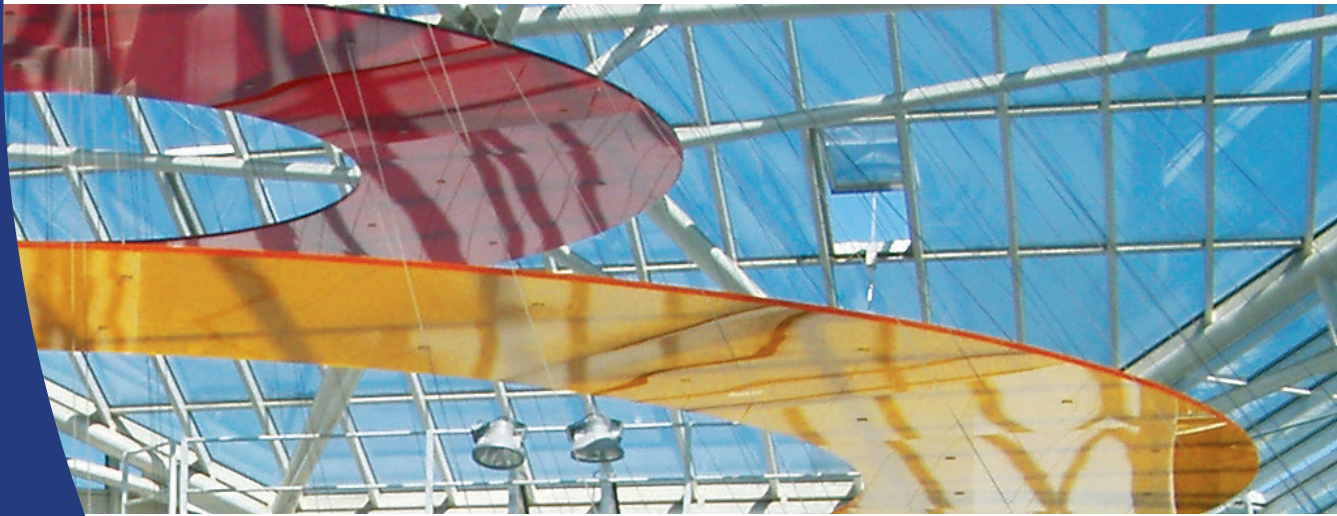


Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2021



Education and Culture DG

Actualités du Centre d'études juridiques européennes

- Année 2021 -

Avant-propos

Le Centre d'études juridiques européennes a le plaisir de publier dans la présente brochure les « actualités » qui ont été rédigées au cours de l'année (en français et en anglais) et qui offrent un éclairage spécialisé sur les développements du droit de l'Union européenne et des relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne.

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

Nous vous souhaitons une bonne lecture.



Mai 2022

Christine KADDOUS

Professeure, chaire Jean Monnet *ad personam*

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

Directrice du Master of Advanced Studies in European
and International Governance (MEIG programme)

Table des matières

I. Questions institutionnelles

1. Action d'un Etat tiers contre les mesures restrictives prises à son égard devant la Cour de justice de l'Union européenne ? (27.1.2021) 1
2. Irrecevabilité du recours contre le paquet climat de 2018 (8.4.2021)..... 2
3. La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît la possibilité pour un État tiers d'introduire un recours en annulation contre un acte réglementaire qui le concerne directement (23.6.2021) 3
4. Daily penalty payment imposed on Poland for non-compliance with the interim measures on the activities at Turów coal mine (4.10.2021)..... 4
5. Les pouvoirs du juge de renvoi mis à l'épreuve par une juridiction supérieure (14.12.2021)..... 5

II. Valeurs et principes de l'Union européenne

6. Affirmation du principe de non-régression dans le respect de l'Etat de droit et des valeurs de l'Union européenne (28.4.2021)..... 7
7. Non-compliance of the Polish judiciary regime with the rule of law requirements (27.7.2021)..... 9
8. Polish Constitutional Tribunal's ruling on the supremacy of the Polish Constitution over the EU Treaties (20.10.2021) 10

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

9. Droit au silence en cas de sanctions administratives présentant un caractère pénal (5.2.2021)..... 11

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

10. Travail portuaire et libertés fondamentales en droit de l'Union européenne (26.2.2021) 12
11. Les notions de temps de travail et période de repos au sens de la directive 2003/88 (17.3.2021)..... 14
12. Limites à la reconnaissance mutuelle des permis de conduire dans l'Union européenne (10.5.2021).. 15
13. Application du principe *ne bis in idem* de la CAAS et la libre circulation des personnes (20.5.2021) . 16
14. Violation par la législation belge des dispositions européennes sur la libre circulation des personnes (17.7.2021) 17
15. Applicabilité de la directive 2004/38 et de la Charte à un citoyen de l'Union économiquement inactif (16.7.2021) 19
16. La protection sociale des travailleurs issus de pays tiers (20.9.2021)..... 20

V. Libre circulation des marchandises et des services

17. Reintroduction of checks at Germany's borders with Austria and the Czech Republic (14.2.2021)..... 21

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

18. Stratégie de l'Union européenne pour renforcer l'espace Schengen (10.9.2021)..... 22
19. Ongoing tension on the Poland-Belarus border in November 2021 (15.11.2021)..... 23
20. L'octroi du statut de réfugié à un enfant mineur aux fins du maintien de l'unité familiale (25.12.2021) 24

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

21. What will happen with the UK application to accede to the Lugano Convention? (16.5.2021)..... 26

22.	L'entrée en fonction du Parquet européen le 1er juin 2021 (3.6.2021).....	27
23.	Mandat d'arrêt européen, accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et accord de commerce et de coopération (3.12.2021).....	28
24.	Determination of habitual residence of a spouse under Brussels II bis Regulation (20.12.2021).....	29
VIII. Energie et environnement		
25.	Effets du non-respect de la directive sur la qualité de l'air par les Etats membres (15.12.2021)	30
26.	Quid de l'accès aux informations environnementales détenues par les autorités judiciaires des États membres ? (26.4.2021).....	32
27.	Endorsement by the Council of the new EU strategy on adaption to climate change (15.6.2021).....	33
28.	Le paquet de mesures de l'UE pour concrétiser ses ambitions climatiques (30.8.2021)	34
IX. Santé et covid		
29.	L'UE renforce son mécanisme de transparence et d'autorisation pour les exportations de vaccins contre la COVID-19 (6.4.2021)	36
30.	Rôle de l'Union européenne dans la négociation d'un traité sur la lutte contre les pandémies (28.5.2021).....	37
31.	Propositions de l'Union européenne à l'OMC relatives à des mesures commerciales pour faire face à la crise de la COVID-19 (17.6.2021).....	38
X. Action extérieure		
32.	Accord global UE-Chine sur les investissements : entre libéralisation et intérêts publics (25.1.2021).....	40
33.	La politique commerciale de l'Union européenne – ouverte, durable et affirmée (4.3.2021)	41
34.	Proposition de bases légales pour l'adhésion de l'Union européenne à la convention d'Istanbul (16.3.2021).....	42
35.	La solidarité en droit international : forum de recherche de la SEDI en avril 2021 (20.4.2021).....	43
36.	Base juridique des décisions relatives à l'application de l'accord de partenariat global et renforcé entre l'UE et l'Arménie (13.9.2021)	44
37.	Proposal for a new EU Regulation on the Generalised Scheme of Preferences (24.9.2021).....	46
38.	L'avis 1/19 relatif à la conclusion de la convention d'Istanbul (14.10.2021).....	47
39.	La fin ré-annoncée de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne (10.11.2021)	48
XI. Politique étrangère et de sécurité commune		
40.	Mesures restrictives croisées entre l'Union européenne et la Chine – Quid des relations bilatérales ? (26.3.2021).....	50
XII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne		
41.	Etat du dossier Suisse-UE après le refus de signature de l'accord institutionnel (2.9.2021).....	51

I. Questions institutionnelles

1. *Action d'un Etat tiers contre les mesures restrictives prises à son égard devant la Cour de justice de l'Union européenne ?*

Pour la première fois, la Cour de justice de l'Union européenne sera appelée à statuer sur la recevabilité d'un recours en annulation introduit par un État tiers contre les mesures restrictives prises par le Conseil de l'Union européenne à son égard. En l'occurrence, le Venezuela avait introduit devant le Tribunal de l'UE un recours en annulation contre le règlement 2017/2063 concernant des sanctions à son encontre telles que l'interdiction de vente ou d'exportation des équipements susceptibles d'être utilisés à des fins de répression interne.

Le 20 septembre 2019 le Tribunal a jugé que le Venezuela n'avait pas démontré qu'il était directement concerné, au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, par les mesures restrictives prises à son égard et qu'il n'avait donc pas la qualité nécessaire pour former un recours en annulation. Le recours a été jugé irrecevable. Le Venezuela a formé pourvoi devant la Cour de justice.

Dans ses conclusions, l'avocat général Hogan considère nécessaire de se prononcer sur deux questions. En premier lieu, sur la question de savoir si le Venezuela est une « personne morale » au sens de l'article 263 TFUE. À supposer que la première question appelle une réponse affirmative, sur la question de savoir si les mesures restrictives affectent directement le Venezuela de sorte à lui reconnaître la qualité nécessaire pour contester la validité de ces mesures.

Pour répondre à la première question, l'avocat général examine d'abord les questions de droit international public soulevées par cette affaire. Il se réfère, d'une part, à la reconnaissance de la souveraineté de l'État de Venezuela par la communauté des nations et d'autre part, au principe de courtoisie judiciaire. L'avocat général affirme que le Venezuela s'est vu attribuer, en raison de cette reconnaissance et du point de vue du droit international public, la personnalité juridique et la considération en tant que personne morale. Concernant le principe de courtoisie, celui-ci garantit à tous les États souverains que, sauf hostilités effectives, ils sont autorisés à saisir les juridictions d'un autre État souverain. L'avocat général invite la Cour de justice à suivre ces pratiques du droit international public.

Par ailleurs, l'avocat général rappelle la jurisprudence du Tribunal qui suggère que les dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doivent être interprétées de manière téléologique (ordonnance du Tribunal du 10 septembre 2020, Cambodge et CRF/Commission, T-246/19, point 46). Par conséquent, exclure les États tiers de la protection juridictionnelle accordée en vertu de l'article 263 TFUE, affirme l'avocat général, irait à l'encontre de l'objectif de cette disposition. De plus, il est d'avis que le respect de l'État de droit (une des valeurs de l'UE) et du principe de protection juridictionnelle effective (consacré à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) plaide également en faveur d'une reconnaissance du Venezuela comme « personne morale » au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

Sur la question du critère de l'affectation directe, l'avocat général fait observer que les mesures restrictives contenues dans le règlement 2017/2063 visaient spécifiquement le Venezuela et avaient pour objet de l'affecter. Selon lui, les sanctions empêchent le Venezuela d'acheter certains biens et services spécifiques à certains opérateurs déterminés de l'UE et affectent de ce fait directement ses droits et intérêts juridiques. L'avocat général ajoute que la Cour de justice a itérativement précisé que, eu égard à son incidence négative sur les libertés et les droits fondamentaux de la personne ou de l'entité faisant l'objet de mesures restrictives, toute inscription sur une liste de personnes ou d'entités visées par des mesures restrictives ouvre à cette personne ou à cette entité, en ce qu'elle s'apparente à son égard à une décision individuelle, l'accès au juge de l'UE, conformément à l'article 263, quatrième

alinéa, TFUE (arrêt de la Cour du 1 mars 2016, *National Iranian Oil Company/Conseil*, C-440/14 P, point 44 et la jurisprudence citée).

Enfin, l'avocat général propose à la Cour de justice de déclarer que le Tribunal a commis une erreur de droit en ce qu'il a jugé que le recours en annulation introduit par le Venezuela était irrecevable pour défaut de qualité pour agir au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Il suggère que la procédure soit renvoyée devant le Tribunal afin que celui-ci puisse statuer à nouveau sur les aspects de recevabilité ainsi que sur le fond du recours en annulation.

La décision de la Cour de justice est fortement attendue.

Maddalen Martin-Arteche, « *Action d'un Etat tiers contre les mesures restrictives prises à son égard devant la Cour de justice de l'Union européenne ?* », *Actualité n°2/2021 du 27 janvier 2021*, www.ceje.ch

2. Irrecevabilité du recours contre le paquet climat de 2018

L'affaire *Armando Carvalho c. Parlement et Conseil*, a été formé en 2018 par 36 requérants originaires de divers États membres de l'Union européenne (Allemagne, France, Italie, Portugal et Roumanie) et du reste du monde (Kenya et îles Fidji), ainsi qu'une association suédoise représentant les jeunes autochtones Samis.

