituer « *une menace pour la stabilité financière de l'UE* » (règlement n° 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière).

La mise en place d'un cadre permanent de gestion de crise doit être « *en mesure de fournir, en dernier recours, un soutien financier temporaire aux Etats membres qui éprouvent des difficultés à trouver un financement sur le marché* » (point 2 de l'avis de la Banque centrale européenne du 17 mars 2011 sur un projet de décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité FUE en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro).

L'entrée en vigueur du mécanisme européen de stabilité (MES) est avancée en 2012. Celui-ci s'ajoute au fonds européen de stabilité financière (FESF) en instituant une assistance financière aux Etats membres en difficulté.

Ce fonds de sauvetage permanent de la zone euro institué par le MES introduit en outre une procédure d'urgence. Celle-ci est décidée à la majorité qualifiée de 85% de ses membres lorsque la Commission et la BCE concluent qu'un financement est nécessaire.

Un plafond global concernant les deux institutions est fixé à 500 milliard d'euros. Des ressources supplémentaires pourront en outre être mobilisées par les Etats membres de l'Union européenne afin que le FMI dispose de ressources suffisantes pour faire face à la crise (point 14 de la déclaration).

Reproduction autorisée avec indication de la source : Christophe Bouillot, « Une union économique et monétaire renforcée: un instrument de solidarité de la zone euro », www.ceje.ch, Actualité du 11 janvier 2012.

26. Validité de la décision portant création du mécanisme de stabilité pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro (MES)

L'arrêt *Pringle* rendu en Assemblée plénière par la Cour de justice le 27 novembre 2012 (affaire C-370/12), était très attendu tant au regard des problèmes juridiques auxquels la Cour était amenée à répondre, que de son incidence sur la création du mécanisme de stabilité destiné à assurer la stabilité financière et économique de l'Union européenne.

En vertu de l'article 48, paragraphe 6, alinéa 1 du Traité UE, qui permet une révision simplifiée de certaines parties du Traité FUE, le Conseil européen a adopté la décision 2011/199 du 25 mars 2011 qui modifie l'article 136 du Traité FUE par l'insertion du paragraphe suivant : « *Les Etats membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité qui sera activé si cela est indispensable pour préserver la stabilité de la zone euro dans son ensemble. L'octroi, au titre du mécanisme, de toute assistance financière nécessaire, sera subordonné à une stricte conditionnalité* ». Sur cette base, les Etats membres de la zone euro ont conclu le 2 février 2012, le Traité instituant le mécanisme européen de stabilité (Traité MES). Estimant que la modification de l'article 136 du Traité FUE constituait une modification illégale du Traité, et qu'en concluant le Traité MES, l'Irlande assumerait des obligations incompatibles avec les Traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, un parlementaire irlandais, M. Pringle, a introduit un recours devant les juridictions irlandaises, visant notamment à obtenir une injonction interdisant à l'Irlande de ratifier le traité MES. La *Supreme Court* a sursis à statuer et adressé une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice, afin qu'elle se prononce sur la validité de la décision 2011/199, sur le droit pour un Etat membre de conclure un accord tel que le Traité MES. L'affaire présentant

un degré d'urgence compte tenu des « *circonstances exceptionnelles de crise financière entourant la conclusion du traité MES* », la Cour a accepté, dans une ordonnance du 4 octobre 2012, de mettre en œuvre la procédure accélérée prévue par les articles 23 bis du statut de la Cour de justice et 104 bis du règlement de procédure de la Cour.

Cet arrêt soulève d'importantes questions juridiques en termes de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne et de recevabilité des questions préjudicielles. Pour s'en tenir aux aspects de compétence, il faut souligner en premier lieu les moyens soulevés par certains Etats qui contestaient la compétence de la Cour pour se prononcer sur la validité d'une décision dès lors que celle-ci constitue une modification du droit primaire de l'Union. Confrontée à un problème connu dans l'ordre interne à propos des révisions constitutionnelles, la Cour de justice met en avant le fait que la décision litigieuse est une décision d'une « institution de l'Union » au sens de l'article 267, alinéa 1, sous b) du Traité FUE. Cette décision ayant été adoptée sur le fondement de l'article 48, paragraphe 6 du Traité UE, il lui appartient de vérifier si les conditions de la procédure révision simplifiée posées par ladite disposition étaient réunies. En second lieu, la Cour considère que la seconde question relative à la possibilité pour les Etats de conclure le Traité MES implique non pas de se prononcer sur le traité MES, qui constitue un accord auquel l'Union n'est pas partie, mais de « fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit de l'Union qui permettront à celle-ci d'apprécier la conformité des dispositions du traité MES avec le droit de l'Union » (pt 80, voir l'arrêt *Vandoorne* du 27 janvier 2011, aff. C-489/09). Justifiant sous cet angle sa compétence, la Cour de justice procède cependant nécessairement à une interprétation dudit Traité.

S'agissant de l'examen au fond de la première question, la Cour devait déterminer si la révision introduite par la décision 2011/199 respecte les conditions posées par l'article 48, paragraphe 6. Pour déterminer si la révision porte uniquement sur des dispositions de la troisième partie du Traité FUE, la Cour vérifie que la décision n'affecte pas les dispositions de la première partie, en particulier celles relatives à la compétence de l'Union, et en premier lieu sa « compétence exclusive dans le domaine de la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro » (pt 50). Il faut rappeler ici que le contrôle de la Cour ne porte que sur le mécanisme de stabilité tel qu'il est prévu dans la décision litigieuse, et non sur les modalités du mécanisme prévues par le Traité MES. En l'absence d'une définition par le Traité FUE de la politique monétaire (pt 53), le contrôle est effectué au regard de l'objectif de cette politique. La Cour constate ainsi que l'objectif du mécanisme prévu par la décision, préserver la « stabilité de la zone euro », se distingue de l'objectif de « stabilité des prix » de la politique monétaire de l'Union (pt 56) ; en outre le moyen mis en œuvre par le mécanisme, en particulier l'octroi d'une assistance financière aux Etats en difficulté, « ne relève à l'évidence pas de la politique monétaire » (pt 57) ; enfin, compte tenu du lien entre le mécanisme et le nouveau cadre réglementaire pour le renforcement de la gouvernance économique de l'Union (pt 58), la Cour conclut que le mécanisme relève du domaine de la politique économique et non de la politique monétaire, le fait que la Banque centrale européenne ait émis un avis sur le mécanisme étant à cet égard indifférent. S'agissant en second lieu de la compétence de l'Union dans le domaine de la coordination des politiques économiques des Etats membres, la Cour constate qu'en vertu des articles 2, paragraphe 3, et 5, paragraphe 1 du Traité FUE, le rôle de l'Union se limite à l'adoption de mesures de coordination (pt 64). Elle considère en outre que la décision 2011/199 ne porte pas atteinte à la compétence de l'Union découlant de l'article 122, paragraphe 2 du Traité FUE qui permet à l'Union d'octroyer « une assistance financière ponctuelle à un Etat membre qui connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle », mais ne lui permettrait pas d'instituer un mécanisme permanent destiné à préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble (pt 65). L'institution du mécanisme prévu par la décision 2011/199, ne porte ainsi pas atteinte aux compétences de l'Union, pas plus qu'elle n'aboutit à accroître ses compétences, la Cour

soulignant notamment la différence entre la décision 2011/199 qui prévoit l'institution du mécanisme, et les modalités du mécanisme envisagées par le Traité MES (pt 74).

S'agissant de la seconde question et en premier lieu des dispositions relatives à la compétence exclusive de l'Union, la Cour de justice considère que « les activités du MES ne relèvent pas de la politique monétaire visée par lesdites dispositions du traité FUE » (pt 95), peu importe que les activités du MES puissent influencer sur le niveau de l'inflation dès lors que cette hypothèse ne constituerait « que la conséquence indirecte des mesures de politique économique prises » (pt 97). Plus délicat était l'examen au regard de la compétence exclusive de l'Union « pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion [...] est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » (article 3, paragraphe 2 du Traité FUE), dès lors que le MES assumera les fonctions de la FESF (Facilité européenne de stabilité financière) créée par les Etats membres en dehors du cadre de l'Union, mais surtout du MESF (Mécanisme européen de stabilisation financière), établi dans le cadre de l'Union sur la base de l'article 122, paragraphe 2 du Traité FUE. La Cour de justice considère cependant que cette modalité n'est pas « susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée » puisque l'Union conserve sa compétence pour octroyer une assistance financière sur le fondement de l'article 122, paragraphe 2 du Traité FUE, et qu'aucune disposition du droit primaire ne lui permettrait d'instituer un mécanisme comparable au MES. En second lieu la Cour considère que les engagements pris par les Etats membres dans le cadre du Traité MES respectent les dispositions relatives à la politique économique, car ce Traité « n'a pas pour objet la coordination des politiques économiques des Etats membres, mais constitue un mécanisme de financement » (pt 110). Un doute aurait pu exister avec la clause de conditionnalité à laquelle est soumise cette assistance financière qui peut prendre la forme d'un « programme d'ajustement macroéconomique » (article 12, paragraphe 1 du Traité MES). Loin de voir cette disposition comme une source potentielle d'empiètement sur les compétences de l'Union, la Cour de justice la considère au contraire comme un instrument visant « à assurer la compatibilité des activités du MES avec, notamment, l'article 125 du Traité FUE et les mesures de coordination prises par l'Union » (pt 111). Quant à l'interdiction, posée par l'article 123 du Traité FUE, d'accorder « des découverts ou tout autre type de crédit » aux autorités et organismes publics de l'Union et des États membres ainsi que d'acquiescer directement, auprès d'eux, des instruments de leur dette, elle est interprétée strictement. La Cour de justice considère que cette règle pèse uniquement sur la BCE et les banques centrales des Etats membres, laissant libre les Etats d'octroyer une assistance financière à un autre Etat membre.

Du point de vue institutionnel, la Cour de justice considère que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la conclusion par les Etats membres d'un accord attribuant aux institutions de l'Union des nouvelles fonctions, rappelant que « les Etats membres sont, dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union, en droit de confier, en dehors du cadre de l'Union, des missions aux institutions, telles que la coordination d'une action collective entreprise par les Etats membres ou la gestion d'une assistance financière [...], pour autant que ces missions ne dénaturent pas les attributions que les traités UE et FUE confèrent à ces institutions » (pt 158). La Cour relève notamment dans le cadre du MES, que l'intervention de la Commission et de la BCE « n'engagent que le MES » (pt 161). Bien plus, la Cour de justice estime que la Commission remplit sa fonction de promotion de l'intérêt général de l'Union par son implication dans le MES, ce Traité lui permettant par ailleurs « de veiller à la compatibilité avec le droit de l'Union des protocoles d'accord conclus par le MES » (pt 164). Enfin l'association de l'institution de la Cour de justice est également justifiée au regard des dispositions du Traité MES destinées à assurer la compatibilité avec le droit de l'Union.

La Cour de justice valide ainsi la structure institutionnelle du MES, mécanisme intervenant dans un domaine dans lequel l'Union n'a pas de compétence exclusive, et conclut à la possibilité pour

un Etat membre de conclure et de ratifier un accord tel que le Traité MES, qui n'est pas subordonnée à l'entrée en vigueur de la décision 2011/199.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Clémentine Mazille, « Validité de la décision portant création du mécanisme de stabilité pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro (MES) », www.ceje.ch, Actualité du 27 novembre 2012.

VI. Propriété intellectuelle

27. *Etendue d'un refus d'enregistrement d'une marque en vertu de la directive 2008/95*

Par un arrêt rendu le 15 mars 2012, la Cour de justice de l'Union européenne précise sa jurisprudence concernant le droit des marques.

Deux questions préjudicielles sont posées par le Bundespatentgericht (la Cour fédérale des Brevets). Celles-ci portent sur l'interprétation de l'article 3§1 sous b) et c) de la directive 2008/95 du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

Dans les affaires jointes Strigl (C-90/11) et Securita (C-91/11), un refus d'enregistrement des marques est opposé sur le fondement de la législation allemande (article 8§2, points 1 et 2 de la loi sur la protection des marques). Multi Markets fund MMF désigne un fonds de placement actif dans plusieurs marchés financiers et NAI-Der Natur-Aktien-Index se rapporte à un index boursier regroupant des actions de sociétés à orientation écologique.

Le Deutsches Patent und Markenamt rejette la demande d'enregistrement des présentes marques verbales eu égard à leur caractère descriptif. Des recours sont ensuite introduits devant le Bundespatentgericht visant à l'annulation de ces décisions.

La juridiction de renvoi sursoit à statuer et soulève une question préjudicielle identique dans les deux affaires. Celle-ci cherche à savoir si les motifs de refus prévus à l'article 3§1 sous b) et c) de la directive « s'appliquent à une marque verbale composée de la juxtaposition d'un syntagme descriptif et d'une abréviation des lettres initiales des mots composant ledit syntagme ».

L'article 3 §1 sous b) et c) de la directive prévoit respectivement un refus d'enregistrement ou la nullité de la marque lorsque cette dernière est dépourvue de caractère distinctif ou qu'elle est exclusivement descriptive. Le droit des marques vise à cet effet la protection des intérêts du demandeur ou du titulaire d'une marque et la prise en compte d'intérêts généraux.

L'intérêt général pertinent souligne l'exigence du caractère distinctif de la marque qui est une fonction essentielle de cette dernière (arrêt du 22 septembre 2011, Interflora et Interflora British Unit, aff. C-323/09, point 39). Le consommateur doit pouvoir distinguer sans confusion possible les produits ou les services couverts par la marque d'autres produits ou services ayant une provenance différente.

L'impératif de disponibilité de signes ou d'indications descriptifs est également visé. L'article 3§1 c de la directive poursuit un but d'intérêt général empêchant que de tels signes ou indications puissent être réservées à une seule entreprise en raison de leur enregistrement en tant que marque (les arrêts du 12 janvier 2006, Deutsche SiSi-Werke/OHMI, C-173/04, point 62, du 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee, aff. C-108/97, point 25).

En l'espèce, les abréviations « MMF » et « NAI » sont accolées respectivement aux syntagmes Multi Markets fund et Der Natur-Aktien-Index. Chaque séquence de lettres est alors conçue pour appuyer la perception par le public du syntagme (point 32 de l'arrêt).

Selon la Cour, il s'ensuit que le « *public percevant les marques en cause au principal comme fournissant des informations caractéristiques des services qu'elles désignent, celles-ci doivent être considérées comme descriptives, au sens de l'article 3 §1, sous c) et donc dépourvus de caractère distinctif pour les services concernés au sens de l'article 3 §1 sous b) de la directive* » (point 39 de l'arrêt).

Cette décision confirme « *le chevauchement évident des champs d'applications respectifs des motifs énoncés aux points b) et c) de ladite disposition* » (point 85 de l'arrêt du 12 février 2004, Koninklijke KPN Nederland, aff. C-363/99). L'on peut également se rapporter à la jurisprudence

de la Cour concernant l'article 7 (1) b) et c) du règlement n°207/2009. Celle-ci renseigne sur les éléments d'appréciation du caractère distinctif d'une marque communautaire (CJCE, 8 mai 2008, aff. C-304/06 P, Eurohypo AG c/ OHMI, Eurohypo, pt 69).

La Cour précise le sens de l'article 3§1 sous b) et c) en confirmant qu'une marque verbale descriptive est nécessairement dépourvue de caractère distinctif (point 86 de l'arrêt du 12 février 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99). Le refus d'enregistrement d'une marque s'étend désormais à la juxtaposition d'un syntagme descriptif et d'une séquence de lettre non descriptive. La marque, telle que perçue par le public, est une combinaison d'abréviations descriptives en ce qu'elle reprend la première lettre de chaque mot du syntagme. La cour en déduit que la marque, comprise dans son ensemble, est dépourvue de caractère distinctif.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Christophe Bouillot, « Etendue d'un refus d'enregistrement d'une marque en vertu de la Directive 2008/95 », www.ceje.ch, Actualité du 28 mars 2012.

28. Confirmation par la Cour de justice du refus de l'OHMI d'enregistrer la marque communautaire demandée par Lindt & Sprüngli AG

En mai 2004, Lindt & Sprüngli AG a présenté à l'OHMI (Office des marques communautaires) une demande d'enregistrement de marque communautaire pour le signe tridimensionnel représentant la forme d'un lapin en chocolat avec ruban rouge.

Ladite demande a été refusée sur le fondement de l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, à la lecture duquel les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif ne peuvent pas faire l'objet d'un enregistrement en tant que marque communautaire. En outre, l'OHMI a écarté les allégations de l'entreprise chocolatière suisse tenant à l'existence d'un caractère distinctif « *acquis par l'usage* », qui rendrait l'enregistrement possible, en application de l'article 7, paragraphe 3, dudit règlement. Lindt & Sprüngli AG a alors demandé au Tribunal d'annuler la décision de l'OHMI. Par son arrêt rendu le 17 février 2010 (aff. T-336/08), le Tribunal a rejeté ledit recours et confirmé la décision de l'OHMI. Dans le cadre d'un pourvoi introduit par Lindt & Sprüngli AG à l'encontre de l'arrêt du Tribunal (aff. C-98/11 P), la Cour de justice estime que ce dernier n'a pas commis d'erreur de droit, en concluant à la validité de la décision de l'OHMI.

Le premier moyen invoqué par la requérante consistait à contester l'appréciation faite par le Tribunal en ce qui concerne le motif absolu de refus d'enregistrement prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94, tiré de l'absence de caractère distinctif de la marque précitée. A cet égard, la Cour de justice rappelle que le caractère distinctif d'une marque doit être apprécié par rapport aux produits ou aux services pour lesquels l'enregistrement est demandé, d'une part, et par rapport à la perception qu'en a le public pertinent, d'autre part (arrêt du 29 avril 2004, *Henkel/OHMI*, C-456/01 P et C-457/01 P; du 22 juin 2006, *Storck/OHMI*, C-25/05 P, et du 25 octobre 2007, *Develey/OHMI*, C-238/06 P). Elle observe ensuite que la conclusion du Tribunal tenant à l'absence de caractère distinctif de la marque concernée est fondée sur une analyse détaillée de trois éléments de celle-ci, à savoir la forme, la feuille dorée et le ruban rouge avec clochette, considérés séparément ou ensemble, avec la prise en considération des critères découlant de la jurisprudence pertinente à cet égard. En outre, elle considère qu'il ne saurait être reproché au Tribunal d'avoir rendu un jugement fondé exclusivement sur des suppositions et les affirmations de l'OHMI, dans la mesure où celui-ci a aussi bien examiné les arguments de la requérante. En rejetant les allégations de cette dernière, selon lesquelles l'existence d'enregistrements pour le signe en cause en tant que marque dans quinze Etats membres étayerait son caractère distinctif au sens du règlement n° 40/94, le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit, puisque une telle circonstance ne donne pas par elle-même le droit à l'enregistrement d'une marque communautaire, dont l'appréciation doit se faire sur le fondement de la réglementation

pertinente de l'Union européenne. La Cour de justice confirme donc l'analyse du Tribunal et écarte le premier moyen.

La Cour de justice examine ensuite le second moyen par lequel la requérante reproche au Tribunal d'avoir subordonné, dans le cadre de l'application de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, la reconnaissance d'un caractère distinctif suite à l'usage qui en a été fait à la condition qu'un tel caractère soit acquis dans « *tous les Etats membres de l'Union* ». Sur ce point, la Cour de justice considère qu'il suffit, aux fins de l'enregistrement d'une marque communautaire au titre de ladite disposition, que la preuve du caractère distinctif acquis par l'usage soit apportée « *dans la partie de l'Union dans laquelle elle n'avait pas ab initio un tel caractère* ». En l'espèce, la constatation du Tribunal liée à l'absence de caractère distinctif *ab initio* était valable pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Il en ressort que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'il a écarté l'application de l'article 7, paragraphe 3, du règlement n° 40/94, au motif que la marque communautaire demandée n'a pas acquis un caractère distinctif par l'usage dans tous les Etats membres de l'Union européenne. On notera que même si la Cour de justice considère comme excessif d'exiger la preuve d'une telle acquisition pour chaque Etat membre pris individuellement, elle valide le jugement du Tribunal, dans la mesure où la requérante n'a pas prouvé « *de manière quantitativement suffisante* » l'acquisition par la marque dont l'enregistrement est demandé, d'un caractère distinctif par l'usage dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

Sans être révolutionnaire, cet arrêt a le mérite de clarifier les conditions d'application du motif absolu de refus d'enregistrement d'une marque communautaire prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 40/94 et de circonscrire les limites à l'application dudit motif, en vertu de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Confirmation par la Cour de justice du refus de l'OHMI d'enregistrer la marque communautaire demandée par Lindt & Sprüngli AG », www.ceje.ch, Actualité du 7 juin 2012.

29. The ECJ Upholds the Right to Sell Used Software Licences

In the landmark Case *UsedSoft v Oracle*, on 3 July 2012, the European Court of Justice held that the author of digitally-sold software cannot oppose the resale of 'used' licences by other companies. This much-anticipated ruling could have wide repercussions on the emerging market for used software, which generates no revenue for software developers.

The dispute at issue in the main proceedings arose from the acquisition and resale, by UsedSoft, of user licences for Oracle computer programs. Oracle brought proceedings before a German court, seeking an order that UsedSoft cease these practices. It claimed that the right to use its programs is 'non-transferable', and that such practices infringe its exclusive right of reproduction of its software under Article 4(1)(a) of Directive 2009/24. Under Article 4(2) of that directive, the first sale of a copy of a program with the rightholder's consent exhausts its distribution right within the European Union.

The Bundesgerichtshof referred two questions to the Court of Justice: is the right to distribute a copy of a computer program exhausted, in accordance with Article 4(2) of the directive, when the acquirer has made the copy with the rightholder's consent by downloading the program from the internet onto a data carrier; and whether, and under what conditions, an acquirer of used licences may, as a result of such an exhaustion, be regarded as a 'lawful acquirer' within the meaning of Article 5(1) of the directive, who enjoys the right of reproduction of the program in order to use it in accordance with its intended purpose.

Regarding the first question, Oracle claimed that the principle of exhaustion did not apply to user licences downloaded from the internet, which did not involve a transfer of the right of ownership of a copy of the program, but simply allowed the customer to download a copy made available, free of charge, on its website. The Court of Justice rejected this distinction between the sale of software and of user licences: it held that the downloading of a copy of a computer program, and the conclusion of a user license agreement for that copy, form an indivisible whole, since one is pointless without the other, and should be understood as a sale under the provisions of Directive 2009/24 (§40-44). The principle of exhaustion should therefore apply, not only to the sale of copies of programs on a material medium (CD-ROM or DVD), but also to their distribution by means of downloads from the rightholder's website, which are intended to make the copy usable by the customer, permanently, in return for payment of a fee designed to enable the copyright holder to obtain a remuneration corresponding to the economic value of the copy (§45-48).

The Court followed the Advocate General in stating that a more restrictive interpretation of the term 'sale' would allow suppliers to circumvent the principle of exhaustion by calling the contract a 'licence' (§49). According to the Court, and contrary to the Commission's arguments, the assimilation of tangible and intangible copies of computer programs is justified by the fact that their sales are similar from an economic point of view, and by the aim of the principle of exhaustion, which is precisely to limit restrictions of the distribution of such works, and would not be met if copyright holders were able to demand further remuneration on the occasion of each new sale (§58-63). The exhaustion of the distribution right extends to the corrections and updates provided by the copyright holder. However, an acquirer having bought a licence relating to several users is not permitted to divide the licence, and must always make his own copy unusable at the time of its resale (§67-70).

On the second question, the Court held that the new acquirer of a copy for which the rightholder's distribution right is exhausted is a lawful acquirer within the meaning of Article 5(1) of Directive 2009/24, and thus benefits from the right of reproduction necessary to use the program in accordance with its intended purpose (§80). The acquirers of used licences will therefore be able to download copies sold to them by previous acquirers, from the copyright holders' websites (§84-85).

This Grand Chamber ruling is a very interesting development in EU intellectual property law. It could have major implications for lucrative sectors such as that of video games, in which copyright holders and download platforms have relied on non-transferrable user licences to prevent customers from reselling copies of computer software or media. Future rulings will be necessary in order to determine the scope of this judgment.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, « The ECJ Upholds the Right to Sell Used Software Licences », www.ceje.ch, Actualité du 4 juillet 2012.

VII. Concurrence

30. Clarification de la délimitation des compétences de la Commission européenne et des autorités nationales pour le traitement des ententes de portée internationale

Dans un arrêt du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10), la Cour de justice a clarifié les règles de répartition des compétences entre les autorités de la concurrence européennes, ainsi que la portée du principe *ne bis in idem* dans ce domaine. L'affaire portait sur une entente de portée mondiale, qui s'était prolongée sur différentes périodes entre 1988 et 2004, sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse. Plusieurs autorités, dont la Commission européenne et l'autorité tchèque de la concurrence, ont entamé des poursuites contre les entreprises concernées.