Touchés par la hausse du niveau des mers, les inondations ou la sécheresse – conséquences du changement climatique – les requérants ont contesté les mesures du cadre pour le climat et l'énergie de 2018 réglementant les émissions de gaz à effet de serre pour les années 2021 à 2030 : la directive sur le système d'échange de quotas d'émission, le règlement sur la répartition de l'effort et le règlement sur l'UTCAFT. Ces instruments européens fixent un objectif global de réduction des émissions annuelles de GES de 40 % par rapport aux niveaux d'émission de 1990. Alléguant une violation de leurs droits fondamentaux et invoquant l'Accord de Paris, les requérants ont combiné deux demandes : l'annulation du paquet législatif de l'Union en ce qu'il fixe un objectif de 40 % de réduction des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2030 par rapport au niveau de l'année 1990, et d'ordonner au Conseil et au Parlement européen d'adopter des mesures imposant une réduction comprise, à tout le moins, entre 50 et 60 %, au lieu d'une indemnité pécuniaire pour leurs prétendues pertes individuelles au titre de l'article 240, paragraphe 2, TFUE.

Par ordonnance du 8 mai 2019 le Tribunal a jugé ce recours irrecevable. Se fondant sur une application stricte de l'arrêt *Plaumann*, le Tribunal a décidé que les requérants n'étaient pas individuellement concernés par la législation européenne en cause. Le fait que les effets du changement climatique puissent, à l'égard d'une personne, être différents de ce qu'ils sont à l'égard d'une autre n'implique pas que, pour cette raison, il existe une qualité à agir contre une mesure d'application générale. Une approche différente aurait pour conséquence de vider de leur substance les exigences posées par le TFUE et de créer un droit à agir pour tous. En ce qui concerne la demande d'ordonner au Conseil et au Parlement d'adopter des mesures plus sévères, qui a été faite sous forme de demande indemnitaire, le Tribunal a considéré qu'elle tendait, en réalité, à obtenir un résultat semblable à celui d'une annulation des actes litigieux et que, par conséquent, elle devait être également déclarée irrecevable.

Les requérants ont alors formé un pourvoi contre l'ordonnance du Tribunal, visant à conduire la Cour de justice de l'Union européenne à répondre par la positive à la possibilité de se baser sur une éventuelle violation des droits fondamentaux pour satisfaire les conditions de l'arrêt *Plaumann*. Néanmoins, la Cour a réitéré ce qu'elle a jugé dans l'arrêt *Sabo*, une autre affaire d'action climatique. L'allégation selon laquelle un acte de l'Union viole les droits fondamentaux ne suffit pas, à elle seule, à rendre recevable le recours d'un particulier, sous peine de vider de leur substance les conditions de recevabilité posées par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Elle a rappelé, par ailleurs, que le juge de l'Union ne peut pas, sans excéder ses compétences, interpréter ces conditions d'une manière à s'écarter de ce qui

est expressément prévu par le TFUE, et ce même à la lumière du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective consacré par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

S'agissant des actions climatiques, l'arrêt Plaumann est trop restrictif et ne permet pas un accès adéquat à la justice. En effet, le changement climatique, de par sa nature même, touche tout le monde, les générations actuelles et futures. Le simple fait que les effets du changement climatique soient généraux – mais cela signifie que les préjudices qui en découlent sont plus graves du moment qu'ils touchent un plus grand nombre de personnes – rend les actes juridiques correspondants impropres à un contrôle juridictionnel au titre de l'arrêt Plaumann. Logique veut qu'en matière de changement climatique un dommage plus grand et grave est susceptible d'affecter un nombre de personnes de plus en plus élevé. Cela signifie que la règle de l'intérêt individuel est de moins en moins possible dans les actions climatiques.

Il vaut la peine en outre de rappeler que l'Union européenne est liée à la Convention d'Aarhus. Cette dernière, à son article 9, paragraphe 3, prévoit qu'il faut veiller à que « les membres du public [...] puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes et omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Le Comité de conformité de la Convention d'Aarhus a déjà déclaré, par le biais de deux rapports publiés en 2011 et en 2017, que les critères établis par l'arrêt Plaumann étaient « trop stricts pour répondre aux critères de la Convention » car « les personnes ne peuvent être affectées individuellement si la décision ou le règlement prend effet en vertu d'une situation juridique ou factuelle objective ».

Si d'un côté il est possible d'affirmer que l'Union européenne est l'acteur global de référence pour l'adoption de politiques climatiques ambitieuses, de l'autre côté il reste encore beaucoup à faire s'agissant de la protection juridique individuelle dans les actions climatiques.

Vincenzo Elia, « Irrecevabilité du recours contre le paquet climat de 2018 », Actualité n°12/2021 du 8 avril 2021, www.ceje.ch

3. *La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît la possibilité pour un État tiers d'introduire un recours en annulation contre un acte réglementaire qui le concerne directement*

Dans son arrêt du 22 juin 2021 (aff. C-872/19), la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu la possibilité pour un État tiers, le Venezuela en l'espèce, d'introduire, en tant que « personne morale », un recours en annulation contre un acte réglementaire qui le concerne directement et qui ne comporte pas de mesures d'exécution au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Un résumé de la procédure devant le Tribunal ainsi que des conclusions de l'avocat général Hogan est disponible ici.

Sur la question de savoir si le Venezuela est une « personne morale » au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, la Cour de justice a rappelé que cette notion constitue une notion autonome du droit de l'UE et qu'il est nécessaire de l'interpréter en tenant compte non seulement des termes de cette disposition, mais également du contexte dans lequel elle s'inscrit et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie. S'agissant de l'interprétation littérale de cette disposition, la Cour de justice a signalé qu'il ne ressort ni de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE ni d'autres dispositions du droit primaire de l'UE que certaines catégories de personnes morales, y inclus un État tiers, ne pourraient pas se prévaloir de la faculté d'ester en justice devant les juridictions de l'UE.

En ce qui concerne l'interprétation contextuelle et téléologique de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, la Cour de justice a repris le raisonnement suivi par l'avocat général Hogan dans ses conclusions selon lequel le respect de l'État de droit (une des valeurs de l'UE) et du principe de protection juridictionnelle effective (consacré à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) plaide en faveur d'une reconnaissance du Venezuela comme « personne morale ». En effet, ses intérêts

économiques étant négativement affectés par les mesures restrictives prises par le Conseil de l'Union européenne à son égard, le Venezuela devrait, selon la Cour de justice, pouvoir poursuivre l'annulation de ces mesures. Cette interprétation de « personne morale » n'est pas remise en cause, d'après la Cour de justice, par le fait que l'UE ne puisse pas agir devant les juridictions de certains États tiers. La Cour de justice a rejeté ainsi que le respect de l'État de droit soit subordonné à une condition de réciprocité dans les relations entre l'UE et les États tiers.

Dans un deuxième temps, la Cour de justice a examiné les deux critères cumulatifs devant être réunis pour constater que le Venezuela est « directement concerné » par les mesures restrictives prises à son encontre, à savoir, que celles-ci produisent directement des effets sur la situation juridique de la personne et qu'elles ne laissent aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires chargés de les mettre en œuvre. S'agissant de la première condition, la Cour de justice a considéré que les mesures restrictives prises à l'encontre de cet État tiers l'empêchaient de se procurer de nombreux produits et services. Quant à la deuxième condition, la Cour de justice a signalé que l'application du règlement 2017/2063 concernant des mesures restrictives en raison de la situation au Venezuela, sur lequel se fondaient les mesures restrictives mentionnées et qui constitue l'acte réglementaire en cause, a eu pour effet l'application immédiate et automatique des interdictions à l'égard du Venezuela.

Il découle de ce qui précède que le Venezuela doit être considéré comme une personne morale directement concernée au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Par ailleurs, s'agissant d'un recours en annulation introduit contre un acte réglementaire, le Venezuela ne doit pas démontrer, selon la Cour de justice, qu'il est individuellement concerné par cet acte.

La décision de la Cour de justice dans cette affaire est bienvenue d'un point de vue de la protection juridictionnelle et du droit international public car il aurait été peu convaincante d'écarter la possibilité qu'un État souverain puisse agir en justice en défense de ses intérêts. Elle est d'autant plus opportune que la Cour de justice a auparavant admis la possibilité pour des organisations qui ne jouissent pas de la reconnaissance d'État souverain en droit international public d'introduire un recours en annulation contre des mesures restrictives prises à son égard (voir, en ce sens, l'arrêt du 18 janvier 2007, dans l'affaire C-229/05, point 112).

Maddalen Martin, « La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît la possibilité pour un État tiers d'introduire un recours en annulation contre un acte réglementaire qui le concerne directement », Actualité n°23/2021 du 23 juin 2021, www.ceje.ch

4. Daily penalty payment imposed on Poland for non-compliance with the interim measures on the activities at Turów coal mine

By its order of 20 September 2021 in case Czech Republic v Republic of Poland (C-121/21) the Vice-President of the Court of Justice of the EU imposed a daily penalty payment of 500 000 € on Poland following the Member State's non-compliance with the interim measures ordering it to stop lignite extraction activities at Turów mine.

Since several years the operation of the Turów mine, located on the Polish territory in the close proximity of Czech and German borders, has been the object of heated discussions between Polish and Czech authorities. The Czech Republic claims that lignite extraction activities in the Turów mine run by PGE (Polish State energy company) have a detrimental impact on the environment and have caused significant water shortages in the Czech cross-border territories. Poland argues that it is not able to close the mine as the shutdown would present a risk to its energy security and provoke a huge loss of jobs (the mine generates electricity that represents around 7 % of national energy production). In October 2019, the operator of the mine applied for the extension of lignite mining concession for a further period of six years. In March 2021, the Polish Minister for Climate granted permission for lignite mining until 2026. The Czech Republic considered that, by granting the permission, Poland has

infringed EU environmental legislation, in particular Environmental Impact Assessment Directive (2011/92/EU).

After having referred the matter before the European Commission (which adopted a reasoned opinion stating that Poland has infringed several provisions of EU law but not all the ones raised by Czechia in its complaint), Czechia decided to bring an action for failure on the basis of Article 259 TFEU before the Court of Justice. It then lodged an application for interim measures asking the Court to order Poland to cease lignite mining activities immediately at Turów mine pending delivery of the final judgement. In May 2021 the Vice-President of the Court, Ms Rosario Silva de Lapuerta, issued the requested order. As the Polish authorities did not undertake any action to comply with the measures, the Czech Republic reached the Court again with the request to order Poland to pay a daily penalty payment of 5 000 000 € to the EU budget. In response, Poland brought an application seeking cancellation of the interim order.

The Vice-President dismissed Poland's application and recalled that Article 279 TFEU "confers on the Court the power to prescribe any interim measure that it deems necessary in order to ensure that the final decision is fully effective" (pt 35). Such a measure may imply also provision for a periodic penalty payment. The Vice-President stated that it was "unequivocally clear" that Poland did not comply with the decided interim measures in May 2021. Underlining that in the present case compliance with these measures is necessary in order to avoid serious and irreparable harm to the environment and human health, the judge ordered Poland to pay the Commission a penalty payment of 500 000 € per day from the date of notification of the 20 September 2021's order until that Member State complies with the interim order.

Shortly after the publication of the Order, the Polish Government clearly stated that it would not cease the extraction activities in the mine, nor does it intend to pay the penalty which it considers as "disproportionate". During the press conference in Brussels, the spokesperson of the European Commission underlined that Polish authorities must pay the daily penalties since it is their legal duty. It seems thus that alongside the whole set of proceedings relating to the independence of the Polish judiciary (see for ex. recent order in case C-204/21 R and the related news note published on the CEJE website), the "Turów question" risks to become another source of political tensions between the Polish Government and the EU Institutions.

As several commentators pointed out, *Czech Republic v Republic of Poland* is the first case brought before the CJEU under Article 259 TFEU which aims at enforcing the correct application of environmental obligations [1]. Moreover, it is the first inter-state action in which the Court decided to grant interim measures. The present order confirms that, notwithstanding the subject matter of the dispute and its political dimension, the Court will not hesitate to resort to severe measures to guarantee the effective application of European law and to maintain the authority of its previous findings. This precedent might be an incentive for a more frequent use of Article 259 by the Member States seeking for alternative methods for the solution of political disagreements in situations where diplomatic channels turn out to be fruitless or insufficient.

Alicja Slowik, « Daily penalty payment imposed on Poland for non-compliance with the interim measures on the activities at Turów coal mine », Actualité n°33/2021 du 4 octobre 2021, www.ceje.ch

5. Les pouvoirs du juge de renvoi mis à l'épreuve par une juridiction supérieure

Dans l'affaire C-564/19 ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Pesti Központi Kerületi Bíróság (tribunal central d'arrondissement de Pest, Hongrie), la Cour de justice de l'Union européenne a saisi l'occasion pour rappeler les pouvoirs du juge de renvoi face aux juridictions supérieures et a garanti son indépendance.