Les requérantes contestent l'amende infligée par l'autorité tchèque, soutenant que la procédure engagée par la Commission aurait dessaisi les autorités nationales de leur compétence pour connaître de cette entente. La cour régionale de Brno a donc posé à la Cour des questions préjudicielles, demandant si les dispositions de l'article 81 du traité CE (devenu l'article 101 du traité FUE) et du règlement n° 1/2003 sont applicables aux effets d'une entente, sur le territoire de la République tchèque, pour la période antérieure à son adhésion à l'Union européenne ; et si, en vertu de ce règlement, du point 51 de la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, et du principe *ne bis in idem*, lorsque la Commission européenne intente une procédure pour violation de l'article du traité 81 CE, les autorités des Etats membres sont automatiquement et définitivement dessaisies de leur compétence pour connaître des mêmes faits, et pour y appliquer les dispositions du droit national comportant une réglementation similaire à l'article 81 du traité CE. La Cour de justice a d'abord observé que la décision de la Commission portait sur les effets du comportement anticoncurrentiel sur le territoire de l'Union, dans une large partie avant le 1^{er} mai 2004, tandis que celle de l'autorité tchèque portait sur les effets produits par l'entente dans cet Etat, avant son adhésion.

En réponse à la première question, la Cour de justice a rappelé, comme l'avocat général dans ses conclusions, qu'il convient de distinguer les règles de procédure, censées s'appliquer à tous les litiges pendants dès leur entrée en vigueur, et les règles de fond, qui ne sauraient, en principe, faire l'objet d'une application rétroactive. Les dispositions en cause contiennent des règles matérielles, destinées à l'appréciation d'accords entre entreprises par les autorités de concurrence, et constituent donc des règles de fond. Dès lors, elles ne sont pas applicables à une entente qui a produit des effets, sur le territoire d'un Etat membre, au cours de périodes antérieures à son adhésion à l'Union.

Dans le cadre de la deuxième question, la Cour de justice a consacré un développement à la délimitation des compétences entre les autorités des Etats membres et de l'Union : elle a estimé que les autorités nationales sont dessaisies de leur compétence pour appliquer non seulement le droit de la concurrence de l'Union, mais aussi une partie de leur propre droit national, lorsque la Commission engage une procédure visant à l'adoption d'une décision au titre du chapitre III du règlement n° 1/2003. Cependant, la compétence des autorités nationales est restaurée dès la fin de la procédure européenne, dès lors qu'elles ne s'opposent pas à une décision antérieure de la Commission. Ceci résulte notamment de l'article 16, par. 2, du règlement n° 1/2003, qui doit s'appliquer *a fortiori* lorsque les autorités nationales entendent appliquer le droit national de la concurrence, et non pas seulement aux cas d'application du droit de l'Union.

Par conséquent, l'ouverture d'une procédure par la Commission européenne ne dessaisit pas l'autorité de concurrence de l'Etat membre concerné de sa compétence pour sanctionner, par application du droit national, les effets produits par une entente sur le territoire dudit Etat au cours de périodes antérieures à son adhésion à l'Union européenne. Enfin, bien qu'il s'agisse, dans une

telle situation, d'un comportement unique, la Cour de justice a considéré que le principe *ne bis in idem* ne s'opposait pas à cette solution, en l'absence d'identité des faits : les décisions des deux autorités portaient sur des territoires différents, et ne visaient donc pas les mêmes effets de l'entente.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, « Clarification de la délimitation des compétences de la Commission et des autorités nationales pour le traitement des ententes de portée internationale », www.ceje.ch, Actualité du 15 février 2012.

31. Des précisions sur l'application de l'article 102 FUE aux entreprises chargées de missions de service universel

Dans un arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S* (C-209/10), la Cour de justice a précisé les conditions d'application de l'article 102 du traité FUE (ancien article 82 CE) aux pratiques commerciales d'entreprises chargées de missions d'intérêt économique général, dont la position dominante trouve son origine dans un ancien monopole légal. L'opérateur Post Danmark jouissait, à l'époque des faits, d'un monopole sur certains secteurs de la distribution de courrier, dans lesquels il avait des obligations de service universel, et utilisait le même réseau pour la distribution du courrier non adressé, secteur totalement libéralisé. Il a conclu des contrats pour ce dernier service avec trois groupes, anciennement clients de son principal concurrent, en leur proposant un rabais par rapport aux prix appliqués à sa clientèle existante. Les tarifs proposés à deux des groupes restaient supérieurs à ses coûts totaux moyens, tandis que ceux proposés au groupe Coop étaient inférieurs, mais supérieurs à ses coûts incrémentaux moyens. Les autorités danoises de la concurrence ont estimé que Post Danmark avait abusé de sa position dominante sur le marché danois de la distribution du courrier non adressé, du fait de cette différence de traitement entre ses clients.

Post Danmark a attaqué ces décisions, faisant notamment valoir que les tarifs consentis ne pouvaient être considérés comme abusifs que si l'intention d'évincer un concurrent était établie. Le Højesteret a donc interrogé la Cour de justice sur la possibilité de considérer comme une pratique d'éviction abusive, le fait pour une entreprise postale occupant une position dominante, de pratiquer une baisse de prix sélective à des niveaux inférieurs à ses coûts totaux moyens, mais supérieurs à ses coûts incrémentaux moyens, s'il est établi que cela ne visait pas à éliminer un concurrent, et les critères qu'il convient de retenir.

La Cour a commencé par rappeler sa jurisprudence antérieure, selon laquelle un abus peut résulter d'une politique de prix prédateurs : selon l'arrêt *AKZO c./ Commission* (C-62/86), des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables sont, en principe, abusifs car ils ne peuvent viser qu'à éliminer les concurrents, tandis que des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables le sont lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'une stratégie d'évincement des concurrents. Les critères déterminants sont donc la comparaison des prix et des coûts encourus par l'opérateur, ainsi que sur sa stratégie.

Or, en l'espèce, aucune stratégie de cette nature n'avait pu être identifiée. Par ailleurs, les autorités danoises n'ont pas eu recours au test établi par l'arrêt *AKZO*, mais à la notion de « *coûts incrémentaux* », prenant en compte les coûts communs à l'activité en cause et à celles relevant de l'obligation de service universel de Post Danmark, afin d'identifier l'essentiel des coûts imputables à la première activité. Les prix proposés à Coop permettaient de couvrir les coûts incrémentaux moyens, et ceux proposés aux deux autres groupes étaient supérieurs aux coûts totaux moyens. La Cour estime qu'une telle politique de prix ne saurait être qualifiée de pratique d'éviction abusive au seul motif que le prix appliqué à un seul client se trouve entre le niveau correspondant aux coûts totaux moyens, et celui des coûts incrémentaux moyens, imputés à cette activité : un concurrent aussi efficace pourra, en principe, concurrencer ces prix.

Contrairement à l'avocat général Mengozzi, la Cour de justice ne semble pas estimer que le critère des coûts incrémentaux est à utiliser systématiquement lorsque l'entreprise concernée est investie d'une mission d'intérêt économique général. Dans ses conclusions (pts 33 ss), l'avocat général avait validé la démarche des autorités danoises, et, en se référant à une décision de la Commission concernant Deutsche Post, avait estimé que la comparaison des prix avec les coûts variables encourus pourrait conduire à des erreurs d'évaluation pour ce type d'opérateur. La Cour, en revanche, rappelle qu'elle examine la méthode utilisée « *dans les circonstances spécifiques de l'affaire au principal* » (par ex., pt 34), et ne laisse entrevoir aucune généralisation de ce test.

La Cour laisse à la juridiction de renvoi le soin d'apprécier l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, relevant néanmoins le fait que, depuis les décisions en cause, le concurrent a repris le courrier de deux des groupes concernés, et avait donc pu maintenir son réseau de distribution. Elle rappelle également la possibilité de justifier cette pratique par sa nécessité objective, ou par des gains d'efficacité bénéficiant aux consommateurs. En l'occurrence, le seul fait qu'un critère reposant expressément sur un objectif d'efficacité ne ressortait pas des barèmes de prix appliqués ne justifierait pas un refus de prendre en compte de tels gains.

La Cour semble donc demander une appréciation générale de l'ensemble des circonstances pertinentes, et de l'effet des pratiques en cause sur un concurrent aussi efficace. Il convient enfin de relever la position retenue par l'avocat général, bien que la Cour ne l'ait pas retenue : estimant que le raisonnement suivi dans l'arrêt *AKZO* n'était pas transposable à l'affaire en cause, il avait considéré que l'abus pouvait résulter d'une subvention croisée illicite des prix en question par les revenus de l'activité relevant de l'obligation de service universel, ce qui aurait pour effet d'entraîner l'éviction du concurrent de Post Danmark. La juridiction nationale aurait dû examiner si les revenus générés par cette activité excédaient le coût de leur production isolée.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, « Des précisions sur l'application de l'article 102 FUE aux entreprises chargées de missions de service universel », www.ceje.ch, Actualité du 3 avril 2012.

32. The Unlimited State Guarantee Enjoyed by La Poste Constitutes State Aid

The General Court has recently put into question the status of public establishments of an industrial and commercial character (EPIC) in France, in a ruling which could have wide-ranging consequences. The proceedings in Case *France c./ Commission* (T-154/10) arose after the European Commission adopted a decision holding that the unlimited State guarantee resulting from La Poste's status as an EPIC constituted State aid incompatible with the internal market.

Until the 2010 reform which converted it into a public limited company, La Poste was governed by public law. EPICs perform public service tasks, and their status entails a number of derogations from the law applicable to other undertakings, notably regarding insolvency and bankruptcy rules. Instead of the ordinary judicial winding-up procedure, the law governing EPICs implements a claims recovery procedure, which simply postpones payment of creditors' claims, but does not extinguish them. Moreover, the Commission argued that, if necessary, State funds are likely to be used to honour the debts of such an establishment, although there is no express provision to that effect. EPICs thus benefit from an implicit unlimited state guarantee, which allows them to obtain more favourable credit terms than they would under normal market conditions.

France argued that the Commission had not established the existence of State aid to the requisite legal standard, and that it had made errors of law and fact both in finding that there was an unlimited State guarantee, and that this led to an advantage for the purposes of State aid law. The General Court ruled that the Commission had put forward sufficient evidence, including case-law from the Conseil d'État, and the objective differences between the provisions applicable to La

Poste and to ordinary undertakings. In order to establish the existence of an unlimited guarantee, the Commission did not need to prove that an EPIC cannot go bankrupt. The claims recovery procedure and the likelihood of State resources being used in the event of an EPIC defaulting constitute indicia of the existence of an unlimited State guarantee.

The Court also upheld the Commission's finding that EPICs enjoy an economic advantage over private companies, since the State guarantee enables them to obtain more favourable credit terms than they would on their own merits, under normal market conditions. The Commission was also justified in referring to the methods used by ratings agencies in order to confirm that the State guarantee was liable to give rise to such an advantage.

The General Court dismissed the action, hence upholding the Commission's approach. This ruling, and the test applied by the Court, could call into question the very existence of EPICs, since it appears to be based on the existence of specific legislation providing unlimited State guarantees for public establishments engaged in industrial or commercial activities. This could mean that other French EPICs, including the SNCF or local public transport operators, but also similar legal entities in other Member States, should all be considered to benefit from State aid. An appeal before the Court of Justice therefore appears likely.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, «The Unlimited State Guarantee Enjoyed by La Poste Constitutes State Aid », www.ceje.ch, Actualité du 30 septembre 2012.

33. La Commission peut agir en réparation du préjudice subi par l'Union européenne du fait d'infractions au droit européen de la concurrence

Une affaire *Otis e.a.* (C-199/11) a récemment permis à la Cour de justice de se prononcer, pour la première fois, sur la possibilité, pour la Commission européenne, d'agir en réparation du préjudice subi du fait d'une entente contraire à l'article 81 CE (actuel 101 FUE) devant une juridiction nationale. A l'origine de cette affaire se trouve une décision de la Commission, adoptée en 2007, constatant une infraction à l'article 81 CE du fait des principaux fabricants européens d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques. Sur la base de cette décision, la Commission a ensuite introduit, devant une juridiction belge, une action en dommages et intérêts contre celles des entreprises destinataires avec lesquelles les institutions de l'Union avaient conclu des contrats. Les défenderesses ont contesté la capacité de la Commission à agir comme représentante de l'Union, en l'absence de mandat exprès des autres institutions, ainsi que la conformité d'une telle démarche avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, et en particulier les principes d'indépendance du juge, *nemo iudex in sua causa*, et d'égalité des armes.

Concernant la capacité de la Commission à représenter l'Union, la Cour de justice estime que, la procédure devant la juridiction nationale ayant été entamée avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle est régie par l'article 282 CE. En vertu de cette disposition, la Cour rappelle que la Communauté pouvait ester en justice dans les États membres, et être représentée à cet effet par la Commission, sans qu'un mandat spécifique soit nécessaire à cet effet.

Les autres questions étaient plus problématiques, et se fondaient sur les pouvoirs de la Commission dans les procédures d'enquête et de sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles. Les défenderesses rappelaient notamment que les décisions adoptées par la Commission sur la base de l'article 101 FUE lient les juridictions nationales, en vertu notamment de l'article 16, par. 1, du règlement n° 1/2003. La question se posait donc d'une infraction au droit à un procès équitable, la juridiction nationale se trouvant empêchée d'examiner l'un des éléments ouvrant le droit à réparation, du fait d'une décision adoptée par l'institution demanderesse.

La Cour affirme que toute personne jouit du droit de demander réparation du préjudice subi du fait d'une infraction à l'article 81 CE, cette solution s'appliquant nécessairement aussi à l'Union

européenne elle-même. Si ce droit doit être exercé dans le respect des droits fondamentaux, et notamment du principe de protection juridictionnelle effective, la Cour ne relève aucune violation de ce principe en l'espèce. L'impossibilité, pour les juges nationaux, de remettre en cause les décisions adoptées par la Commission en matière de concurrence repose sur l'obligation de coopération loyale et sur la compétence exclusive des juridictions de l'Union pour contrôler les actes des institutions. La Cour s'appuie ensuite sur le système de contrôle juridictionnel existant au niveau de l'Union pour conclure à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal en l'espèce. Le contrôle exercé par le juge de l'Union en matière de droit de la concurrence garantit le respect des droits des demandeurs, dès lors qu'il est indépendant à l'égard des autres institutions, s'exerce tant en droit qu'en fait, et peut aboutir à l'annulation de la décision ou à sa modification, notamment en ce qui concerne le montant des amendes. Enfin, le juge national demeure compétent pour apprécier les deux autres éléments nécessaires à l'engagement de la responsabilité des défenderesses, à savoir l'existence d'un préjudice ayant un lien de causalité direct avec l'entente sanctionnée par la Commission.

Une deuxième question portait sur une éventuelle violation du principe d'égalité des armes, en raison du rôle de la Commission dans la procédure ayant conduit à l'adoption de ladite décision, et notamment des informations dont elle disposait du fait de cette enquête. La Cour confirme également sur ce point l'importance de ce principe en droit de l'Union européenne, et, suivant son avocat général, le définit comme ayant pour but d'assurer « *l'équilibre entre les parties à la procédure, en garantissant que tout document fourni à la juridiction puisse être évalué et contesté par toute partie* » (pt 72). Ce principe n'avait donc pas non plus été enfreint en l'espèce, dès lors que la Commission a indiqué n'avoir eu recours, pour sa demande en réparation, qu'à des données publiques, et que l'article 28 du règlement n° 1/2003 lui interdit d'utiliser des informations recueillies dans le cadre de ces enquêtes à des fins étrangères à celles-ci.

La Cour de justice a donc conclu à l'absence de violation de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux. L'Union européenne, mais également tout justiciable, peut donc intenter des actions en responsabilité à l'encontre des entreprises sanctionnées du fait de pratiques anticoncurrentielles, en s'appuyant sur ses propres décisions en la matière. Si elle encourageait les personnes privées à former de tels recours sur la base des décisions constatant des infractions au droit des pratiques anticoncurrentielles, cette solution pourrait avoir un impact significatif sur la nature du droit européen de la concurrence.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, « La Commission peut agir en réparation du préjudice subi par l'Union du fait d'infractions au droit européen de la concurrence », www.ceje.ch, Actualité du 7 novembre 2012.

VIII. Consommateurs et politique sociale

34. Le rôle du juge national dans la garantie du droit aux congés payés

Dans l'arrêt *Dominguez*, du 24 janvier 2012 (aff. C-282/10), la Cour de justice semble rappeler que le bénéfice effectif des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union européenne est garanti, avant tout, par les juridictions des Etats membres de l'Union.

Le contrat de travail de Mme Dominguez relève de la convention collective française de travail du personnel des organismes de sécurité sociale. Ayant subi un accident, elle a été mise en arrêt de travail pendant une période de deux ans. A l'issue de cette période, elle a saisi le juge de Prud'Homme pour revendiquer le paiement de 22,5 jours de travail ainsi qu'une indemnité compensatrice. N'ayant obtenu gain de cause ni devant les juridictions prud'hommales ni devant le juge d'appel, elle s'est pourvue en cassation, estimant avoir subi un accident de travail, qui ouvre droit à un dédommagement de la part de l'employeur. La Cour de cassation a alors posé trois questions préjudicielles à la Cour de justice. D'abord, elle demande si l'article 7 de la directive 2003/88, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, s'oppose à des mesures nationales qui subordonnent le droit au congé annuel à une durée minimale de dix jours de travail sur une période de référence. Ensuite, elle demande si ledit article crée une obligation particulière d'abord pour l'employeur, de payer le congé pris pour une raison de santé pendant une période supérieure à un an, et ensuite pour le juge national, d'écarter la disposition nationale contraire à l'article 7 de la directive 2003/88 dans le cadre d'un litige horizontal, opposant un employeur à son employé. Enfin, la Cour de cassation demande si ladite directive s'oppose à une législation nationale qui admet que la durée du congé payé puisse varier en fonction de la cause de l'absence du travailleur, à condition que la durée minimale de quatre semaines par an, garantie par la directive, soit respectée par ladite législation.

En ce qui concerne la première question préjudicielle, la Cour de justice rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle le droit au congé annuel constitue un principe d'importance particulière du droit social de l'Union européenne. La directive 2003/88 s'oppose à ce que les Etats membres limitent unilatéralement le bénéfice (mais non l'exercice) dudit droit. Dès lors, une législation nationale qui subordonne à une période minimale de travail le bénéfice du droit au congé payé est contraire à l'article 7 de ladite directive.

Dans sa réponse à la deuxième question, la Cour de justice souligne les devoirs qui pèsent sur le juge national lorsqu'il est amené à appliquer le droit de l'Union européenne dans un litige horizontal, opposant un employeur à son employé. Elle rappelle d'abord le principe d'interprétation conforme, en tant que principe inhérent au système du traité (pt 24), qui vise à permettre aux juges des Etats membres d'assurer la pleine efficacité du droit de l'Union européenne. La Cour admet que ce principe connaît des limites, en ce sens qu'il ne saurait conduire le juge national à opérer une interprétation *contra legem* des dispositions du droit interne. En l'espèce, le juge français soulève une telle limite, dans la mesure où le droit français contient différents cas d'absence des travailleurs, qui ne sont pas prévus dans la directive 2003/88. La Cour de justice suggère alors que ledit juge procède à une interprétation systémique du droit interne (« (...) *en prenant en compte l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci* (...) », pt. 27) afin d'aboutir à une solution conforme aux finalités poursuivies par la directive 2003/88. Lorsqu'une telle interprétation s'avère impossible, il y aurait lieu d'examiner si l'article 7 de la directive 2003/88 est doté d'un effet direct. La Cour de justice considère que ledit article est suffisamment précis et inconditionnel dans l'obligation qu'il prescrit et peut, dès lors, être doté d'un effet direct. Toutefois, l'affaire au principal concerne un litige horizontal, opposant un organisme de sécurité sociale à son employée. Or, selon une jurisprudence constante (*Faccini Dori*, aff. C-91/92) une

directive ne saurait produire un effet direct horizontal (pt 37), à moins qu'il soit démontré que l'organisme de sécurité sociale en cause opère sous l'autorité de l'Etat et est rattachable à ce dernier. Il incombe au juge national de vérifier la nature juridique du défendeur au principal (pt 40).

Enfin, dans sa réponse à la troisième question, la Cour de justice estime qu'une législation nationale peut prévoir des durées de congés qui varient selon les causes d'absence des travailleurs, à condition que ces durées soient égales ou supérieures à celle d'au moins quatre semaines, requise par la directive 2003/88.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Le rôle du juge national dans la garantie du droit aux congés payés », www.ceje.ch, Actualité du 31 janvier 2012.

35. 'Unit-linked' Insurance Contracts Are Excluded from the Scope of Directive 85/577

In its judgment in Case *González Alonso v Nationale Nederlanden*, on 1 March 2012, the Court clarified the interpretation of the exclusion of insurance contracts from the scope of Directive 85/577 of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises. According to its Article 3(2), the Directive did not apply to contracts relating to the construction, sale or rental of, or rights relating to immovable property, to the supply of foodstuffs, beverages or goods intended for current consumption in the household and supplied by regular roundsmen, to insurance contracts, and to contracts for securities. The reference for a preliminary ruling had been made in the course of proceedings between a Spanish national and the said company, regarding an action seeking the cancellation of a 'unit-linked' insurance contract, and the refund of premiums paid on the basis of that contract.

The national court doubted whether such a contract, which includes elements that go beyond the usual characteristics of life assurance, should still fall within the exclusion of "insurance contracts", provided for by Article 3(2)(d) of Directive 85/577. It appears that the national court's aim was mostly policy-based, since it pointed out that if such a contract fell within the scope of the Directive, it may be declared void on the basis of the formal requirements applicable to consumer contracts negotiated away from business premises.

The Court of Justice denied that the exclusion of insurance contracts from the scope of Directive 85/577 could be interpreted in such a narrow way as to exclude life assurance contracts which are 'unit-linked' or 'linked to investment funds', such as that at issue. According to the Court, that interpretation would deprive these exclusions of their effectiveness; moreover, these contractual stipulations are quite common in insurance law. Therefore, contracts such as that at issue in the main proceedings are clearly within the notion of 'insurance contract', and fall outside the scope of Directive 85/577.

However, the Court of Justice tried to answer the national court's concerns, by pointing out that this solution did not exclude the cancellation of such a contract, within the conditions laid down in the Life Assurance Directive (Directive 2002/83).

It is worth noting that the new Directive on consumer rights (Directive 2011/83, which repeals Directives 85/577 and 97/7), would probably have made such a question irrelevant, since the exclusion now explicitly applies to all contracts "for financial services" (Article 3(3)(d)), defined as meaning "any service of a banking, credit insurance, personal pension, investment or payment nature" (Article 2(12)). This new provision covers both the previous mentions of insurance contracts and contracts for securities. It is part of a more general increase of the number of areas excluded from the scope of the new Directive, most of which is simply the result of the sum of the exemptions provided for in the previous directives. Indeed, Article 3(1) of Directive 97/7 already excluded all contracts "relating to financial services".

Article 3(3) of Directive 2011/83 excludes contracts: for social services, for healthcare, for gambling, for financial services, for the creation, acquisition or transfer of immovable property or rights in immovable property, and for the construction or substantial conversion of buildings and their rental for residential purposes; contracts which fall within the scope of the Package Travel and Timeshare Directives, which are established in accordance with the laws of Member States, by a public office-holder who has a statutory obligation to be independent and to inform the consumer; contracts for the supply of foodstuffs, beverages or other goods intended for current consumption in the household and are supplied by a trader on frequent and regular rounds to the consumer's home or workplace; for passenger transport services (with exceptions); and contracts concluded by means of automatic vending machines or automated commercial premises, and concluded with telecommunications operators through public payphones for their use or for the use of one single connection by telephone, Internet or fax established by a consumer.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Araceli Turmo, « 'Unit-linked' insurance contracts are excluded from the scope of Directive 85/577 », www.ceje.ch, Actualité du 7 mars 2012.

IX. Relations extérieures de l'Union européenne

36. Les activités aériennes et le système de l'Union européenne d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre

Afin de réduire la contribution de l'aviation au changement climatique, la directive 2008/101 a étendu l'application du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, établi par la directive 2003/87, aux activités aériennes ayant pour destination ou pour provenance le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. La demande de question préjudicielle introduite par la *High Court of Justice of England and Wales*, suite à la contestation par plusieurs compagnies aériennes et associations de compagnies aériennes américaines et canadiennes des mesures de transposition de la directive 2008/101 au Royaume-Uni, a donné à la Cour de justice l'occasion d'examiner, le 21 décembre 2011, la validité de ladite directive au regard de diverses conventions internationales (*la convention de Chicago, le protocole de Kyoto et l'accord « ciel ouvert »*), ainsi que de certains principes de droit international coutumier (*la souveraineté des Etats sur leur espace aérien, l'illégitimité des revendications de souveraineté sur la haute mer, la liberté de survol de haute mer et la soumission des aéronefs survolant la haute mer à la juridiction exclusive de l'Etat de leur immatriculation*).