En l'occurrence, le Procureur général de la Hongrie a formé, sur la base de l'article 667 du code de procédure pénale, un pourvoi dans l'intérêt de la loi devant la Kúria (Cour suprême), dirigé contre la demande de décision préjudicielle introduite par une juridiction inférieure. La Kúria a jugé que cette demande de décision préjudicielle était illégale au motif que les questions posées n'étaient pas pertinentes pour la solution du litige au principal. La Kúria s'est limitée à déclarer l'illégalité de la demande de décision préjudicielle sans annuler la décision de renvoi elle-même.

La Cour de justice a jugé que cette décision « porte atteinte aux prérogatives reconnues aux juridictions nationales par l'article 267 TFUE » (point 77). Même si la Kúria n'a pas imposé au juge de renvoi de retirer la demande de décision préjudicielle initiale, il demeure que, par sa décision, cette juridiction suprême a considéré cette demande comme étant illégale. Or, « un tel constat d'illégalité est de nature à fragiliser tant l'autorité des réponses que la Cour fournira au juge de renvoi que la décision que celui-ci rendra à la lumière de ces réponses » (point 74). En effet, la décision finale de la juridiction de renvoi reposant sur une ordonnance de renvoi illégale selon une décision définitive de la Kúria, sera manifestement susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire en droit national.

En outre, la décision de la Kúria « est susceptible d'inciter les juridictions hongroises à s'abstenir de poser des questions préjudicielles à la Cour, et cela afin d'éviter que leurs demandes de décision préjudicielle soient contestées par l'une des parties sur la base de ladite décision ou fassent l'objet d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi » (point 75). L'efficacité du droit de l'Union se trouverait compromise si l'issue d'un recours devant la plus haute juridiction nationale pouvait avoir pour effet de dissuader le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'user de la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union.

De telles « limitations à l'exercice par les juridictions nationales de la compétence que leur confère l'article 267 TFUE » auraient également pour effet de « restreindre la protection juridictionnelle effective des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union » (point 76).

L'article 267 TFUE s'oppose par conséquent à l'introduction en droit national des dispositions de nature législative ou jurisprudentielle qui restreignent le pouvoir des juridictions nationales de saisir la Cour de justice sur renvoi préjudiciel. Le principe de primauté impose en outre à la juridiction de renvoi « d'écarter une décision de la juridiction suprême de l'État membre concerné si elle estime que celle-ci porte atteinte aux prérogatives qui lui sont reconnues par l'article 267 TFUE » (point 81).

La Cour de justice n'a pas uniquement affirmé que le pouvoir du juge national, ne statuant pas en dernière instance, de saisir la Cour de justice n'est pas limité par les appréciations en droit portées par les juridictions supérieures. Elle a en outre garanti son indépendance. En l'espèce, elle a jugé que l'article 267 TFUE « s'oppose à ce qu'une procédure disciplinaire soit engagée contre un juge national au motif qu'il a saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle au titre de cette disposition » (point 93). Le fait, pour les juridictions de renvoi, de ne pas être exposées à des procédures ou à des sanctions disciplinaires pour avoir exercé une telle faculté de saisir la Cour de justice, laquelle relève de leur compétence exclusive, constitue « une garantie inhérente à leur indépendance », indépendance qui est, en particulier, essentielle au bon fonctionnement du système de coopération judiciaire qu'incarne le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 TFUE.

Cependant, les questions préjudicielles portant sur l'indépendance de la justice et, plus particulièrement, de la juridiction de renvoi doivent présenter un « un lien de rattachement » avec le litige au principal et répondre à un besoin objectif pour sa solution. Dans ce cadre, la Cour de justice a déclaré irrecevable la question qui lui a été également soumise par la juridiction hongroise, de savoir si certains aspects du système judiciaire hongrois (notamment la procédure de nomination des présidents des juridictions et le système de rémunération des juges) étaient de nature à porter atteinte au principe de l'indépendance de la justice consacré à l'article 19 TUE et à l'article 47 de la Charte. Selon la Cour de justice,

l'interprétation de ces dispositions, telle que sollicitée par la juridiction de renvoi, concernait le système judiciaire hongrois envisagé dans sa globalité et ne répondait pas à un besoin objectif pour la solution, quant au fond, du litige au principal.

La position de la Cour de justice adoptée en l'espèce s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle constante et cohérente qui interdit aux systèmes juridiques nationaux de contourner la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui constitue « la clef de voûte du système juridictionnel institué par les traités ». Le droit de l'Union européenne interdit plus précisément aux États membres d'affaiblir la compétence exclusive des juges nationaux de saisir la Cour de justice sur renvoi préjudiciel ainsi que leur indépendance dans l'exercice de cette compétence.

Il mérite d'être noté qu'en l'occurrence, la Cour de justice n'a pas seulement affirmé les pouvoirs étendus du juge de renvoi. Elle a également renforcé les droits des personnes poursuivies qui circulent dans l'espace juridique européen. Dans sa réponse aux questions portant sur le fond du litige, la Cour de justice a entendu donner plein effet au droit d'être informé de l'accusation portée à son encontre. Elle a en particulier jugé que le droit de l'Union européenne (notamment les dispositions des directives 2010/64 et 2012/13, lues à la lumière de l'article 48, paragraphe 2, de la Charte) s'oppose à ce qu'une personne soit jugée par défaut alors que, en raison d'une interprétation inadéquate, elle n'a pas été informée, dans une langue qu'elle comprend, de l'accusation portée contre elle. La Cour de justice reconnaît aux personnes poursuivies le droit de bénéficier d'une interprétation d'une « qualité suffisante » pour comprendre l'accusation portée contre elles. Ce droit garantit le caractère équitable de la procédure pénale et le respect des droits de défense des personnes poursuivies.

Alexandra Ferentinou, « Les pouvoirs du juge de renvoi mis à l'épreuve par une juridiction supérieure », Actualité n°40/2021 du 14 décembre 2021, www.ceje.ch

II. Valeurs et principes de l'Union européenne

6. *Affirmation du principe de non-régression dans le respect de l'Etat de droit et des valeurs de l'Union européenne*

Dans l'affaire *Repubblika*, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété l'article 19 TUE et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant *Repubblika*, une association dont l'objet est de promouvoir la protection de la justice et de l'État de droit dans l'État de Malte, au Premier ministre de Malte, au sujet d'une action populaire pour la conformité au droit de l'Union des dispositions de la Constitution de Malte régissant la procédure de nomination des juges.

Depuis 1964, la constitution de Malte confère au Premier ministre le pouvoir de présenter au président de la République la nomination des juges maltais. À la suite d'une réforme constitutionnelle en 2016, une commission des nominations judiciaires a été instituée et est chargée d'évaluer les candidats et de fournir un avis au Premier ministre. Toutefois, le Premier ministre est autorisé à s'écarter de l'évaluation de la commission, à condition de rendre publique cette décision et de faire une déclaration à la Chambre des représentants expliquant les raisons de cette décision. En pratique, le Premier ministre dispose ainsi d'un pouvoir décisif dans la nomination des juges maltais, qui, selon *Repubblika*, soulève des doutes quant à l'indépendance de ces juges, telle que prévue aux articles 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE et 47 de la Charte.

En premier lieu, la Cour de justice a jugé que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE a vocation à s'appliquer en l'espèce, dès lors que le recours tend à contester la conformité, au droit de l'Union, de dispositions de droit national qui régissent la procédure de nomination de juges appelés à statuer sur des questions d'application ou d'interprétation du droit de l'Union, et dont il est allégué qu'elles sont

susceptibles d'affecter leur indépendance. S'agissant de l'article 47 de la Charte, la Cour de justice a indiqué que, s'il n'est pas applicable en tant que tel, dans la mesure où Repubblika ne se prévaut pas d'un droit subjectif qu'elle tirerait du droit de l'Union, il doit néanmoins être pris en considération aux fins de l'interprétation de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE.

En deuxième lieu, la Cour de justice a statué que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE ne s'oppose pas à des dispositions nationales qui confèrent au Premier ministre un pouvoir décisif dans le processus de nomination des juges, tout en prévoyant l'intervention, dans ce processus, d'un organe indépendant chargé, notamment, d'évaluer les candidats à un poste de juge et de lui fournir un avis. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour de justice a rappelé l'arrêt Land Hessen, dans lequel elle a affirmé que, parmi les exigences d'une protection juridictionnelle effective auxquelles doivent satisfaire les juridictions nationales susceptibles de statuer sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union, l'indépendance des juges revêt une importance fondamentale, notamment, pour l'ordre juridique de l'Union, et ce à divers titres. En effet, l'indépendance est essentielle au bon fonctionnement du mécanisme de renvoi préjudiciel, prévu à l'article 267 TFUE, qui ne peut être activé que par une instance indépendante. Elle relève en outre du contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective et à un procès équitable prévu à l'article 47 de la Charte.

Ensuite, la Cour de justice s'est référée aux arrêts A.K. et A.B. dans lesquels elle a apporté des précisions quant aux garanties d'indépendance et d'impartialité des juges, requises en vertu du droit de l'Union. Ces garanties supposent notamment l'existence de règles qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité des juges à l'égard d'éléments extérieurs, en particulier, d'influences directes ou indirectes des pouvoirs législatif et exécutif, et quant à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent.

Enfin, et il s'agit de l'élément novateur de cet arrêt, la Cour de justice a utilisé l'article 49 TUE pour souligner que l'Union regroupe des États qui ont librement et volontairement adhéré aux valeurs communes visées à l'article 2 TUE, telles que l'État de droit, qui respectent ces valeurs et qui s'engagent à les promouvoir. Dès lors, un État membre ne saurait modifier sa législation, particulièrement en matière d'organisation de la justice, de manière à entraîner une régression de la protection de la valeur de l'État de droit, valeur qui est concrétisée, notamment, par l'article 19 TUE. Dans cette perspective, les États membres doivent s'abstenir d'adopter des règles qui viendraient porter atteinte à l'indépendance des juges.

Ces précisions faites, la Cour de justice a considéré, d'une part, que l'introduction en 2016 d'un organe tel que la commission des nominations judiciaires peut être de nature à contribuer à une objectivisation du processus de nomination des juges, en encadrant la marge de manœuvre dont dispose le Premier ministre en la matière, à condition que cet organe soit lui-même suffisamment indépendant. En l'occurrence, la Cour de justice constate l'existence d'une série de règles qui apparaissent de nature à garantir cette indépendance. En effet, plusieurs dispositions de la Constitution offrent des garanties pour l'indépendance de cet organe et fixent certaines exigences auxquelles les candidats aux fonctions judiciaires doivent satisfaire. En outre, si le Premier ministre peut décider de présenter au président de la République la nomination d'un candidat non proposé par la commission des nominations judiciaires, il est alors tenu de communiquer ses raisons, notamment au pouvoir législatif.

En conclusion, depuis les arrêts Associação Sindical dos Juizes Portugueses et L.M. rendus en 2018, la Cour de justice a connu une augmentation considérable des renvois préjudiciels demandant à analyser les conditions d'indépendance et d'impartialité des juges et, cette fois-ci, elle a ajouté l'article 49 TUE et l'affirmation du principe de non-régression à la liste des dispositions et arguments invoqués pour assurer le respect de l'État de droit et des valeurs de l'Union.

Vincenzo Elia, « Affirmation du principe de non-régression dans le respect de l'Etat de droit et des valeurs de l'Union européenne », Actualité n°15/2021 du 28 avril 2021, www.ceje.ch

7. *Non-compliance of the Polish judiciary regime with the rule of law requirements*

In a new episode in the on-going saga of questioning the Polish judiciary's independence, the Court of Justice of the European Union (CJEU) ruled recently on the compatibility of the disciplinary regime of Polish judges with EU law. The recent reform of the national disciplinary regime led to the creation of a disciplinary chamber attached to the Polish Supreme Court with exclusive jurisdiction to hear both disciplinary cases concerning judges of the Supreme Court and judges of Polish ordinary courts. The reform is part of a wider set of measures regarding the organisation of the Polish judiciary adopted since the end of 2015. A number of the reforms have been challenged before the CJEU, giving rise to several infringement procedures (see, for example, judgment of the CJEU of 24 June 2019, in case C-619/18; and judgment of 5 November 2019, in case C-192/18), references for a preliminary ruling (see, for example, judgment of the CJEU of 19 November 2019 in joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18), as well as the adoption by the Commission of a proposal, pursuant to Article 7 TEU, for a Council decision on the finding of a clear risk of a serious breach of the rule of law.

On 14 July 2021, the CJEU ordered Poland, following a request for interim measures, to suspend the application of national provisions on the competences of the Disciplinary Chamber of its Supreme Court until the final judgment in case C-204/21 is rendered. The CJEU based its decision on the finding that the Chamber does not constitute a judicial body meeting the requirements of an independent tribunal within the meaning of the second subparagraph of Article 19(1) TEU, read in conjunction with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. The CJEU considered the resulting risk of compromising the independence of the Polish judiciary as likely to cause serious and irreparable damage to the EU legal order, especially the rule of law (Article 2 TEU), requiring urgent measures.

The interim measures were not well received in Poland. Indeed, the Polish Constitutional Tribunal stated on the same day that the measures ordered by the CJEU are inconsistent with the Polish Constitution. The Commission issued on 15 July 2021 a declaration whereby it regretted the statement by the Polish Constitutional Tribunal, reaffirmed the primacy of EU law and threatened Poland to make use of its powers under the EU Treaties in case it did not comply with the ordered measures.

What is more, on 15 July 2021, following an action for infringement of EU law introduced by the Commission against Poland, the CJEU considered Poland to be in breach of the obligations deriving from the second paragraph of Article 19(1) TEU, and the second and third paragraphs of Article 267 TFEU.

The likelihood that the Polish legislative and executive powers use the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court to exert control on the judiciary led the CJEU to find that Poland had breached its obligations resulting from the second paragraph of Article 19(1) TEU. The following are some illustrations of the lack of independence affecting the Disciplinary Chamber. First, the CJEU pointed to the flawed procedure for the appointment of the members of the Disciplinary Chamber. Second, the CJEU mentioned the power vested on the Disciplinary Chamber to sanction judges of ordinary courts for the content of their judicial decisions. Third, the CJEU found that the defence rights of the judges involved in disciplinary proceedings conducted before the Disciplinary Chamber had not been respected on several occasions. Concerning the obligations under the second and third paragraphs of Article 267 TFEU, the CJEU noted that the Polish ordinary judges had been exposed to disciplinary proceedings following their decision to make a reference for a preliminary ruling to the CJEU. The latter would erode the system of cooperation between the EU and national courts and would also call into question the uniform interpretation of EU law and its full effect in the Member States.

The Court of Justice of the EU is not the sole entity pointing at the lack of independence of the Polish Disciplinary Chamber. On 20 July 2021, the European Court of Human Rights gave notice to the Polish Government of a pending case concerning the suspension and lifting of immunity of an ordinary Polish judge. According to the applicant, the Disciplinary Chamber would have ordered such measures

following his statements criticising the reform of the Polish judiciary and would have done so in breach of his rights of defence.

Considering that past infringement actions and declarations against Poland have not attained their purpose, one may doubt whether this is the way to go. The possibility of suspending EU funds allocated to Poland for the non-respect of the rule of law requirements is currently on the table. However, the Commission has not yet applied such possibility against Poland, which the European Parliament has regretted.

Maddalen Martin-Arteche, «Non-compliance of the Polish judiciary regime with the rule of law requirements», Actualité n°26/2021 du 27 juillet 2021, www.ceje.ch

8. *Polish Constitutional Tribunal's ruling on the supremacy of the Polish Constitution over the EU Treaties*

On 7 October 2021 the Polish Constitutional Tribunal (Trybunał Konstytucyjny), ruling on the application lodged by the Polish Prime Minister, stated that several provisions of the Treaty on European Union are inconsistent with the Polish Constitution. By proclaiming the supremacy of the Constitution over the EU Treaties, the Tribunal revived the heated debate over the doctrine of primacy of EU law.

The Tribunal was asked to assess the constitutionality of Articles 1 and 19(1) TEU in conjunction with Articles 4(3) and 2 TEU. It stated, in particular, that the cited provisions are inconsistent with the Polish Constitution in so far as they grant domestic courts the competence to review the legality of the procedure for appointing judges in Poland. It affirmed in clear terms that the Constitution is the supreme law of Poland, which takes precedence as regards its binding force and application. In the oral justification to the decision one of the judges emphasised that if the CJEU did not cease to undermine the position of the Constitutional Tribunal, the latter would be ready to exercise a constitutional review of the CJEU's judgements. The ruling was adopted by majority vote with two dissenting opinions.

Unsurprisingly, the proclamation of the judgement was followed by a strong reaction of both public authorities and Polish civil society all over Europe. Without directly questioning the legitimacy of the Tribunal [1], the President of the European Commission, expressed her "deep concern" in relation to its recent ruling. The Commission immediately issued a statement reaffirming the primacy of EU law. It underlined in particular that it "will not hesitate to make use of its powers under the Treaties to safeguard the uniform application and integrity of Union law".

In the same vein, on 8 October the Polish Senate (Senat) adopted a resolution on Poland's presence in EU revealing its disapproval for the findings of the Constitutional Tribunal. The Upper House of the Parliament considers that the judgement of 7 October is inconsistent with the basic principles of the Polish Constitution and contrary to the national interest. It expressed its fear that the ruling may constitute a "legal introduction" to Poland's withdrawal from the EU. It is also the fear of legal "Polexit" that has motivated thousands of Poles to take part in mass protests organised in many cities on Sunday 10 October. Whereas at present 88 percent of the Polish society declares its willingness to remain in the EU, almost 50 percent of the population believes that the current Government's policy may indeed lead to the "Polexit". The Polish Government's spokesperson firmly denied the existence of any plans to leave the EU. Despite the scale of the political and societal reactions, the Government decided to publish the judgement in the Journal of Laws (Dziennik Ustaw), thus turning it into a legally binding act.

It is worth noticing that the judgement of the Constitutional Tribunal was rendered just one day after the publication of the CJEU's order in the case Commission v. Poland relating to the disciplinary regime applicable to Polish judges (see case C-204/21 and the related news note published on the CEJE website). The order of 6 October concerned Poland's application for cancellation of an order on interim

measures of 14 July 2021. In its argumentation, Poland relied, in essence, on the change of circumstances resulting from the judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 14 July 2021 in which the latter stated that the CJEU acted ultra vires in having prescribed to Poland interim measures regarding the organisation and jurisdiction of the Polish courts. Invoking the absolute nature of the principle of primacy of EU law, the Vice-President dismissed the application. The judge underlined that “by virtue of the principle of the primacy of EU law, a Member State’s reliance on rules of national law, even of a constitutional order, cannot be allowed to undermine the unity and effectiveness of EU law” (point 24).

Positioned in this context and timeframe, the Constitutional Tribunal’s judgement of 7 October could be seen as a deliberate and so far, seemingly successful attempt to escalate the political tensions on the line Warsaw-Brussels. The legal consequences of the bold statement on the supremacy of the Polish Constitution remain uncertain and will depend to large extent on the attitude of Polish ordinary judges. In recent years, the latter have not hesitated to express their opposition to the reforms of the Polish judiciary system by entering into dialogue with the CJEU via the preliminary reference procedure and denouncing the incompatibility of the new legislation with EU law (see for example joined cases C-558/18 and C-563/18). Having once openly expressed their disapproval to the Government’s measures aiming at undermining judicial independence, it cannot be excluded that the ordinary judges would be brave enough this time to disregard the “supremacy statement” of the Constitutional Tribunal and to continue applying EU Treaties in conformity with the principle of primacy.

[1] The appointment procedure of several constitutional judges loyal to the ruling party has raised numerous concerns in relation to its conformity with the principles of impartiality and judicial independence, see for instance the ECtHR’s judgement *Xero Flor w Polsce*.

Alicja Słowik, «Polish Constitutional Tribunal’s ruling on the supremacy of the Polish Constitution over the EU Treaties», Actualité n°35/2021 du 20 octobre 2021, www.ceje.ch

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

9. *Droit au silence en cas de sanctions administratives présentant un caractère pénal*

Dans l’affaire *Consob* (aff. C-481/19) la Cour de justice de l’Union européenne a interprété les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux, et examiné la validité de dispositions de la directive 2003/6 sur les opérations d’initiés et les manipulations de marché et du règlement 596/2014 sur les abus de marché.

Le 2 mai 2012 une personne physique a été soumise par la Consob (Commission Nationale des Sociétés et de la Bourse, Italie) à deux sanctions pécuniaires d’un montant respectif de 300 000 euros pour infraction administrative de délit d’initié commise en 2009 et de 50 000 euros pour défaut de coopération. La personne en question a demandé, à plusieurs reprises, le report de la date d’audition à laquelle elle avait été convoquée. Une fois la date d’audience arrivée, elle a décidé de ne pas répondre aux questions qui lui avaient été adressées sur des opérations financières suspectes qu’elle avait effectuées. Elle a aussi introduit un recours contre les sanctions décidées, prétendant avoir exercé son droit de « *nemo tenetur edere contra se* » (droit de ne pas répondre à des questions dont sa responsabilité aurait pu résulter) découlant de l’article 24 de la Constitution italienne et de l’article 6 CEDH.

La Cour constitutionnelle italienne a considéré que la disposition nationale, sur le fondement de laquelle la sanction avait été infligée, sanctionne le défaut d’obtempérer dans les délais aux demandes de la Consob ou le fait de retarder l’exercice des fonctions de surveillance de cet organisme, y compris les cas de reproche à une personne d’un délit d’initié. Après avoir souligné qu’en Italie les opérations d’initié sont constitutives à la fois d’une infraction administrative et d’une infraction pénale, la Cour constitutionnelle a souligné que la disposition nationale en cause avait été adoptée en exécution d’une

obligation spécifique imposée par l'article 14, paragraphe 3, de la directive 2003/6 et qu'elle constitue la mise en œuvre de l'article 30, paragraphe 1, sous b), du règlement 596/2014. Elle a alors interrogé la Cour de justice de l'Union sur la compatibilité de la directive et du règlement avec la Charte des droits fondamentaux et, plus particulièrement, avec le droit au silence.

La Cour de justice a reconnu l'existence, en faveur d'une personne physique, d'un droit au silence, protégé par les articles 47, paragraphe 2, et 48 de la Charte. Elle a considéré que la directive 2003/6 et le règlement 596/2014 permettent aux États membres de respecter ce droit dans le cadre d'une enquête menée à l'encontre d'une personne et susceptible de conduire à l'établissement de sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal ou sa responsabilité pénale. Plus précisément, la Cour de justice a souligné que les articles 14, paragraphe 3, de la directive 2003/6 et 30, paragraphe 1, sous b) du règlement 596/2014, lus à la lumière des articles 47 et 48 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils permettent aux États membres de ne pas sanctionner une personne physique qui, dans le cadre d'une enquête menée à son encontre par l'autorité compétente en vertu de ladite directive ou dudit règlement, refuse de fournir à cette autorité des réponses susceptibles d'établir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives de nature pénale ou sa responsabilité pénale. A cet égard, la Cour de justice a rappelé que, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable, le droit au silence, qui est au cœur de la notion de « procès équitable », s'oppose à ce qu'une personne physique « accusée » soit sanctionnée pour son refus de fournir à l'autorité compétente des réponses susceptibles de mettre en évidence sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives de nature pénale ou sa responsabilité pénale. Cependant, le droit au silence n'est pas sans limites. Il ne peut pas justifier un défaut de coopération de la personne concernée avec les autorités compétentes, comme dans le cas d'un refus de se présenter à une audience prévue par ces dernières ou de manœuvres dilatoires visant à reporter l'audience.

Enfin, la Cour de justice a estimé que tant la directive 2003/6 que le règlement 596/2014 se prêtent à une interprétation conforme au droit au silence, dans la mesure où ils n'exigent pas qu'une personne physique soit sanctionnée pour avoir refusé de fournir à l'autorité compétente des réponses susceptibles d'établir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives de nature pénale ou sa responsabilité pénale. Toutefois, le fait que la législation en question n'exclut pas explicitement l'imposition d'une sanction pour un tel refus n'affecte pas sa validité. Il appartient aux États membres de veiller à ce qu'une personne physique ne puisse pas être sanctionnée pour avoir refusé de fournir de telles réponses à l'autorité compétente.

Vincenzo Elia, « Droit au silence en cas de sanctions administratives présentant un caractère pénal », Actualité n°3/2021 du 5 février 2021, www.ceje.ch

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

10. Travail portuaire et libertés fondamentales en droit de l'Union européenne

Dans l'arrêt *Katoen Natie Bulk Terminals et General Services Antwerp* (aff. Jtes. C-407/19 et C-471/19), la Cour de justice de l'Union européenne a interprété les articles 34, 35, 45, 49, 56, 101, 102 et 106, paragraphe 1, TFUE, les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux et le principe d'égalité.

Selon la loi belge organisant le travail portuaire, ce dernier peut être effectué seulement par des ouvriers portuaires reconnus. En 2014, la Commission européenne avait alors adressé une lettre de mise en demeure à la Belgique car sa réglementation nationale relative au travail portuaire portait atteinte à la liberté d'établissement telle que garantie par l'article 49 TFUE. Suite à la mise en demeure, en 2016,

la Belgique avait adopté un arrêté royal relatif à la reconnaissance des ouvriers portuaires dans les zones portuaires. Avec l'arrêté royal la Belgique a établi les modalités de mise en œuvre de la loi organisant le travail portuaire, ce qui avait conduit la Commission à clore la procédure d'infraction à son égard.