En rappelant les critères établis par sa jurisprudence, selon lesquels la validité d'un acte de droit dérivé relevant de l'ordre juridique interne de l'Union européenne puisse être examinée à la lumière des dispositions de droit international conventionnel, la Cour refuse d'examiner la compatibilité de la directive 2008/101 avec la convention de Chicago et le protocole de Kyoto. S'agissant de la convention de Chicago, la Cour de justice estime que l'Union européenne n'est pas liée par cette convention. A cette fin, elle met en exergue le fait que seuls les Etats membres sont parties à ladite convention et que l'Union européenne n'a non plus assumé les compétences précédemment exercées par ses Etats membres dans le domaine couvert par la convention, au sens de la jurisprudence *Internationale Fruit*. Quant au protocole de Kyoto, le refus de la Cour tient à la liberté que les parties contractantes détiennent au titre de ce protocole pour l'exécution de leurs obligations, ainsi qu'à l'absence de caractère inconditionnel et suffisamment précis des dispositions dudit protocole pour pouvoir être invoquées par les justiciables. Ceci étant, seules les dispositions de l'accord « *ciel ouvert* », dans la mesure où celles-ci remplissent les critères fixés par la jurisprudence de la Cour, sont prises en considération aux fins de l'appréciation de la validité de la directive 2008/01.

La Cour de justice rejette cependant les allégations des compagnies aériennes tendant à écarter la validité de la directive 2008/101 au regard des dispositions de l'accord « *ciel ouvert* ». Les requérantes visaient, en particulier, à mettre en cause la compatibilité du système d'échange de quotas appliqué aux exploitants d'aéronefs en fonction de leur consommation de carburant pour l'ensemble de leurs vols au départ et à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre avec l'obligation incombant à l'Union européenne, au titre de l'article 11, paragraphes 1 et 2, sous c), de l'accord « *ciel ouvert* », d'exonérer de droits, de taxes et de redevances le carburant embarqué. Sur ce point, la Cour de justice souligne qu'à la différence de prélèvements obligatoires sur la détention et la consommation de carburant, il n'existe pas, dans le cadre du fonctionnement du système d'échange de quotas, de lien direct et indissociable entre la quantité de carburant détenue ou consommée par un aéronef et la charge pécuniaire incombant à l'exploitant d'un tel aéronef. Il en résulte que le système d'échange de quotas institué à la charge d'exploitants d'aéronefs par la directive 2008/101 n'impose, en raison des caractéristiques qui lui sont propres, aucune forme de taxe sur la consommation de carburant qui pourrait être considérée comme un droit de douane, une taxe ou une redevance, au sens de l'accord « *ciel ouvert* ».

Se penchant sur la question de la validité de la directive 2008/101 au regard des principes de droit international coutumier invoqués, la Cour de justice refuse de prendre en considération, aux fins de son examen, le principe selon lequel un navire en haute mer est soumis exclusivement à la juridiction de l'Etat de son pavillon, dans la mesure où il n'y a pas d'éléments suffisants permettant l'application par analogie dudit principe aux avions survolant la haute mer. En revanche, elle accepte d'effectuer un contrôle de la validité de ladite directive à la lumière des autres trois principes mentionnés par la juridiction de renvoi, limité au point de savoir si les institutions de l'Union européenne ont commis des erreurs manifestes d'appréciation quant aux conditions d'application de ces principes. Un tel contrôle ne relève cependant aucun élément de nature à affecter la validité de la directive 2008/101. Comme la Cour de justice le souligne, l'application du système d'échange de quotas aux aéronefs d'Etats tiers ne méconnaît pas le principe de territorialité, ni celui de la souveraineté des Etats tiers, ni celui de la liberté de survol de la haute mer, dès lors que ce système ne leur est applicable que lorsque leurs exploitants ont fait le choix d'exploiter une ligne aérienne commerciale à l'arrivée ou au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. La circonstance que les quotas sont calculés au regard de l'intégralité de vols internationaux ne saurait affecter une telle conclusion. Selon la Cour de justice, la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement doit être préservée et ceci même dans la situation où les éléments contribuant à la pollution de l'air, de la mer ou du territoire terrestre des Etats membres trouvent leur source en dehors de ce territoire.

Cet arrêt illustre la problématique des rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'Union européenne. En consacrant la possibilité d'un contrôle limité de la validité de la directive 2008/101 au regard des dispositions de droit international invoquées, la Cour contribue à la fois au respect du droit international et à la consolidation des objectifs assignés par l'Union européenne en matière de protection de l'environnement.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Les activités aériennes et le système de l'Union européenne d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », www.ceje.ch, Actualité du 26 janvier 2012.

37. Naturalisation et droit au regroupement familial

Dans sa jurisprudence relative à l'accord d'association CEE -Turquie, la Cour de justice s'est attachée à protéger les droits conférés par cet accord et les actes pris pour son application aux travailleurs turcs et aux membres de leurs familles, afin de renforcer leur insertion dans l'Etat membre d'accueil. L'arrêt du 29 mars 2012 s'inscrit dans la ligne de cette jurisprudence, en établissant qu'un membre de la famille d'un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre ne saurait être privé du droit de demander le regroupement familial, sur le fondement de l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80 du Conseil d'association, lorsque le travailleur turc a obtenu la naturalisation dans l'Etat membre concerné.

M. Kahveci et M. Inan sont respectivement le conjoint et le fils de deux travailleurs ressortissants turcs ayant obtenu la nationalité néerlandaise, tout en conservant la nationalité turque. A la suite de condamnations à des peines d'emprisonnement, ils ont été déclarés indésirables sur le territoire néerlandais. Dans le cadre du litige qui les oppose aux autorités nationales, ils ont fait valoir un droit de séjour au titre du regroupement familial, en vertu de l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80. Le Nederlandse Raad van State a adressé à la Cour de justice deux questions préjudicielles sur le point de savoir si la naturalisation d'un travailleur turc obtenue dans l'Etat membre d'accueil est susceptible d'exclure les membres de sa famille du bénéfice des droits prévus par la disposition invoquée.

Après avoir rappelé sa jurisprudence sur l'effet direct de l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80 (arrêts du 17 avril 1997, Kadiman, C-351/95, Rec. p. I-2133; du 22 décembre 2010, Bozkurt, C-303/08, non encore publié au Recueil, et du 16 juin 2011, Pehlivan, C-484/07, non encore publié au Recueil), la Cour de justice indique que le droit d'accès à l'emploi et le droit de séjour conférés par cette disposition sont soumis à trois conditions: premièrement, que l'intéressé soit un membre de la famille d'un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi de l'Etat membre d'accueil; deuxièmement, que le membre de la famille ait été autorisé à rejoindre ce travailleur, et, troisièmement, qu'il ait une résidence régulière dans cet Etat membre depuis au moins trois ans. S'agissant de la situation de M. Kahveci et de M. Inan, la Cour de justice estime que les trois conditions énoncées sont remplies. Il reste donc à déterminer si la naturalisation des travailleurs turcs auprès desquels les intéressés invoquent un droit au regroupement pourrait s'opposer à l'application en leur faveur de l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80.

C'est en considération de la finalité de l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80, qui consiste à favoriser le regroupement familial, que la Cour de justice considère que la naturalisation d'un travailleur turc ne saurait affecter les droits des membres de sa famille conférés par cette disposition. Il est, en effet, de jurisprudence établie que l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80 vise à faciliter l'emploi et le séjour du travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi dans l'Etat membre d'accueil, en lui garantissant le maintien de ses liens de famille, d'une part, et à consolider la position des membres de sa famille dans l'Etat membre concerné, en lui donnant les moyens de gagner sa propre vie par la possibilité d'exercer un emploi, d'autre part. La finalité de la décision n° 1/80 serait donc « *contrecarrée* », comme l'indique la Cour de justice, si les membres de la famille d'un travailleur turc étaient exclus du champ d'application de cette disposition, en raison de la naturalisation de ce dernier.

Pour autant, la Cour de justice souligne que les droits conférés par l'article 7, premier alinéa, de la décision n° 1/80 aux membres de la famille d'un ressortissant turc dans la situation de M. Kahveci et de M. Inan peuvent être limités sur le fondement de l'article 14, paragraphe 1, de ladite décision, c'est-à-dire pour des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques. A cet égard, les autorités nationales doivent procéder à une évaluation du comportement personnel des intéressés, afin de déterminer si ceux-ci représentent un danger grave, actuel et réel pour la société de nature à justifier des mesures spéciales à leur rencontre.

Cet arrêt donne lieu à une prise de position importante de la Cour de justice concernant le statut juridique des travailleurs turcs et des membres de leurs familles reconnu par l'accord d'association CEE-Turquie, en précisant les limites au pouvoir des Etats membres de prendre des mesures d'éloignement à l'encontre de tels ressortissants.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Naturalisation et droit au regroupement familial », www.ceje.ch, Actualité du 25 avril 2012.

38. Droits fiscaux disproportionnés perçus par les Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2003/109 (accord CEE-Turquie)

Le caractère excessif du montant des droits réclamés par les autorités néerlandaises des ressortissants turcs sollicitant la délivrance ou la prolongation d'un permis de séjour, sur le fondement des dispositions de l'accord d'association CEE-Turquie, avait été censuré par la Cour de justice à deux reprises, tant par voie préjudicielle (arrêt *Sahin*, aff. C-242/06), que dans le cadre d'une procédure en manquement (arrêt *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-92/07). Les deux jugements de la Cour de justice reposaient sur un constat d'incompatibilité de la réglementation néerlandaise avec l'interdiction de discrimination entre les ressortissants turcs et ceux des Etats membres de l'Union, d'une part, et avec les règles de *standstill* prévues dans l'accord d'association CEE-Turquie, d'autre part. Dans l'arrêt du 26 avril 2012, la Cour de justice a été

amenée à constater un nouveau manquement des Pays-Bas. Il était question cette fois-ci de la perception de droits fiscaux pour la délivrance d'un titre de séjour aux ressortissants de pays tiers, indistinctement de leur nationalité, ayant la qualité de résidents de longue durée en application de la directive 2003/109.

Selon le considérant 10 de la directive 2003/109, les procédures régissant l'examen de la demande d'acquisition du statut de résident de longue durée par un ressortissant d'un pays tiers devraient être « *efficaces et gérables* », ainsi que « *transparentes et équitables* ». Deux catégories de bénéficiaires du statut de résident de longue durée sont visées par ladite directive. La première catégorie, qui relève du chapitre II, comprend les ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire de l'Etat membre d'accueil pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande et qui remplissent certaines conditions pour eux-mêmes et les membres de leur famille. La seconde concerne les ressortissants de pays tiers et des membres de leur famille ayant déjà acquis ce statut dans un autre Etat membre et souhaitant la reconnaissance d'un droit de séjour dans le dernier Etat membre d'accueil (chapitre III de la directive). Les Pays-Bas imposent à un ressortissant étranger, aux fins du traitement d'une demande relevant de l'une ou de l'autre catégorie, le paiement de droits fiscaux, dont le montant varie entre 188 et 830 euros. La Commission européenne a introduit un recours en manquement à l'encontre des Pays-Bas suite au dépôt de plusieurs plaintes émanant de ressortissants des pays tiers.

En premier lieu, la Cour de justice traite l'exception d'irrecevabilité soulevée par les Pays-Bas. Ceux-ci font valoir que le recours de la Commission doit être déclaré irrecevable, dans la mesure où la Commission n'a invoqué aucune disposition contraignante de la directive à l'appui de son recours en manquement. En outre, ils considèrent que l'objet dudit recours devrait être limité aux droits fiscaux exigés des ressortissants de pays tiers lors du traitement d'une demande tendant à obtenir un titre de séjour sur le fondement du chapitre II de la directive, à l'exclusion de ceux requis pour le traitement d'une demande introduite sur le fondement du chapitre III de la directive, ce dernier cas n'étant pas visé par la requête de la Commission.

Sur ce point, la Cour de justice écarte tous les arguments avancés par les Pays-Bas. Se fondant sur son arrêt *Commission c. Italie* (aff. C-202/99), elle rappelle d'abord qu'en l'absence de disposition explicite d'une directive à l'appui d'un recours en manquement, celui-ci est recevable, dans la mesure où la Commission vise à démontrer que l'Etat membre concerné a violé « *l'économie générale, l'esprit et l'objectif* » de la directive concernée. Or, tel est le cas en l'espèce. Comme la Cour de justice le souligne, la Commission a soutenu, à la lumière des « *considéran*ts » de la directive, que le montant disproportionné des droits réclamés des ressortissants de pays tiers prétendant à un droit de séjour au titre de la directive 2003/109, « *porte atteinte à l'objectif poursuivi par celle-ci et entrave dès lors l'exercice des droits conférés à de tels ressortissants* ». Pour ce qui est de l'étendue du recours en manquement, la Cour de justice estime qu'il couvre les droits fiscaux exigés lors du traitement des demandes relevant tant du chapitre II de la directive, que du chapitre III de celle-ci, tel qu'il ressort de la lettre de mise en demeure, de l'avis motivé et de la requête introduite par la Commission.