Dans les affaires jointes sous examen, il était question de plusieurs libertés garanties par la Constitution belge et étroitement liées à plusieurs libertés fondamentales garanties par le droit de l'Union, comme la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Ainsi, le Conseil d'État belge dans la première affaire et la Cour constitutionnelle dans la seconde affaire, ont interrogé la Cour de justice sur la compatibilité des règles nationales prévoyant un régime spécial de recrutement des ouvriers portuaires avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services.

La réglementation belge oblige les entreprises non-résidentes souhaitant s'établir en Belgique pour y exercer des activités portuaires ou qui, sans s'y établir, souhaitent y fournir des services portuaires à faire recours seulement à des ouvriers portuaires reconnus comme tels conformément à ladite réglementation. La Cour de justice a constaté qu'une telle réglementation empêche les entreprises d'avoir recours à leur propre personnel ou de recruter d'autres ouvriers non reconnus. Dès lors, cette réglementation a pour effet de rendre moins attrayant l'établissement de ces entreprises en Belgique ou la prestation, par celles-ci, de services dans cet État membre. Cela constitue une restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services garanties par le droit de l'Union. Néanmoins, la Cour de justice a considéré qu'une telle restriction est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. En effet, la réglementation en cause ne saurait être considérée à elle seule comme inapte ou disproportionnée pour atteindre l'objectif visé, à savoir la garantie de la sécurité dans les zones portuaires et la prévention des accidents du travail.

Après avoir effectué une appréciation globale du régime en cause, la Cour a jugé que la réglementation belge peut être considérée compatible avec les articles 49 et 56 TFUE, pour autant que les conditions et modalités fixées pour son application soient fondées sur des critères objectifs, non discriminatoires, connus à l'avance et permettant aux ouvriers portuaires d'autres États membres de démontrer qu'ils répondent, dans leur État d'origine, à des exigences équivalentes à celles appliquées aux ouvriers portuaires nationaux. En outre, les conditions et modalités fixées ne doivent pas établir un contingent limité d'ouvriers pouvant faire l'objet d'une reconnaissance.

La Cour de justice a ensuite indiqué que les dispositions sur la reconnaissance des travailleurs portuaires constituent également une restriction à la libre circulation des travailleurs consacrée à l'article 45 TFUE, dans la mesure où elles sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif envers les employeurs et les travailleurs provenant d'autres États membres. Ces dispositions prévoient la mise en place d'une commission administrative paritaire chargée d'apprécier les conditions pour qu'un travailleur puisse être reconnu comme ouvrier portuaire. Bien que la Cour de justice ait retenu que ces dispositions poursuivent un objectif légitime, elle ne les a considérées ni nécessaires ni appropriées pour atteindre l'objectif visé.

En guise de conclusion, une loi nationale qui réserve le travail portuaire à des ouvriers reconnus comme tels peut être compatible avec le droit de l'Union si elle vise à garantir la sécurité dans les zones portuaires et la prévention des accidents du travail. Mais les dispositions sur la mise en place d'une commission administrative paritaire chargée d'apprécier les conditions pour qu'un travailleur puisse être reconnu comme ouvrier portuaire n'est ni nécessaire ni appropriée pour atteindre l'objectif visé.

Vincenzo Elia, « Travail portuaire et libertés fondamentales en droit de l'Union européenne », Actualité n°6/2021 du 26 février 2021, www.ceje.ch

11. Les notions de temps de travail et période de repos au sens de la directive 2003/88

Dans l'arrêt *Stadt Offenbach am Main* (aff. jtes C-344/19 et C-580/19), la Cour de justice de l'Union européenne a interprété l'article 2 de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Dans les deux affaires jointes, les requérants au principal ont estimé que leurs périodes de garde sous régime d'astreinte devaient être reconnues, dans leur intégralité, comme du temps de travail et être rémunérées en conséquence, indépendamment du fait qu'ils aient ou non effectué un travail concret durant ces périodes. Dans le cadre de ces affaires jointes, le terme « garde » couvre, de manière générique, l'ensemble des périodes au cours desquelles le travailleur demeure à la disposition de son employeur afin de pouvoir assurer une prestation de travail, à la demande de ce dernier, tandis que l'expression « garde sous régime d'astreinte » vise celles de ces périodes durant lesquelles le travailleur n'est pas contraint de demeurer sur son lieu de travail.

Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour a précisé dans quelle mesure des périodes de garde sous régime d'astreinte peuvent être qualifiées de « temps de travail » ou, au contraire, de « période de repos » au regard de la directive 2003/88. Cette dernière prévoit que la période de garde d'un travailleur doit être qualifiée soit de « temps de travail », soit de « période de repos ». Ces deux notions doivent être entendues comme distinctes et exclusives. La Cour de justice a néanmoins affirmé qu'une période durant laquelle le travailleur n'exerce aucune activité effective au profit de son employeur ne constitue pas nécessairement une « période de repos ». En revanche, une période de garde doit automatiquement être qualifiée de « temps de travail » lorsque le travailleur a l'obligation, pendant cette période, de demeurer sur son lieu de travail, distinct de son domicile, et de s'y tenir à la disposition de son employeur.

Ces précisions faites, la Cour de justice a en premier lieu jugé que, dans des situations telles que celles au principal, les périodes de garde sous régime d'astreinte peuvent relever, dans leur intégralité, de la notion de « temps de travail » lorsque les contraintes imposées au travailleur au cours de celles-ci affectent objectivement et très significativement sa faculté de gérer librement le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de se consacrer à ses propres intérêts. À l'inverse, en l'absence de telles contraintes, seul le temps lié à la prestation de travail effectivement réalisée au cours de telles périodes doit être considéré comme du « temps de travail ».

Afin d'évaluer si une période de garde constitue du « temps de travail », seules les contraintes imposées au travailleur par une réglementation nationale, une convention collective ou par son employeur peuvent être prises en considération. En revanche, les difficultés organisationnelles qu'une période de garde peut engendrer en vertu d'éléments naturels ou du libre choix du travailleur ne sont pas pertinentes. Par exemple, le cas du caractère peu propice aux loisirs de la zone dont le travailleur ne peut, en pratique, s'éloigner durant une période de garde sous régime d'astreinte constitue un tel cas de figure.

Il appartient aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas si une période de garde sous régime d'astreinte doit être qualifiée de « temps de travail ». Pour ce faire, elles doivent prendre en compte le caractère raisonnable du délai dont le travailleur dispose pour reprendre ses activités professionnelles à compter du moment où son employeur sollicite son intervention. L'appréciation du caractère raisonnable du délai doit prendre en compte les contraintes imposées au travailleur, telles que l'obligation d'être muni d'un équipement spécifique lorsqu'il doit se présenter sur son lieu de travail, ainsi que les facilités qui lui sont accordées, comme par exemple la mise à disposition d'un véhicule de service permettant de faire usage de droits dérogatoires au code de la route. Les juridictions nationales doivent également prendre en compte la fréquence moyenne des interventions réalisées par un travailleur au cours de ses périodes de garde, lorsqu'elle peut être objectivement estimée.

En deuxième lieu, la Cour de justice a statué que la rémunération des travailleurs pour les périodes de garde ne relève pas de la directive 2003/88. Il en découle que cette dernière ne s'oppose pas à une réglementation nationale, une convention collective de travail ou une décision d'un employeur qui, aux fins de la rémunération des travailleurs, prend en compte de manière différente les périodes durant lesquelles des prestations de travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli, même lorsque ces périodes doivent être considérées, dans leur intégralité, comme du « temps de travail ». S'agissant de la rémunération des périodes de garde qui, à l'inverse, ne peuvent être qualifiées de « temps de travail », la directive 2003/88 ne s'oppose pas au versement d'une somme visant à compenser les désagréments occasionnés au travailleur par celles-ci.

En conclusion, une période de garde sous régime d'astreinte doit être considérée, dans son intégralité, du temps de travail lorsque les contraintes imposées au travailleur affectent très significativement sa faculté de gérer, au cours de cette période, son temps libre. C'est à la juridiction nationale de mener une telle analyse, mais les difficultés organisationnelles qu'une période de garde peut engendrer pour le travailleur ne sont pas pertinentes.

Vincenzo Elia, « Les notions de temps de travail et période de repos au sens de la directive 2003/88 », Actualité n°9/2021 du 17 mars 2021, www.ceje.ch

12. Limites à la reconnaissance mutuelle des permis de conduire dans l'Union européenne

Dans son arrêt du 29 avril 2021 dans l'affaire C-47/20 Stadt Karlsruhe, la Cour de justice de l'Union européenne précise les limites du principe de reconnaissance mutuelle prévu dans la directive 2006/126 relative au permis de conduire.

F. est un ressortissant allemand résidant en Espagne. Un permis de conduire lui a été délivré par les autorités espagnoles en 1992. Après avoir circulé en état d'ivresse lors d'un séjour temporaire en Allemagne en 2008, F. a été déchu du droit de conduire sur le territoire de cet État membre. En 2009, les autorités espagnoles ont renouvelé son permis de conduire. F. souhaite faire reconnaître la validité de son permis de conduire renouvelé en Allemagne, mais les autorités allemandes rejettent cette demande. F. estime que l'absence de reconnaissance de son permis de conduire est contraire à la directive 2006/126/CE.

La directive 2006/126 vise à améliorer la sécurité routière tout en facilitant la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne. Elle établit des conditions minimales de délivrance d'un permis de conduire au sein de l'Union (art. 7 § 1) et prévoit la reconnaissance mutuelle, sans aucune formalité, des permis de conduire délivrés par les autres États membres (art. 2 § 1).

La Cour de justice a reconnu des limites au principe de la reconnaissance mutuelle des permis de conduire. Dans l'arrêt Aykul de 2015, elle a admis qu'un État membre peut refuser de reconnaître la validité d'un permis de conduire en raison d'un comportement infractionnel de son titulaire survenu après la délivrance du permis. Un tel refus doit être conforme au principe de proportionnalité et ne doit pas signifier une opposition indéfinie à la reconnaissance du permis de conduire.

Les faits dans l'affaire au principal diffèrent toutefois de l'affaire Aykul. Le comportement infractionnel de F. a eu lieu avant le renouvellement du permis. La question est donc de savoir si le renouvellement ultérieur par les autorités espagnoles signifie que ces dernières ont vérifié les aptitudes de F. à la conduite, ce qui imposerait la reconnaissance du permis par les autorités allemandes. La Cour établit une distinction claire entre la délivrance d'un permis de conduire et son simple renouvellement. La délivrance des permis de conduire est soumise à des règles harmonisées relatives au contrôle des aptitudes physiques et mentales à la conduite (art. 7 § 1 de la directive 2006/126/CE). En revanche, le renouvellement des permis de conduire n'exige que l'existence d'une résidence normale sur le territoire de l'État membre de délivrance. Les États membres peuvent subordonner le renouvellement à un contrôle des aptitudes physiques et mentales à la conduite mais ce n'est pas une obligation (art. 7 § 3

de la directive 2006/126). Les conditions exigées pour le renouvellement d'un permis de conduire diffèrent entre États membres. Dès lors, l'obligation de reconnaissance mutuelle ne peut être imposée qu'à la délivrance des permis de conduire mais pas à leur renouvellement. Le refus de reconnaissance mutuelle admis par la Cour dans cet arrêt est néanmoins soumis au principe de proportionnalité et ne doit donc pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de sécurité routière poursuivi par la directive.

Si la directive 2006/126 vise à faciliter la libre circulation des personnes, l'arrêt *Stadt Karlsruhe* précise que le principe de reconnaissance mutuelle des permis de conduire n'est exigible que lorsque des conditions minimales harmonisées ont été adoptées au sein de l'Union européenne.

Elisabet Ruiz Cairó, « Limites à la reconnaissance mutuelle des permis de conduire dans l'Union européenne », Actualité n°16/2021 du 10 mai 2021, www.ceje.ch

13. Application du principe *ne bis in idem* de la CAAS et la libre circulation des personnes

Dans l'affaire *Bundesrepublik Deutschland*, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS), l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 21 TFUE et plusieurs dispositions de la directive 2016/680 relative à la protection des données à caractère personnel en matière pénale.

En 2012, l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol) a publié, à la demande des États-Unis et sur la base d'un mandat d'arrêt émis par les autorités de ce pays, une notice rouge visant WS, un ressortissant allemand, en vue de son extradition éventuelle. Lorsqu'une personne faisant l'objet d'une telle notice est localisée dans un État membre d'Interpol, celui-ci doit, en principe, procéder à son arrestation provisoire ou bien surveiller ou restreindre ses déplacements.

Toutefois, avant même la publication de la notice rouge, une procédure d'enquête portant sur les mêmes faits que ceux à l'origine de cette notice avait été engagée contre WS en Allemagne. Cette procédure a été définitivement clôturée en 2010, après le paiement d'une somme d'argent par WS, et ce conformément à une procédure spécifique de transaction prévue en droit pénal allemand. Par la suite, le *Bundeskriminalamt* (Office fédéral de la police criminelle, Allemagne) a informé Interpol qu'il considérait que, en raison de cette procédure antérieure, le principe *ne bis in idem* était applicable en l'espèce.

En 2017, WS a introduit un recours contre l'Allemagne devant le *Verwaltungsgericht Wiesbaden* (tribunal administratif de Wiesbaden, Allemagne), pour qu'il lui soit ordonné de prendre les mesures nécessaires au retrait de la notice rouge à son encontre. À cet égard, WS a invoqué, outre une violation du principe *ne bis in idem*, une violation de son droit à la libre circulation, garanti par l'article 21 TFUE, dans la mesure où il ne pouvait pas se rendre dans un État partie à l'accord de Schengen ou dans un État membre sans risquer d'être arrêté. Il estimait également que, en raison de ces violations, le traitement de ses données à caractère personnel, figurant dans la notice rouge, était contraire à la directive 2016/680.

La Cour de justice a rappelé que le principe *ne bis in idem* est susceptible de s'appliquer dans une situation telle que celle en cause au principal. La Cour de justice a jugé, en premier lieu, que l'article 54 de la CAAS, l'article 50 de la Charte ainsi que l'article 21, paragraphe 1, TFUE ne font pas obstacle à l'arrestation provisoire d'une personne visée par une notice rouge d'Interpol, tant qu'il n'est pas établi que celle-ci a été définitivement jugée par un État partie à l'accord de Schengen ou par un État membre pour les mêmes faits que ceux fondant la notice rouge et que, partant, le principe *ne bis in idem* s'applique. Lorsque l'application du principe *ne bis in idem* demeure incertaine, une arrestation provisoire peut constituer une étape indispensable en vue de procéder aux vérifications nécessaires tout en évitant la fuite de l'intéressé. Cette mesure est alors justifiée par l'objectif légitime d'éviter l'impunité de celui-ci. En revanche, dès lors que l'application du principe *ne bis in idem* a été constatée

par une décision judiciaire définitive, tant la confiance mutuelle existant entre les États parties à l'accord de Schengen que le droit de libre circulation s'opposent à une telle arrestation provisoire ou au maintien de cette arrestation.

S'agissant, en deuxième lieu, de la question relative aux données à caractère personnel figurant dans une notice rouge d'Interpol, la Cour de justice a jugé que leur traitement poursuit une finalité légitime. En effet, leur traitement ne saurait être considéré comme illicite au seul motif que le principe *ne bis in idem* pourrait s'appliquer aux faits sur lesquels la notice rouge est fondée. Ce traitement, par les autorités des États membres, peut d'ailleurs s'avérer indispensable, précisément afin de vérifier si ledit principe s'applique.

Dans ces conditions, la Cour de justice a statué que la directive 2016/680, lue à la lumière de l'article 54 de la CAAS et de l'article 50 de la Charte, ne s'oppose pas au traitement des données à caractère personnel figurant dans une notice rouge, tant qu'une décision judiciaire définitive n'a pas établi que le principe *ne bis in idem* s'applique en l'espèce. En revanche, lorsque le principe *ne bis in idem* s'applique, l'enregistrement, dans les fichiers de recherche des États membres, des données à caractère personnel figurant dans une notice rouge d'Interpol n'est plus nécessaire, étant donné que la personne en cause ne peut plus faire l'objet de poursuites pénales pour les faits couverts par ladite notice et, par conséquent, être arrêtée pour ces mêmes faits.

En conclusion, le principe *ne bis in idem* peut s'opposer à l'arrestation, dans l'espace Schengen et dans l'Union européenne, d'une personne visée par un signalement Interpol, lorsque les autorités compétentes ont connaissance d'une décision judiciaire définitive constatant l'application de ce principe, prise dans un État partie à l'accord de Schengen ou un État membre.

Vincenzo Elia, « Application du principe *ne bis in idem* de la CAAS et la libre circulation des personnes », *Actualité* n°18/2021 du 20 mai 2021, www.ceje.ch

14. *Violation par la législation belge des dispositions européennes sur la libre circulation des personnes*

Dans l'arrêt *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.*, (aff. C-718/19), la Cour de justice de l'Union européenne a interprété les articles 20 et 21 TFUE, ainsi que de la directive 2004/38, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Cette demande de renvoi préjudiciel a été présentée dans le cadre d'un litige opposant l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et plusieurs associations sans but lucratif actives dans la défense des droits des migrants et de la protection des droits de l'homme, au Conseil des ministres (Belgique), au sujet d'une réglementation nationale qui prévoit, d'une part, la possibilité d'imposer aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles, pendant le délai qui leur est imparti pour quitter le territoire belge à la suite de l'adoption d'une décision d'éloignement prise à leur égard pour des raisons d'ordre public ou pendant la prolongation de ce délai, des mesures préventives visant à éviter tout risque de fuite. D'autre part, la réglementation nationale permet de placer en rétention, pour une période maximale de huit mois, les citoyens de l'Union et les membres de leurs familles qui ne se sont pas conformés à une telle décision d'éloignement, en vue de garantir son exécution. Ces dispositions visant à transposer en droit belge la directive 2004/38 sont similaires ou identiques à celles applicables aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier en vertu de la législation nationale qui a transposé en droit belge la directive 2008/115.

La Cour de justice de l'Union européenne, a constaté, à titre liminaire, que l'équivalence des règles prévues pour l'exécution d'une décision d'éloignement des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles et celles applicables au retour des ressortissants de pays tiers n'est pas, en soi, contraire

au droit de l'Union. Cela établi, la Cour a vérifié si ces règles constituent des restrictions à cette liberté et, dans l'affirmative, si lesdites règles sont justifiées.

Ainsi, la Cour de justice a considéré, en premier lieu, que les dispositions nationales concernées, du moment qu'elles limitent les mouvements de l'intéressé, constituent des restrictions à la liberté de circulation et de séjour sur le territoire belge. La Cour de justice a retenu, en deuxième lieu, que de telles restrictions peuvent être en principe considérées justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique et doivent être appréciées au regard de la directive 2004/38.

S'agissant des mesures préventives visant à éviter le risque de fuite, la Cour de justice a statué que les articles 20 et 21 TFUE et la directive 2004/38 ne s'opposent pas à l'application aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de dispositions similaires à celles applicables aux ressortissants de pays tiers en vertu de la directive 2008/115. Néanmoins, les bénéficiaires de la directive 2004/38 jouissent d'un statut et de droits d'une nature tout autre que ceux dont peuvent se prévaloir les bénéficiaires de la directive 2008/115. Dès lors, eu égard au statut fondamental dont bénéficient les citoyens de l'Union, les mesures qui peuvent leur être imposées en vue d'éviter un risque de fuite doivent respecter les principes généraux prévus par l'article 27 de la directive 2004/38 et ne peuvent pas être moins favorables que les mesures prévues dans le droit national afin d'éviter un tel risque, des ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une procédure de retour pour des raisons d'ordre public.

S'agissant de la rétention à des fins d'éloignement, la Cour a jugé que les articles 20 et 21 TFUE ainsi que la directive 2004/38 s'opposent à une réglementation nationale qui applique aux citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles, qui ne se sont pas conformés à une décision d'éloignement prise à leur égard pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, une mesure de rétention d'une durée maximale de huit mois, cette durée étant identique à celle applicable, dans le droit national, aux ressortissants de pays tiers ne s'étant pas conformés à une décision de retour prise pour de telles raisons, au titre de la directive 2008/115.

À cet égard, la Cour de justice a indiqué que la durée de la rétention prévue par la disposition nationale en cause doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, consistant à assurer une politique efficace d'éloignement des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles. Or, s'agissant spécifiquement de la durée de la procédure d'éloignement, les citoyens de l'Union et les membres de leurs familles ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des ressortissants de pays tiers. Accorder un traitement identique à l'ensemble de ces personnes en ce qui concerne la durée maximale de rétention n'est pas justifié.

Les États membres disposent en effet de mécanismes de coopération et de facilités dans le cadre de l'éloignement des citoyens de l'Union ou des membres de leurs familles vers un autre État membre dont ils ne disposent pas nécessairement dans le cadre de l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers vers un pays tiers. La Cour de justice a en outre rappelé que les relations entre les États membres de l'Union sont fondées sur l'obligation de coopération loyale et le principe de confiance mutuelle, qui ne sauraient pas donner lieu à des difficultés d'une nature identique à celles qui peuvent se présenter dans le cas de la coopération entre les États membres et les pays tiers.

En conclusion, compte tenu des mécanismes de coopération dont disposent les États membres, la durée maximale de rétention de huit mois qui prévue par le droit belge va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer une politique efficace d'éloignement des citoyens de l'Union et des membres de leur famille.

Vincenzo Elia, « Violation par la législation belge des dispositions européennes sur la libre circulation des personnes », Actualité n°24/2021 du 14 juillet 2021, www.ceje.ch

15. *Applicabilité de la directive 2004/38 et de la Charte à un citoyen de l'Union économiquement inactif*

Dans l'arrêt de grande chambre *The Department for Communities in Northern Ireland* du 15 juillet 2021, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les limites de l'application du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni pendant la période de transition. Cet arrêt clarifie les conditions d'application de l'interdiction de discrimination en vertu de la directive 2004/38 et souligne l'importance de la Charte dans l'interprétation des dispositions en matière de citoyenneté.

CG est une ressortissante croate et néerlandaise, mère de deux enfants en bas âge, économiquement inactive et résidente en Irlande du Nord. Elle est arrivée au Royaume-Uni avec son partenaire, dont elle s'est séparée par la suite pour des raisons de violence conjugale. CG a obtenu un droit de séjour temporaire en Irlande du Nord le 4 juin 2020 sur la base de l'annexe UE du régime de résidence adopté par le Royaume-Uni en prévision du retrait de cet État de l'Union européenne. Elle souhaite bénéficier d'une prestation d'assistance sociale dénommée crédit universel. Sa demande, déposée le 8 juin 2020, est rejetée. La juridiction nationale demande à la Cour si un tel refus est compatible avec les dispositions de droit de l'Union en matière de citoyenneté.

La Cour affirme d'abord sa compétence pour se prononcer sur cette affaire en vertu des articles 86 et 126 de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. La Cour est compétente pour statuer sur les demandes préjudicielles présentées avant la fin de la période de transition, soit avant le 31 décembre 2020. La présente demande préjudicielle a été introduite le 30 décembre 2020 et concerne un litige au sujet d'une demande de prestation d'assistance sociale formée le 8 juin 2020. La situation en cause au principal relève du champ d'application *ratione temporis* du droit de l'Union.

La Cour examine ensuite si le refus, par les autorités britanniques, d'octroyer le crédit universel à CG est contraire à l'article 24 de la directive 2004/38, lequel interdit toute discrimination à l'égard des citoyens de l'Union qui séjournent sur le territoire d'un autre État membre. Le deuxième paragraphe de cette disposition autorise, en revanche, l'État membre d'accueil à refuser l'octroi d'une prestation d'assistance sociale dans certaines circonstances. La Cour rappelle qu'un citoyen de l'Union ne peut pas demander à bénéficier de l'égalité de traitement instituée par l'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/38 en ce qui concerne l'accès aux prestations d'assistance sociale si son séjour ne respecte pas les conditions posées par la directive 2004/38. Or CG ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 7, paragraphe 1, pour un séjour supérieur à trois mois mais inférieur à cinq ans puisque, étant économiquement inactive, elle ne dispose pas de ressources suffisantes pour elle et les membres de sa famille. Le droit de séjour de CG ne résulte pas de la directive 2004/38 mais uniquement du droit national. La règle relative à l'égalité de traitement énoncée à l'article 24 de la directive 2004/38 n'est donc pas applicable et les autorités britanniques étaient en droit de refuser l'octroi du crédit universel à CG.

Cela étant, le refus des autorités d'octroyer le crédit universel à CG doit aussi être examiné au regard de la Charte. Même si CG ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'égalité de traitement en vertu de l'article 24 de la directive 2004/38, elle a exercé sa liberté fondamentale de circuler et séjourner dans un autre État membre de l'Union conférée par l'article 21, paragraphe 1, TFUE. En accordant, en vertu du droit national, un droit de séjour temporaire à CG, les autorités britanniques ont mis en œuvre les dispositions du TFUE relatives au statut de citoyen de l'Union et doivent se conformer aux dispositions de la Charte. Les autorités doivent s'assurer que CG, qui se trouve dans une situation de vulnérabilité, puisse vivre dans des circonstances dignes. Elles sont notamment tenues de vérifier si le refus de sa demande de prestation d'assistance sociale n'expose pas CG et ses enfants à un risque concret et actuel de violation de leurs droits fondamentaux, tels que consacrés par les articles 1 (dignité humaine), 7 (respect de la vie privée et familiale) et 24 (droits de l'enfant) de la Charte.