Sur le fond, la Cour condamne la réglementation néerlandaise régissant la perception de droits fiscaux pour la délivrance d'un titre de séjour prévu par la directive 2003/109. S'il est vrai que la fixation du montant des droits pour la délivrance de titres de séjour de longue durée relève, en vertu de ladite directive, du pouvoir d'appréciation des Etats membres, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir ne doit pas mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par la directive, liés à l'intégration des ressortissants de pays tiers ayant durablement séjourné sur le territoire d'un Etat membre. Selon la Cour de justice, l'obligation faite aux ressortissants de pays tiers de verser des droits fiscaux, qui ont une incidence financière considérable, est susceptible de les priver de la possibilité de faire valoir de leurs droits au titre de la directive 2003/109. Or, en

l'espèce, les montants des droits réclamés par les Pays-Bas des ressortissants de pays tiers varient à l'intérieur d'une fourchette dont la valeur la plus faible est environ sept fois supérieure au montant à acquitter par les citoyens néerlandais pour obtenir une carte nationale d'identité. Tout en soulignant que les citoyens néerlandais et les ressortissants de pays tiers ainsi que les membres de leur famille ne se trouvent pas dans une situation identique, la Cour de justice considère qu'un tel écart démontre le caractère disproportionné des droits fiscaux mis à la charge des ressortissants de pays tiers, lesquels constituent un obstacle à l'exercice de leurs droits conférés par la directive 2003/109. Au titre de cette conclusion, elle ne considère plus nécessaire de procéder à une comparaison des droits en question avec ceux perçus auprès de citoyens de l'Union européenne pour la délivrance de documents de séjour au titre de la directive 2004/38, tel que la Commission l'avait proposé dans sa requête.

La Cour de justice rend ainsi un arrêt visant à renforcer le statut juridique des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dans les Etats membres, l'analyse portant cette fois-ci non sur le caractère discriminatoire des mesures nationales, mais sur le caractère restrictif desdites mesures à l'exercice des droits qui leur sont conférés par le droit de l'Union européenne.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Droits fiscaux disproportionnés perçus par les Etats membres dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2003/109 », www.ceje.ch, Actualité du 25 mai 2012.

39. L'alignement de la Cour EDH sur la jurisprudence Kadi de la CJUE dans l'arrêt Nada c. Suisse

Une remarquable complexité caractérise les rapports entre les systèmes juridiques nationaux, régionaux et international, notamment au sujet de la mise en œuvre des résolutions adoptées au sein du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ci-après l'ONU), dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. En effet, ces dernières ont pour effet de créer une présomption de culpabilité des personnes ou entités soupçonnées de participer à des activités terroristes, laquelle ne peut être renversée devant une juridiction nationale ou régionale, qu'au risque pour les Etats, de méconnaître les obligations qui leur incombent en leur qualité d'Etats parties à l'ONU.

Dans l'arrêt *Kadi* de 2008, la Cour de justice de l'Union européenne a souligné l'importance des garanties procédurales qui doivent être consacrées dans lesdites résolutions, en annulant le règlement n° 881/2002, fondé sur la résolution 1390 (2000), pour violation du principe de protection juridictionnelle effective.

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la Cour EDH), l'on se rappelle de l'arrêt *Bosphorus* de 2005, où était en cause la violation par l'Irlande de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après la CEDH), en raison de l'exécution des obligations prévues dans le règlement n° 990/93, lui-même fondé sur la résolution onusienne 820 (1993). Au lieu d'apprécier la portée de la violation alléguée, la Cour EDH a préféré établir la présomption selon laquelle la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne est équivalente à celle garantie par la CEDH. L'on a alors cru que l'arrêt *Bosphorus* a créé un précédent dans la jurisprudence de la Cour EDH, notamment pour les affaires où celle-ci serait amenée à apprécier la violation de la CEDH, engendrée par l'exécution des engagements internationaux des Etats parties à cette dernière. L'arrêt *Nada c. Suisse*, rendu en grande chambre le 12 septembre 2012, montre que la Cour EDH semble abandonner sa position dans l'arrêt *Bosphorus* pour suivre le raisonnement tenu par la Cour de justice dans l'arrêt *Kadi*.

M. Nada, de nationalité égyptienne et italienne, réside à Campione, territoire italien frontalier avec le canton suisse du Tessin. En raison de ses affaires et problèmes de santé, il faisait des déplacements fréquents en Suisse.

Compte tenu des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU relatives à l'instauration du comité des sanctions et à l'adoption des 'smart' sanctions, visant des individus plutôt que des Etats soupçonnés de participer à des activités terroristes, le Conseil fédéral suisse a adopté, en 2000, une ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban (ci-après l'ordonnance), bien que la Suisse n'ait rejoint l'ONU qu'en 2002.

La résolution 1390 (2002) du Conseil de sécurité a institué une interdiction d'entrée et de transit pour les personnes, groupes, entreprises et entités associés, indiquées sur une liste établie en application des résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000). Le nom de M. Nada figurait sur cette liste et a été inséré dans l'ordonnance suisse sur les Talibans. M. Nada s'est alors vu retirer son permis de frontalier par les autorités tessinoises. Ne pouvant pas obtenir une dérogation de la part des services de l'immigration, lui permettant de temporairement circuler sur le territoire suisse, il a demandé au Conseil fédéral la radiation de son nom de l'ordonnance. Par décision rendue en 2006, la demande a été rejetée, au motif que le comité des sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU est le seul organe compétent pour effectuer une telle radiation. En outre, à la date où ladite décision a été rendue, la demande de radiation du nom du requérant pouvait seulement être formulée par l'Etat dont l'intéressé avait la nationalité ou l'Etat sur le territoire duquel il avait sa résidence principale, la Suisse n'étant, dans le cas de M. Nada, ni l'un ni l'autre. En 2007, ce dernier s'adressa au point focal du comité des sanctions du Conseil de sécurité, chargé de recevoir les demandes individuelles de radiation des personnes ou entités figurant sur les listes établies par le comité des sanctions. Le recours a été rejeté. Saisi de l'affaire, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 14 février 2007, souligné qu'en vertu de l'article 103 de la Charte de l'ONU, les obligations contractées par les Etats parties à l'ONU bénéficient d'une primauté lors d'un conflit avec d'autres engagements internationaux de ces derniers. L'application uniforme du système onusien des 'smart' sanctions serait donc amoindrie, si la Suisse avait méconnu le caractère contraignant de ses obligations en tant que membre de l'ONU, sous prétexte de protéger les droits garantis par la CEDH et le Pacte des droits civils et politiques, dont elle est également partie. Tout en reconnaissant les restrictions importantes à la vie privée et à la liberté de circulation de M. Nada, le Tribunal fédéral a estimé que les autorités suisses ne disposaient d'aucune marge de manœuvre dans la mise en œuvre desdites résolutions.

C'est dans ces circonstances de fait et de droit que la Cour EDH a été saisie sur le fondement de l'article 34 CEDH.

En ce qui concerne la question de la recevabilité du recours, M. Nada a soutenu que sa requête est compatible avec la CEDH, car le caractère contraignant des sanctions dont il a fait l'objet, importe peu pour l'imputabilité à la Suisse des restrictions aux droits garantis par la CEDH. En outre, il souligne que la saisine de la Cour EDH n'a pas pour effet de remettre en question le caractère prioritaire de la Charte de l'ONU, mais de veiller à ce que celle-ci ne soit pas utilisée « *comme un prétexte pour ne pas respecter les dispositions de la Convention* » (pt 106). Cet argument a été admis par la Cour EDH et le recours a été déclaré recevable (pts 117 ss). La question de l'épuisement de voies de recours internes a été traitée par la Cour EDH dans le cadre de son appréciation du fond de l'affaire.

Le requérant a allégué la violation de trois droits garantis par la CEDH : le droit à la vie privée (art. 8 CEDH), le droit à un recours juridictionnel effectif (art. 13 CEDH) et le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH).

S'agissant de la violation de l'article 8 CEDH, M. Nada a fait valoir que l'interdiction de circuler l'a empêché d'assister à des événements familiaux, qui ont eu lieu en dehors de son lieu de résidence. Le gouvernement suisse a soutenu que le système de sanctions prévoyait la possibilité de demander des dérogations, qui permettraient au requérant des déplacements temporaires en dehors de la région italienne où il a sa résidence principale. La Cour EDH a toutefois considéré que les sanctions imposées au requérant ont eu pour effet de rendre plus difficile la possibilité de

circuler et de s'entretenir avec d'autres personnes. Elle a dès lors conclu à une ingérence dans la vie privée de ce dernier, contraire à l'article 8 CEDH (pt 166). Pour justifier cette violation, le gouvernement défendeur a fait valoir que la Suisse, liée par les résolutions adoptées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, n'a fait qu'exécuter les obligations internationales qui lui incombent en sa qualité de membre de l'ONU. Sur ce point, la Cour EDH a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle « *la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux de droit international* » (pt 169). Toutefois, en présence de deux engagements internationaux divergents, elle a jugé qu'il appartient aux Etats d'assurer que lesdits engagements soient « *autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur* » (pt 170). En réponse à l'argument que la Suisse ne disposait d'aucune marge de manœuvre dans l'application desdites résolutions, la Cour EDH a soulevé une motion adressée par le Conseil fédéral suisse au Conseil de sécurité, dans laquelle il indique qu'il n'entend pas donner une application inconditionnelle auxdites résolutions. La Cour a jugé que la Suisse jouissait d'une latitude, restreinte mais réelle, dans la mise en œuvre de ces dernières (pt 179). Dès lors qu'il incombe avant tout aux Etats de concilier leurs engagements internationaux conflictuels, la Cour EDH a estimé que la Suisse n'a pas démontré qu'elle ait déployé tous les efforts nécessaires pour harmoniser les obligations lui incombant en vertu de la Charte de l'ONU ainsi que de la CEDH. Par conséquent, l'ingérence dans la vie privée du requérant ne satisfait pas au critère de proportionnalité (pt 197).

En ce qui concerne la violation alléguée du droit de recours juridictionnel effectif, au sens de l'article 13 de la CEDH, le requérant a soutenu que le Tribunal fédéral a recommandé, mais pas ordonné, aux autorités suisses d'appuyer la radiation de son nom de la liste des terroristes présumés auprès du comité des sanctions, seul organe compétent pour procéder à ladite radiation. La Cour EDH a rappelé que le requérant a pu saisir les juridictions suisses aux fins de la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Talibans, mais aucune juridiction n'a statué sur les violations alléguées de la CEDH, estimant que, compte tenu du caractère contraignant des résolutions en cause, les sanctions qu'elles prévoient ne peuvent pas être levées pour motif d'une violation des droits de l'homme (pt 210). Par conséquent, la Cour EDH a jugé que le requérant n'a pas disposé de moyens juridictionnels effectifs, lui permettant de demander la radiation de son nom de ladite liste. Dès lors, l'exception préliminaire soulevée par le gouvernement suisse relatif au non-épuisement des voies de recours a été rejetée et la Cour EDH a confirmé la violation de l'article 13 de la Convention.

En revanche, la Cour a rejeté les allégations du requérant concernant la violation de l'article 5 CEDH, dès lors que la restriction de sa liberté de circulation ne saurait être considérée comme une mesure privative de liberté au sens de la jurisprudence de la Cour EDH.

L'arrêt *Nada* de la Cour EDH et l'arrêt *Kadi* de la CJUE convergent sur deux points. Premièrement, les deux juridictions mettent en avant que tant dans le système de la CEDH que dans celui de l'Union européenne, il ne saurait être admis que les terroristes présumés soient privés des garanties procédurales dont jouit tout autre justiciable. Deuxièmement, il ressort des deux arrêts que le principal effort de conciliation des engagements internationaux divergents incombe, en premier lieu, aux autorités nationales et européennes, chargées de mettre en œuvre les résolutions en cause, dès lors que les actes de mise en œuvre de ces dernières peuvent - désormais - faire l'objet du contrôle de légalité effectué par la CJUE, et du contrôle de conventionalité, effectué par la Cour EDH.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « L'alignement de la Cour EDH sur la jurisprudence Kadi de la CJUE dans l'arrêt Nada c. Suisse », www.ceje.ch, Actualité du 19 septembre 2012.

40. *Retrait rétroactif d'un titre de séjour dans le cadre de l'association CEE-Turquie*

En vertu de l'article 6, paragraphe 1, tiret 1, de la décision n° 1/80 tout travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre a le droit, après un an d'emploi régulier, au renouvellement de son permis de travail auprès du même employeur. Dans l'affaire C-268/11, la question était de savoir si les autorités nationales d'un Etat membre peuvent retirer le titre de séjour d'un travailleur turc avec effet rétroactif, au motif que les conditions auxquelles le droit national subordonnait l'octroi de ce titre n'étaient plus réunies, alors qu'au moment de cette annulation l'intéressé exerçait un emploi auprès du même employeur depuis plus d'un an.

M. Gülbahce est entré en Allemagne en juin 1997 avec un visa en vue de rejoindre son épouse, ressortissante allemande. Au cours des années suivantes, il a obtenu un titre de séjour, qui a été prolongé à plusieurs reprises, ainsi qu'un permis de travail à durée illimitée. Ayant appris que le couple vivait séparé depuis plus de six ans, les autorités allemandes ont retiré en 2006 le titre de séjour M. Gülbahce avec effet rétroactif à la date à laquelle les époux avaient cessé de mener une vie commune. A l'appui de leur décision, elles ont invoqué le caractère irrégulier des dernières deux prorogations du permis de séjour de l'intéressé, en raison du non-respect de la condition liée à la communauté de vie à laquelle l'octroi d'un tel permis était subordonné en vertu de la législation allemande. Saisi de l'affaire, le Hamburgisches Obergericht a adressé à la Cour de justice cinq questions préjudicielles tendant en substance à savoir si une mesure nationale visant le retrait du titre de séjour d'un ressortissant turc dans une situation telle que celle de l'espèce était contraire à l'article 10, paragraphe 1, de la décision n° 1/80 relative à l'interdiction de discrimination.

Afin de permettre à la juridiction de renvoi de résoudre le cas d'espèce, la Cour de justice reformule les questions préjudicielles dont elle a été saisie, en fondant son raisonnement sur l'article 6, paragraphe 1, tiret 1, de la décision n° 1/80. A cet égard, elle rappelle que le droit conféré par ladite disposition en faveur d'un ressortissant turc, de continuer à exercer, après un an d'« *emploi régulier* », une activité salariée auprès du même travailleur, implique nécessairement l'existence d'un droit corrélatif de séjour dans le chef de l'intéressé. En vertu de la jurisprudence pertinente à ce sujet, la régularité de l'emploi d'un ressortissant turc, au sens de l'article 6, paragraphe 1, premier tiret, de la décision n° 1/80, suppose une situation stable et non précaire sur le marché du travail de l'Etat membre d'accueil et implique, à ce titre, un droit de séjour non contesté (arrêts du 16 décembre 1992, *Kus*, C-237/91 et du 18 décembre 2008, *Altun*, C-337/07). La clé est donc de savoir si la période de travail accomplie par M. Gülbahce avant l'adoption de la mesure de retrait de son titre de séjour par les autorités allemandes permet de considérer qu'il répond à la condition d'un an d'« *emploi régulier* », au sens de ladite disposition, alors même qu'il ne remplissait plus à la date de l'adoption de cette mesure la condition dont était assorti son titre de séjour, à savoir l'existence d'une communauté de vie avec son épouse.

En reprenant la motivation de l'arrêt *Unal* (C-187/10), la Cour de justice rappelle que l'article 6 de la décision n° 1/80 ne fait pas dépendre la reconnaissance du droit d'accès au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil et, corrélativement, du droit de séjour dans cet Etat d'un travailleur turc des circonstances dans lesquelles le droit d'entrée et de séjour y a été obtenu par ledit travailleur. Dès lors qu'un tel ressortissant remplit les conditions posées par la disposition concernée, un Etat membre d'accueil ne dispose plus de la faculté de restreindre l'application des droits conférés par celle-ci, sous peine de priver la décision n° 1/80 de son effet utile. Certes, les périodes de travail accomplies par un travailleur ressortissant turc sous le couvert d'un permis de séjour délivré grâce à un comportement frauduleux ayant donné lieu à une condamnation ou d'une autorisation de séjour provisoire qui n'est valable que dans l'attente d'une décision définitive ne peuvent pas être prises en compte en vue de l'acquisition des droits visés à l'article 6, paragraphe 1, tiret 1, de la décision n° 1/80. Cependant, dans le cas d'espèce, la Cour de justice constate que M. Gülbahce s'est conformé aux prescriptions légales et réglementaires de l'Etat membre

d'accueil en matière d'entrée sur son territoire ainsi que d'emploi. Dès lors, elle conclut qu'il peut prétendre à un droit de séjour au titre de l'article 6, paragraphe 1, tiret 1, de la décision n° 1/80.

Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interdiction faite aux Etats membres de modifier unilatéralement la portée du système d'intégration progressive des ressortissants turcs sur le marché de l'emploi, en subordonnant la reconnaissance des droits conférés en leur faveur par la décision n° 1/80 des conditions dans lesquelles le droit d'entrée et de séjour sur leurs territoires a été obtenue.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Mihaela Nicola, « Retrait rétroactif d'un titre de séjour dans le cadre de l'association CEE-Turquie », www.ceje.ch, Actualité du 15 novembre 2012.

X. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

41. *Compte rendu de la conférence de M. l'Ambassadeur Richard Jones au sujet «Relations between the European Union and Switzerland : have we reached a turning point ?»*

Le 23 mai 2012, M. Richard Jones, chef de la Délégation de l'Union européenne pour la Suisse et la Principauté du Liechtenstein, a tenu une conférence, organisée par le Centre d'études juridiques européennes, sur l'avenir des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne, intitulée « *Relations between the European Union and Switzerland : have we reached a turning point ?* » .

Monsieur l'Ambassadeur Jones a d'abord salué le grand succès de la 'voie bilatérale' et a souligné les domaines qui vont faire l'objet d'accords futurs entre la Suisse et l'Union européenne comme la participation de la Suisse au programme Galileo, le domaine de l'électricité, la participation à l'Agence européenne de la défense.

L'avantage principal desdits accords est, selon M. Jones, l'accès de la Suisse au marché intérieur. Toutefois, l'approche adoptée jusqu'à présent a atteint ses limites et appelle à des solutions satisfaisantes sur l'application homogène des accords bilatéraux, l'application dynamique de l'acquis de l'Union, la mise en place d'un système de surveillance et d'un système efficace de règlement des différends. Ces aspects doivent être résolus dans tous les domaines couverts par les accords qui lient la Suisse à l'Union européenne. Dès lors, il faut adopter une approche globale et coordonnée.

Monsieur l'Ambassadeur a ensuite répondu aux questions de l'auditoire qui portaient, en substance, sur les aspects institutionnels de ladite approche et la nécessité d'un accord qui mettrait en place une structure institutionnelle pour l'ensemble des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Ljupcho Grozdanovski, « Compte rendu de la conférence de M. l'Ambassadeur Richard Jones », www.ceje.ch, Actualité du 25 mai 2012.

42. *Aéroport de Zurich. Signature d'un accord entre la Suisse et l'Allemagne*

Le 4 septembre 2012, la Suisse et l'Allemagne ont signé un accord relatif à l'impact de l'exploitation de l'aéroport de Zurich sur le territoire allemand. Son objectif est d'aménager la réduction du bruit généré par les avions au départ et à destination de Zurich, vecteur de troubles pour les populations allemandes voisines. Situé à une quinzaine de kilomètres au sud-est de la frontière avec l'Allemagne, cet aéroport dispose de trois pistes : une ouest-est (10/28), une nord-sud (16/34), et une nord-ouest sud-est (14/32). En raison de la configuration des pistes et de la proximité avec l'Allemagne, les vols en provenance et à destination de Zurich qui traversent l'axe nord, peuvent être sources de nuisances sonores pour les populations allemandes riveraines. Comme les vols atterrissant à Zurich du nord ou du nord-ouest doivent utiliser l'espace aérien allemand, l'Allemagne a souhaité limiter le survol à basse altitude de son territoire.

L'accord interdit les approches sur les pistes 14/16 au-dessus du territoire allemand entre 18h et 6h30 en semaine, et entre 18h et 9h (heures locales) les week-ends et jours fériés au Baden-Württemberg (art.1-1-1). Une exception est néanmoins prévue en cas d'urgence (sécurité, conditions météorologiques, dégâts sur les autres pistes) qui ne permettrait pas d'autre arrivée que par l'axe nord. L'accord précise également les niveaux de vols autorisés, en fonction du type d'aéronef et de leur puissance.

Les restrictions de survol agréées nécessitent des aménagements de l'aéroport de Zurich, notamment l'extension de la piste 32/14 dont l'Allemagne a obtenu la garantie qu'elle ne conduirait pas à un déplacement vers le nord des atterrissages (art.1-3). Les nouvelles périodes de

repos pour l'Allemagne ne seront applicables que lorsque les infrastructures auront été mises en place, au plus tard au 1^{er} janvier 2020 (art. 1-3). En attendant la réalisation de ces aménagements, le règlement d'application de circulation aérienne, du 10 mars 2005, adopté par les autorités allemandes, s'applique de la manière suivante : les survols de l'Allemagne en dessous de la surface de vol 100 sont interdits entre 20h et 7h du lundi au vendredi (et entre 20h et 9h les week-ends et jours fériés). Ainsi la Suisse s'est engagée à transférer les vols en semaine au-dessus de son territoire une heure plus tôt qu'actuellement.

L'accord ne fait pas mention du litige relatif à l'aéroport de Zurich porté devant la Cour de justice de l'Union européenne et qui porte sur l'application de de l'accord sur le transport aérien (ATA) conclu en 1999 entre la Suisse et la Communauté européenne. En 2003, les autorités allemandes avaient adopté un règlement d'application qui empêchait pendant certains horaires, le survol à basse altitude de la partie du territoire allemand proche de la frontière suisse, et limitait ainsi les approches de l'aéroport de Zurich. La Commission ayant permis à l'Allemagne de continuer à appliquer ledit règlement, la Suisse a contesté cette décision 2004/12 devant la Cour de justice. Dans son ordonnance du 14 juillet 2005 (C-70/04), la Cour a renvoyé l'affaire au Tribunal qui, dans un arrêt très remarqué du 9 septembre 2010 (T-319/05), a rejeté le recours formé par la Suisse. Celle-ci a formé un pourvoi devant la Cour de justice (C-547/10 P), lequel est toujours pendant, et dont les conclusions de l'avocat général viennent d'être rendues en date du 13 septembre 2012. L'avocat général prend position sur le statut contentieux de la Suisse devant les juridictions de l'Union et, s'il juge recevable le pourvoi, propose néanmoins de rejeter au fond la requête. Or l'accord signé le 4 septembre 2012, qui également porte sur les approches de l'aéroport de Zurich, dans une optique de réduction des nuisances sonores, ne fait aucun lien direct avec le contentieux porté devant la CJUE. Le communiqué de l'OFAC indique uniquement qu'il met « *un terme à des années de négociation sur la nouvelle réglementation des approches de l'aéroport de Zurich par le sud de l'Allemagne* ». Se pose pourtant la question de savoir si la Suisse maintiendra son pourvoi, et le cas échéant l'incidence du futur arrêt de la Cour sur l'accord du 4 septembre.

En outre, et à la différence de la déclaration d'intention de janvier 2012, l'accord du 4 septembre, ne contient aucun engagement relatif à un autre point de tension entre la Suisse et l'Allemagne en relation avec l'aéroport : le traitement des taxis allemands en Suisse. L'Allemagne souhaite « *que les courses professionnelles des taxis immatriculés en Allemagne en provenance et à destination de l'aéroport de Zurich ne subissent aucune discrimination* ».

Hormis l'aléa lié à sa ratification (un précédent accord du 18 octobre 2001 avait été refusé par le Conseil national suisse le 19 juin 2002, et par le Bundesrat allemand le 12 juillet 2002), l'accord signé le 4 septembre 2012 répond en pratique aux problèmes liés à l'approche de l'aéroport et devrait en principe mettre fin au litige relatif à l'aéroport de Zurich.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Clémentine Mazille, « Aéroport de Zurich. Signature d'un accord entre la Suisse et l'Allemagne », www.ceje.ch, Actualité du 13 septembre 2012.

43. Proposition d'interprétation restrictive de l'ALCP à l'égard des frontaliers indépendants

Dans les conclusions rendues le 18 octobre 2012 dans l'affaire C-425/11, l'avocat général Niilo Jääskinen retient expressément une interprétation restrictive (pt. 51) de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) conclu entre la Suisse, la Communauté européenne et ses Etats membres.