L'arrêt *The Department for Communities in Northern Ireland* précise le champ d'application de la directive 2004/38 mais souligne surtout l'importance de la Charte en matière de citoyenneté de l'Union. Ce texte protège les individus lorsque d'autres règles plus spécifiques ne sont pas applicables. Cet arrêt examine également une catégorie spéciale de citoyens, ceux qui sont en situation de vulnérabilité, et leur offre un degré de protection accru.

Elisabet Ruiz Cairó, « Applicabilité de la directive 2004/38 et la Charte à un citoyen de l'Union économiquement inactif », Actualité n°25/2021 du 16 juillet 2021, www.ceje.ch.

16. La protection sociale des travailleurs issus de pays tiers

Dans l'affaire INPS (C-350/20), la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle portant sur le droit d'accès aux prestations sociales des travailleurs issus de pays tiers.

Cette demande a été présentée dans le cadre de litiges opposant des ressortissants de pays tiers, titulaires d'un permis unique de travail, à l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Institut national de prévoyance sociale, Italie) au sujet du refus d'accorder à ceux-ci le bénéfice d'une allocation de naissance et d'une allocation de maternité.

Le droit d'accès aux prestations sociales et aux avantages sociaux est garanti par l'article 34, paragraphes 1 et 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cet article dispose notamment que « toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et aux pratiques nationales ».

L'article 34, contrairement à d'autres dispositions de la Charte, n'a pas fait l'objet d'un contentieux particulièrement développé. Il existe en effet des difficultés liées à la détermination de ses effets. Il n'est pas certain que cet article confère aux particuliers des droits subjectifs invocables en tant que tels. Certains auteurs ont pu ainsi se demander ce que peut apporter cette disposition en matière de protection sociale [1] ou encore constater que « as a free standing provision, article 34 offers little » [2].

En l'occurrence, la Cour de justice a considéré que l'article 34, paragraphes 1 et 2, de la Charte est « concrétisé » par des dispositions d'une directive européenne. Elle a en particulier jugé que « l'article 12, paragraphe 1, sous e), de la directive 2011/98 concrétise le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale prévu à l'article 34, paragraphes 1 et 2, de la Charte » (point 46).

L'article 12, paragraphe 1, sous e), de la directive 2011/98, prévoit que les travailleurs issus de pays tiers visés à l'article 3, paragraphe 1, sous b) et c), de cette directive bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre où ils résident en ce qui concerne les branches de la sécurité sociale, telles qu'elles sont définies dans le règlement n° 883/2004. La Cour de justice en a ainsi déduit que « lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application d'une directive qui concrétise un droit fondamental prévu par la Charte, les États membres doivent agir dans le respect de cette directive » (point 47).

Faut-il en déduire que, faute d'un « acte de concrétisation », l'article 34 ne pourra pas servir de norme de contrôle ? En l'absence de « concrétisation » par des dispositions du droit de l'Union européenne, cet article ne pourra-t-il pas être invoqué à l'encontre des mesures qui y portent atteinte ? La question reste ouverte puisqu'en l'espèce, la Cour de justice a soigneusement évité de qualifier de « principe » le droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux garanti par l'article 34 de la Charte. Au contraire, elle le qualifie de « droit fondamental prévu par la Charte ».

La question de la nature juridique de l'article 34, paragraphes 1 et 2, de la Charte reste par conséquent ouverte. On doit cependant remarquer que l'application combinée de l'article 34 de la Charte et de l'article 12 de la directive 2011/98 assure une protection sociale renforcée des travailleurs issus de pays

tiers. En l'occurrence, la Cour de justice a jugé que l'article 12 de la directive 2011/98, qui concrétise l'article 34, paragraphes 1 et 2, de la Charte, s'oppose à une réglementation nationale qui exclut les ressortissants de pays tiers visés à l'article 3, paragraphe 1, sous b) et c), de la directive 2011/98 du bénéfice d'une allocation de naissance et d'une allocation de maternité. L'objectif de renforcement de la protection sociale des individus poursuivi par l'article 34 de la Charte a été ainsi atteint.

Alexandra Ferentinou, « La protection sociale des travailleurs issus de pays tiers », Actualité n°31/2021 du 20 septembre 2021, www.ceje.ch

V. Libre circulation des marchandises et des services

17. *Reintroduction of checks at Germany's borders with Austria and the Czech Republic*

On 14 February 2021, the Ministry of the Interior, Building and Community of Germany temporarily reintroduced checks at Germany's borders with the state of Tyrol in Austria and the Czech Republic following their designation as areas of coronavirus variants of concern. The restrictions apply to both commercial and individual travel. In general, persons traveling from the aforementioned territories are not allowed to enter Germany, with the exception of German citizens and their immediate family members, persons who are legal residents of Germany, cargo transport staff and other staff needed for the transport of goods, medical staff, staff of producers of medical equipment and products, employees who are essential for ensuring that enterprises continue to function and persons travelling to Germany for urgent humanitarian reasons. The exempted travellers must provide credible evidence of the reason alleged to enter in Germany and proof of a negative Covid-19 test result.

According to the International Road Transport Union (IRU), the above restrictions would be causing chaos in the transport of goods by road across Europe, in particular, on the North-South and East-West corridors. The IRU notes that more than 7,000 trucks move goods on the North-South corridor through Tyrol every day, and that more than 10,000 trucks use the East-West corridor to Germany via the Czech Republic.

Already on 20 January 2021, the IRU had called the European Commission's attention to the tighter restrictions on goods transport that EU Member States were contemplating vis-à-vis the new coronavirus variants (e.g. closing or controlling intra-EU borders and Covid-19 test requirements for professional truck drivers). Such measures risk breaching the free movement of goods, one of the four freedoms and pillars of the EU internal market (Article 26 TFEU). The IRU asked the Commission to prevent such risk from materializing by making sure that Member States respect the Green Lanes principles put forward by the Commission in 2020 and by exempting goods transport drivers from mandatory Covid-19 testing. Green Lanes are border crossings open to all freight vehicles carrying goods where any checks or health screenings should take no more than 15 minutes. Their aim is, therefore, to facilitate goods transport in the EU in the current pandemic context.

In its letter of 11 February 2020 addressed to the IRU, the Commission reiterated the importance of keeping Green Lanes operations at all times, even more in light of the need to distribute the vaccines against the Covid-19 in Europe. In addition, the Commission affirmed to be ready to take up a coordination role whenever traffic issues related to Covid-19 arise. Indeed, the decision on whether to introduce restrictions to free movement to protect public health remains the responsibility of Member States (Articles 25 to 35 of the Schengen Borders Code). Nevertheless, coordination at the EU level is essential, as demonstrated by the negative impact of unilateral travel restrictions adopted by Member States from early March 2020 on the functioning of the EU internal market and the Schengen Area. Recently, the Commission proposed an update to the Council recommendation of October 2020 coordinating measures affecting the free movement of persons in the EU. Also, the Commission intends to present in mid-2021 a strategy aimed at building a stronger Schengen area based on mutual trust.

It is clear that the German restrictive measures at its borders with Austria and the Czech Republic are not in line with EU institutions' efforts to put forward a coordinated response to dealing with current challenges to the internal market and the Schengen area. As a further difficulty to attain a coordinated response, one should mention that Austria and the Czech Republic have started to require goods transport drivers in transit to Germany a negative Covid-19 test in response to the German restrictions. Nevertheless, the Czech Republic acting jointly with the rest of the Visegrad Group Member States (Hungary, Poland and Slovakia) has attempted to seek an EU response to the German unilateral measures by asking European Council President Charles Michel to help ease controls imposed by Germany on the Czech and Austrian borders.

If the EU is to be perceived as a reliable actor in the fight against the Covid-19 pandemic, a strong coordination between its Member States is highly desirable.

Maddalen Martin Arteché, «Reintroduction of checks at Germany's borders with Austria and the Czech Republic», Actualité n°5/2021 du 14 février 2021, www.ceje.ch

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

18. Stratégie de l'Union européenne pour renforcer l'espace Schengen

La réintroduction des contrôles internes de manière non-coordonnée et unilatérale par les États membres à cause de la crise migratoire de 2015, des attentats sur le sol européen et de la pandémie de Covid-19 a remis en cause l'efficacité de l'espace sans contrôles aux frontières intérieures de l'Union (« l'espace Schengen »). En réponse à l'affaiblissement de l'espace Schengen, la Commission européenne a présenté le 2 juin 2021 une nouvelle stratégie pour le renforcer.

Les mesures envisagées portent tant au sur la dimension externe que la dimension interne de l'espace Schengen. Concernant le volet externe, la stratégie vise, d'un côté, à simplifier l'accès des ressortissants des pays tiers qui ont le droit de séjourner dans le territoire d'un État membre et, d'un autre côté, à restreindre l'accès des ressortissants des pays tiers qui essaient de franchir les frontières extérieures de l'Union de manière illégale. Les premiers pourront soumettre leur demande de visa en ligne et voyager dans l'Union avec une visa numérique qui remplace la vignette-visa actuellement utilisée. Les derniers seront contrôlés aux frontières extérieures de l'Union et seront renvoyés immédiatement vers la procédure de retour ou d'asile. Ce filtrage évitera que les migrants irréguliers traversent les frontières de l'Union et se déplacent ensuite à l'intérieur de celle-ci. Par ailleurs, les États membres sont vivement encouragés à fortifier la coopération avec les pays tiers (notamment les pays d'origine des migrants arrivant sur le sol européen) afin de réduire les flux migratoires irréguliers vers l'Union et de lutter contre le trafic de migrants et la traite des êtres humains.

S'agissant du volet interne, la Commission européenne voudrait en priorité restaurer la confiance mutuelle entre les États membres qui a permis la construction et le maintien de l'espace Schengen. Comme moyens pour y parvenir, les États devront coopérer davantage en matière policière et de gestion de la migration. Concernant la coopération policière, le cadre Prüm (qui permet l'échange d'informations sur l'ADN, les empreintes digitales et l'immatriculation des véhicules entre les États membres) sera renouvelé, les pouvoirs d'Europol seront renforcés et un nouveau code de coopération policière sera adopté. S'agissant de la gestion coordonnée de la migration, celle-ci reposera sur les propositions présentées par la Commission dans le cadre du « Nouveau pacte migratoire », notamment la proposition qui remplacera le règlement « Dublin III ». Cette proposition a pour but, parmi d'autres, de mettre fin aux déplacements des migrants à travers l'Union ayant des effets indésirables sur l'espace Schengen.

La Commission souhaiterait toutefois maintenir la possibilité pour les États membres de réintroduire des contrôles aux frontières intérieures face aux événements menaçant la sécurité ou la santé publique

dans le territoire des États membres. Le recours à cette mesure devrait néanmoins se faire en dernier ressort et de manière coordonnée entre l'UE et les États membres pour éviter l'approche non-coordonnée constatée pendant la pandémie de la Covid-19. En outre, la Commission voudrait garder le système de « voies réservées » mis en place au printemps 2020 pour assurer le transport de biens essentiels en temps de fermeture des frontières nationales.

Touchant tant au volet interne qu'externe de l'espace Schengen, le mécanisme d'évaluation et de contrôle de Schengen ainsi que le code frontières Schengen seront révisés et le dialogue politique sur les défis pour l'espace Schengen sera favorisé davantage. Par ailleurs, la Commission souhaiterait que les États membres qui ne participent pas encore à l'espace Schengen et qui sont considérés prêts pour l'adhésion (la Roumanie, la Croatie et la Bulgarie) en fassent partie.

La nouvelle stratégie de la Commission démontre une forte volonté d'approfondir l'intégration européenne et de restaurer la confiance mutuelle entre les États membres, remises en cause dans le contexte de la pandémie. Il ne s'agit toutefois pas de la seule initiative pour parvenir à ce but. « Next Generation EU », le plan qui autorise l'UE à emprunter des fonds sur le marché et les distribuer ensuite aux États membres pour que ceux-ci les utilisent en vue de la reprise économique après la Covid-19, en est également témoin.

L'ambition intégrationniste que démontre la nouvelle stratégie Schengen de la Commission sera toutefois un effort vain si les États membres mettent en avant leurs intérêts nationaux à l'occasion d'un nouveau défi pour l'espace Schengen.

Maddalen Martin-Arteche, « Stratégie de l'Union européenne pour renforcer l'espace Schengen », Actualité n°29/2021 du 10 septembre 2021, www.ceje.ch.

19. Ongoing tension on the Poland-Belarus border in November 2021

Belarus's retaliation for the restrictive sanctions adopted by the European Union in response to the fraudulent nature of the August 2020 presidential elections in Belarus and the intimidation and violent repression of journalists and opposition members continues. Since June 2021 Belarus has been facilitating the transit of migrants originating from the Middle East and Asia to Lithuania, Latvia, and Poland (all neighbouring countries).