Dans le litige en cause au principal, les époux Ettwein, ressortissants allemands exercent chacun une activité professionnelle indépendante et obtiennent la totalité de leurs revenus en Allemagne. Après avoir transféré leur résidence personnelle en Suisse en 2007, ils se sont vu refuser un avantage fiscal dont ils bénéficiaient jusqu'alors, au motif que le régime favorable du « *splitting* »,

accordé en raison de la situation personnelle et familiale des époux, ne devait pas être appliqué dès lors que leur résidence ne se trouvait ni sur le territoire de l'un des États membres de l'Union ni sur celui d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE). Au cours du contentieux devant les juridictions nationales, la procédure de coopération juridictionnelle a été mise en œuvre afin de savoir si l'ALCP interdit ou permet à un État partie de refuser l'octroi d'un avantage fiscal à ses propres ressortissants travailleurs indépendants non-résidents.

L'avocat général commence par rappeler la nature de l'ALCP, traité international qui doit être interprété « *suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* » (pt. 30) et insiste sur les différences entre cet accord sectoriel et une participation au marché intérieur qu'offre l'adhésion à l'Union ou à l'EEE, pour fonder une différence d'interprétation entre les dispositions du marché intérieur et des dispositions semblables contenues dans les accords tel que l'ALCP (voir en ce sens les arrêts *Polydor* et, à propos de l'ALCP, l'arrêt *Grimme*). Il relève ainsi que l'ALCP a été signé en 1999 à la suite du rejet par la Suisse de l'accord EEE, refus qui « *exprime l'exclusion du projet d'un ensemble économique intégré doté d'un marché unique* » (pt. 36) ; la liberté de circulation prévue par l'ALCP « *diffère de l'esprit et de la finalité des libertés de circulation prévues par les traités dans le cadre du marché intérieur* » (pt. 35). L'ALCP ne met ainsi pas en place une liberté de circulation identique à celle garantie dans l'Union.

A la lumière de cette conception restrictive de l'ALCP, l'avocat général établit que la situation des époux Ettwein n'entre pas dans le champ d'application matériel de l'accord. Celui-ci assure une égalité de traitement en matière fiscale et sociale pour le « *ressortissant d'une partie contractante désirant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'exercer une activité non salariée* » (article 12 de l'annexe I lu en combinaison avec les articles 9 et 15§2 de l'annexe I). Or il considère que le champ d'application des articles 12 et 13 de l'annexe I à l'ALCP est déterminé en fonction de la perspective d'exercer une activité économique sur le territoire d'un autre Etat que l'Etat d'origine. N'étant pas des travailleurs indépendants ni frontaliers indépendants au sens de ces articles, les époux Ettwein ne peuvent pas invoquer l'ALCP contre leur propre Etat. Tout en excluant l'application de ces dispositions, l'avocat général regrette, comme il l'avait fait dans ses conclusions sur l'arrêt *Hengartner et Gasser*, un tel traitement discriminatoire qu'il juge « *peu défendable ... à la lumière des valeurs constitutionnelles communes aux États membres* » (pt. 67).

Si la conception restrictive de l'ALCP s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de justice, le raisonnement tenu par l'avocat général à propos de l'article 16 ALCP mérite une certaine attention. D'abord parce que l'avocat général rappelle que la Cour avait admis en 2011 dans l'arrêt *Bergström*, qu'un ressortissant d'une partie contractante puisse invoquer l'ALCP à l'encontre de son propre État. Néanmoins, il limite cette possibilité aux seules dispositions du droit dérivé annexées à l'ALCP, en s'appuyant sur l'article 16§1 qui pose uniquement un principe d'application équivalente des actes de l'UE auquel l'ALCP se réfère. L'avocat général propose également une application singulière de l'article 16§2, qui prévoit la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à la signature de l'ALCP (21 juin 1999) pour interpréter les notions de droit communautaire contenues dans l'accord. En premier lieu, l'article 16§2 de l'ALCP n'intervient pas pour la qualification juridique mais dans le second temps du raisonnement à titre confirmatif. La prise en compte des arrêts *Werner* et *Asscher* rendus avant le 21 juin 1999 lui permet alors de confirmer l'interprétation retenue (pt. 57). Notant néanmoins l'existence d'un assouplissement de la jurisprudence de la Cour de justice en 2008, l'avocat général ne peut envisager la transposition d'une telle solution dès lors qu'il s'agit d'une jurisprudence postérieure à la signature de l'accord au sens de l'article 16§2. En second lieu, c'est également sur le fondement de l'article 16§2 que l'avocat général exclut la prise en compte des arrêts *Stamm et Hauser* de 2008 ainsi que *Graf et Engel* de 2011. Or d'une part il n'a pas écarté la

jurisprudence *Bergström* de 2011 du point de vue de l'application *ratione temporis*. D'autre part, l'article 16 ALCP s'expliquait par la similitude de l'ALCP avec les dispositions du marché intérieur de l'Union. Alors qu'il était permis de penser que l'article 16§2 ALCP concernait la seule jurisprudence de la Cour de justice rendue dans le cadre interne de l'Union, l'avocat général englobe la jurisprudence de la Cour de justice rendue à propos de l'ALCP et propose en réalité à la Cour de ne pas tenir compte de ses arrêts précédents. Si cette conception singulière de l'application dans le temps de la jurisprudence de la Cour de justice donne l'occasion à l'avocat général de rappeler que « *des avancées en faveur d'une intégration économique plus poussée entre les deux partenaires ne pourraient être réalisées qu'au niveau politique* » (pt. 64), on peut craindre la perspective d'une jurisprudence détachée de toute considération pour la sécurité juridique de ceux qui entendent bénéficier des dispositions de l'ALCP et invoquer, pour ce faire, les décisions de justice rendues sur son fondement.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Clémentine Mazille, « Proposition d'interprétation restrictive de l'ALCP à l'égard des frontaliers indépendants », www.ceje.ch, Actualité du 1^{er} novembre 2012.

44. La décision du Bundesrat allemand concernant l'accord fiscal germano-suisse (Rubik)

La Chambre des représentants des Länder allemands (Bundesrat) s'est prononcée en défaveur de l'accord fiscal entre l'Allemagne et la Suisse, conclu le 21 septembre 2011 et qui avait été ratifié par la Suisse. Bien que la Diète fédérale allemande (le Bundestag) avait déjà accepté l'accord bilatéral en octobre dernier, l'entrée en vigueur dépendait encore de son approbation par le Bundesrat.

Pendant plusieurs années, de nombreux citoyens allemands ont dissimulé leur fortune en Suisse afin de la soustraire au fisc allemand, ce qui a été la cause de nombreux différends entre la Suisse et l'Allemagne. Les désaccords sont arrivés à leur apogée en 2010, lors de l'acquisition par le fisc allemand au Crédit Suisse de CDs contenant des informations dérobées, ceci dans le but de poursuivre les fraudeurs allemands. La légalité de cette démarche fut largement contestée. Toutefois, la Cour constitutionnelle allemande, dans une décision du 9 novembre 2010, jugea que l'achat des CDs était légal en vertu du droit international public et que les données étaient ainsi recevables dans les procédures engagées contre les fraudeurs fiscaux (2 BvR 2101/09).

Cet accord fiscal, qui a été négocié en janvier 2011, vise à empêcher l'évasion fiscale vers la Suisse, à assurer une taxation identique par les banques suisses des revenus sur le capital que celle opérée en Allemagne en vue de prévenir une altération de la concurrence fiscale entre les places financières des deux Etats. Il contient par ailleurs des règles sur l'imposition des investissements futurs en Suisse et prévoit également une application rétroactive de la taxation. Le 5 avril 2012, le traité a été modifié par un protocole complémentaire portant sur l'augmentation des taux d'imposition minimum et maximum ainsi que sur une réglementation, entre autres, des héritages et du nombre de demandes admissibles par les autorités allemandes.

L'accord en question prévoit plusieurs alternatives pour la taxation des fortunes investies en Suisse par le passé pour la période 2002-2012. En principe, un impôt forfaitaire prélevé par la banque ou l'administrateur de biens suisse concerné, éteint la dette fiscale de l'investisseur envers l'Allemagne. Ainsi, ce dernier est dépenalisé pour ses délits de fraude fiscale passée, condamnée sinon par le paragraphe 370 de l'Abgabenordnung allemand (AO), sans être toutefois obligé de révéler son identité. Un taux d'imposition de 21 à 41% est à appliquer aux actifs, en fonction de la durée et de l'ampleur du compte à une date valeur fixée au 31 décembre 2010. L'impunité qui fait suite à ce paiement forfaitaire ne concerne bien entendu que les actifs déposés dans les banques suisses. Par ailleurs, les contribuables allemands se voient offrir deux possibilités supplémentaires pour organiser leur imposition ultérieure. D'un côté, les investisseurs peuvent remplir un

formulaire d'auto-dénonciation ayant pour effet de les innocenter universellement pour toute évasion fiscale passée en vertu du paragraphe 371 AO. D'un autre côté, il leur est possible de se manifester volontairement aux autorités fiscales allemandes. Du fait de cette autorisation, chaque banque suisse est tenue de révéler toutes les relations bancaires relatives au client et à ses biens. Cette déclaration volontaire a les mêmes effets qu'une auto-dénonciation à décharge.

Pour les investissements faits à partir de son entrée en vigueur, l'accord fiscal prévoit une imposition à la source sur les revenus financiers uniformes de 26.375%. En payant cette taxe, les investisseurs assujettis au paiement de l'impôt en Allemagne sont libérés de toute dette fiscale concernant leurs biens en Suisse. Les banques suisses peuvent toutefois offrir à leur clientèle allemande la possibilité d'opter pour une déclaration volontaire, mais n'y sont pas obligées.

Afin de garantir une application effective de l'accord, les autorités allemandes ont le droit d'être informées sur demande. Ces demandes de renseignements faites aux autorités suisses sont néanmoins limitées à 1300 pour deux ans. En outre, la date valeur fixée au 31 décembre 2010 pour l'évaluation rétrospective des actifs, rend plus difficile aux débiteurs fiscaux le contournement de leurs obligations fiscales découlant de l'accord. Toutefois, si un investisseur a mis un terme définitif à ses relations bancaires en Suisse avant cette date, les dispositions de l'accord bilatéral ne lui seront pas applicables. Par ailleurs, la loi fédérale suisse sur l'imposition internationale à la source prévoit comme mesure complémentaire à l'accord bilatéral, de sanctionner les banques et banquiers suisses dérogeant aux obligations qui leurs incombent en vertu de l'accord fiscal. Enfin, l'Allemagne a la possibilité de faire des demandes groupées d'après le standard de l'OCDE afin d'obtenir des informations anonymes sur le comportement typique des fraudeurs.

L'accord bilatéral germano-suisse a été refusé au Bundesrat par les Länder gouvernés par les Partis verts et les sociaux-démocrates. Leur refus est motivé par l'impôt forfaitaire pour le futur considéré comme trop bas à leur goût, sur le faible nombre de demandes admissibles pour deux ans et sur l'impunité accordée automatiquement pour le passé. Ils critiquent également le fait que l'accord permettant aux débiteurs fiscaux d'échapper à l'imposition en mettant fin à leurs relations avec les banques suisses avant le 31 décembre 2012 ainsi que l'interdiction faite à l'Allemagne d'acheter des informations sur les fraudeurs fiscaux allemands. La Suisse a précisé d'ores et déjà que l'accord dans sa forme actuelle n'est plus négociable. En particulier, l'anonymat de la taxation rétroactive est indispensable au regard du droit suisse en raison du fait que le secret bancaire est protégé par le code pénal. Le non-respect de ce principe ne serait donc pas compatible avec les exigences constitutionnelles.

Si une chance subsiste encore afin de faire passer l'accord, elle se trouve entre les mains de la Commission de médiation allemande, dont la fonction est de trancher les désaccords entre les deux Chambres.

Il convient enfin de noter que des accords similaires ont été conclus par la Suisse avec la Grande-Bretagne et l'Autriche et qu'ils entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2013.

Reproduction autorisée avec indication de la source : Selma Gather et Marine Stücklin, « La décision du Bundesrat allemand concernant l'accord fiscal germano-suisse (Rubik) », www.ceje.ch, Actualité du 28 novembre 2012.

* * *

Le Centre d'études juridiques européennes - CEJE -, créé en 1963, est rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Il a pour objectif principal la promotion de l'enseignement et de la recherche en droit européen, notamment ses incidences sur le droit suisse.



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

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

www.ceje.ch