The migratory pressure on the Polish border has become acute in the past weeks. Only in October 2021 Poland recorded 15,000 attempted illegal border crossings. The Polish Government has not, for the time being, requested any support to Frontex, the EU Agency that assists Member States facing challenges at their external borders, such as illegal immigration, upon request of the latter. The Polish Government has instead deployed 12,000 border guards to the border shared with Belarus and constructed a new fence to halt the advance of migrants.

The EU has immediately condemned the conflict escalation on the Poland-Belarus border. The President of the European Commission Ursula von der Leyen expressed on 8 November 2021 the solidarity of the EU with Poland, called the Member States to extend the sanctions adopted against Belarusian authorities and announced that Commission members will be travelling to the countries of origin of the migrants to talk their authorities into discouraging their nationals from 'falling into the trap set by the Belarusian authorities'. In addition, President von der Leyen announced that the Commission will be reaching out to the United Nations agencies to prevent a humanitarian crisis from unfolding and organize the return of migrants to their countries of origin. On 9 November 2021 the Council of the EU agreed on the partial suspension of the visa facilitation agreement concluded between the EU and Belarus. The suspension will not affect ordinary Belarusian citizens, but officials of the Belarus regime. The suspension covers the provisions of the agreement that waive requirements for documentary evidence, regulate the issuing of multiple entry visas and reduce visa application fees.

The condemnatory statements by the EU institutions do not seem to have intimidated the Belarusian authorities. On the contrary, the latter have denied all accusations of violation of the Polish border and have warned Poland against using provocations at the border. Russia has also expressed its concern with the situation at the border and put on the table the possibility that the EU grant financial assistance to Belarus to deal with the influx of migrants. Such possibility seems however unrealistic given the EU's past and present responses to Belarusian provocations.

In the meanwhile, hundreds of migrants seeking to enter the Lithuanian, Latvian and Polish territories from Belarus are confronted to harsh living conditions on the border. As an example, the European Court of Human Rights requested the Polish and Latvian authorities to provide 32 Afghan nationals and 41 Iraqi nationals seeking to obtain international protection in Poland and Latvia, respectively, with food, water, clothing, adequate medical care and, if possible, temporary shelter. Lithuania was requested not to remove 5 Afghan nationals attempting to enter the country from Belarus and hiding in Lithuania from the Lithuanian territory and expel them to Belarus.

The judgements of the European Court of Human Rights remind us that the well-being and lives of hundreds of migrants at the Poland-Belarus border are currently at stake, and so is their right to asylum under international and EU law. Be it as it may, the Member States do not seem, a priori, willing to let asylum seekers into their territories to the extent they did following the 2015 refugee crisis. Indeed, physical border barriers have been built in Hungary, Greece, Spain, Slovenia, Bulgaria, Estonia, Lithuania, Latvia, and Poland to protect their external borders. Some of them (Hungary and Germany, for example) have expressed their support for Poland's efforts to protect the external borders of the EU and prevent the entry of migrants. Germany has even offered to send police personnel to the border with Belarus. By referring to the EU external borders, the need for a unified response to the conflict with Belarus is further stressed. Also, the solidarity demonstrated with Poland may serve to soften the tense relations between the EU and Poland due to the ongoing democratic backsliding in Poland. After all, Poland may be the glue that holds the Member States together during the current migratory challenge.

Maddalen Martin Arteché, «Ongoing tension on the Poland-Belarus border in November 2021», Actualité n° 37/2021 du 15 novembre 2021, www.ceje.ch

20. L'octroi du statut de réfugié à un enfant mineur aux fins du maintien de l'unité familiale

Dans un arrêt récent rendu en Grande Chambre Bundesrepublik Deutschland (C-91/20), la Cour de Justice de l'UE a été amenée à préciser les contours de la discrétion dont jouissent les États membres dans l'octroi du statut de la protection internationale. Elle a considéré que, conformément à la directive 2011/95 (directive « qualification »), un État membre peut étendre automatiquement, à titre dérivé et aux fins du maintien de l'unité familiale, le statut de réfugié à l'enfant mineur d'un parent qui dispose lui-même dudit statut.

En l'espèce, l'Office fédéral des migrations et des réfugiés en Allemagne a rejeté la demande de protection internationale déposée au nom de la fille d'une mère tunisienne et d'un père syrien bénéficiant lui-même du statut de réfugié. La fille (la requérante) est née en 2017 en Allemagne et possède la nationalité tunisienne. Le rejet de sa demande d'asile a été contesté devant le tribunal administratif au motif qu'en vertu de la législation allemande la requérante devait se voir octroyer le statut de réfugié à titre dérivé, en tant qu'enfant mineur célibataire d'une personne bénéficiant de la protection internationale. C'est à cette occasion que le juge national s'était posé la question de la compatibilité de la loi allemande avec l'article 3 et l'article 23, paragraphe 2, de la directive 2011/95 et a décidé d'adresser une demande préjudicielle à la CJUE.

Dans son arrêt, la Cour a admis que la requérante ne satisfaisait pas aux conditions nécessaires pour se voir octroyer, à titre individuel, le statut de réfugié en application de la directive 2011/95 puisqu'en

tant que ressortissante tunisienne elle pouvait se prévaloir de la protection effective en Tunisie. La Cour a également rappelé, comme elle l'avait fait originairement dans l'affaire Ahmedbekova (C-652/16), que la directive ne prévoit pas « [l'] extension du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire aux membres de la famille de la personne à laquelle ce statut est octroyé » (pt 36). Ceci étant précisé, l'article 3 de la directive permet aux États membres d'adopter ou de maintenir « des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec [cette] directive » (pt 38). En s'appuyant notamment sur l'obligation des États membres de veiller au maintien de l'unité familiale du bénéficiaire d'une protection internationale, la Cour a pu constater que « la reconnaissance automatique, en vertu du droit national, du statut de réfugié à des membres de la famille d'une personne à laquelle ce statut a été octroyé [...] n'est, a priori, pas dénuée de tout lien avec la logique de protection internationale » (pt 41). La compatibilité d'une telle reconnaissance automatique avec la directive 2011/95 a été soumise à la satisfaction de deux conditions. Premièrement, le statut « dérivé » de réfugié ne pourrait pas être octroyé à une personne qui en est exclue en vertu de l'article 12, paragraphe 2, de la directive. Deuxièmement, l'enfant auquel serait attribué le statut dérivé ne devra pas avoir, par sa nationalité ou un autre élément caractérisant son statut juridique personnel, droit à un meilleur traitement dans ledit État membre que celui résultant de l'octroi du statut de réfugié.

Il est intéressant de noter que le raisonnement de la Cour ainsi que la solution dégagée diffèrent à plusieurs égards de l'analyse conduite par l'avocat général Richard de la Tour qui dans ses Conclusions invitait les juges à constater l'incompatibilité de la législation allemande avec la directive « qualification ». Loin d'ignorer la place éminente de l'obligation de protéger l'unité familiale dans le système d'asile, l'avocat général avait mis l'accent notamment sur les objectifs poursuivis par la directive. Il avait souligné à plusieurs reprises que par l'adoption de l'instrument le législateur souhaitait établir « un statut de réfugié et un statut conféré par la protection subsidiaire qui soient uniformes » et réduire ainsi le risque des mouvements secondaires. Ces éléments n'ont pas été repris par la Cour qui a préféré fonder son raisonnement notamment sur l'impératif de préserver l'unité familiale du réfugié et de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant. Le choix de cet angle d'analyse peut dévoiler la volonté des juges de ne pas sanctionner les mesures étatiques visant à une plus grande protection des droits fondamentaux des bénéficiaires de la protection internationale. En effet, en matière d'asile, il arrive assez souvent que l'usage fait par les États de la marge de manœuvre sur la base de la réglementation européenne résulte en l'abaissement du niveau de protection des droits fondamentaux [1]. Il n'est pas donc surprenant que dans l'une des rares affaires où était en jeu la législation plus protectrice des droits de l'individu, la Cour s'est montrée plus indulgente à l'égard des mesures nationales et a décidé de ne pas défendre à tout prix l'objectif de l'application uniforme du droit de l'UE.

L'affaire Bundesrepublik Deutschland met en exergue les difficultés résultant de l'application des instruments qui ne visent pas l'harmonisation totale des législations nationales. Or, ce type d'harmonisation non-exhaustive a été jusqu'alors privilégié lors de l'adoption des textes dans le domaine de l'asile soulevant souvent des questions politiquement sensibles. Aussi longtemps que le législateur européen ne décide pas d'atteindre un niveau plus élevé d'uniformisation des règles en la matière, il appartiendra à la Cour de tracer les limites de la discrétion des États membres dans la mise en œuvre des normes plus favorables.

Alicja Slowik, « L'octroi du statut de réfugié à un enfant mineur aux fins du maintien de l'unité familiale », Actualité n°38/2021 du 25 novembre 2021, www.ceje.ch

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

21. *What will happen with the UK application to accede to the Lugano Convention?*

By its recommendation of 4 May 2021, the European Commission took the view that the EU should not give its consent to the UK's accession to the 2007 Lugano Convention. The latter has been concluded between the EU, Denmark in its own right and three out of the four EFTA members to regulate both international jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgements in civil and commercial matters between the contracting parties. Until 31 December 2020, the UK participated to the Lugano Convention via its EU membership. Hence, by leaving the EU the UK ceased to be a contracting party. Pursuant to Article 72 of the Lugano Convention, accession to the Convention is nevertheless open to third parties and requires the consent of all contracting parties. The UK relied on such provision to apply for accession in its own right on 8 April 2020.

The Commission based its recommendation on the following two grounds: the nature of the Lugano Convention and the existing framework of judicial cooperation between the EU and third countries. As regards the first ground, the Commission pointed that the Lugano Convention constitutes a flanking measure for the EU's economic relations with Switzerland, Norway and Iceland. Indeed, these three non-EU countries participate, at least partly, in the EU's internal market. By contrast, since 1 January 2021 the UK ceased to participate in the EU's internal market, and ever since, bilateral economic relations between the EU and the UK are governed by an "ordinary" Free Trade Agreement. According to the Commission, the latter agreement does not grant the UK any accession to the fundamental freedoms and policies of the EU's internal market. In light of the special bond established between the EU and the rest of the contracting parties to the Lugano Convention, and the current absence of such bond between the EU and the UK, the Commission concluded that Article 72 of the Lugano Convention should not be construed as allowing the participation to the Convention of any third country without any special link to the internal market, a category in which the UK would fall.

Concerning the second ground, the Commission notes that, in the absence of any provision regarding the UK's accession to the Lugano Convention in any instrument governing the bilateral relations between the EU and the UK, the appropriate framework for cooperation with third countries in the field of civil judicial cooperation is governed by the Hague Conventions, namely the 2005 Hague Choice of Court Convention and the 2019 Hague Judgements Convention. The EU is party to the former but not the latter, and since 1 January 2021, the UK is party to the former in its own right. It follows that the 2005 Hague Choice of Court Convention covers the relations between the EU and the UK as regards the choice of court in civil and commercial matters. In case the EU and the UK became parties to the 2019 Hague in the future, the latter would govern their relations in the field of recognition and enforcement of judgments. If, on the contrary, they were not to become parties to the 2019 Hague Convention, the recognition and enforcement of judgements between EU Member States and the UK would be governed by rules of the State where recognition or enforcement of the judgment is sought.

The final word to decide on the EU's consent to the UK's accession to the Lugano Convention belongs to the Council. However, Member States are divided on the present issue. Furthermore the EU-UK relations are currently characterised by tensions, as the EU's decision to launch legal actions against the UK-Swedish company AstraZeneca for not keeping to its contract for the supply of COVID-19 vaccines evidences. Above all, the emphasis on the UK's status as a third country without a special link to the EU's internal market, on the one hand, and the ordinary nature of the Free Trade Agreement between the EU and the UK, on the other, stand out from the Commission's recommendation. What is more, the Commission's recommendation is at odds with the support to the UK's accession to the Lugano Convention expressed by Switzerland, Iceland and Norway. The Council decision is expected to be adopted in the next weeks.

Maddalen Martin Arteché, « What will happen with the UK application to accede to the Lugano Convention? », Actualité n°17/2021 du 16 mai 2021, www.ceje.ch

22. L'entrée en fonction du Parquet européen le 1er juin 2021

Le Parquet européen, établi par le règlement 2017/1939 du 12 octobre 2017, a commencé ses activités le 1er juin 2021. Cet organe de l'Union européenne est chargé de mener des enquêtes, d'effectuer des actes de poursuite et d'exercer l'action publique devant les juridictions compétentes de 22 États membres en lien avec les infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union qui sont prévues par la directive 2017/1371. La Hongrie, la Pologne, la Suède, le Danemark et l'Irlande ne participent pas à la coopération renforcée qui est à la base du Parquet européen. Ces États membres ont néanmoins la possibilité de rejoindre cet organe s'ils le souhaitent (article 331 TFUE et protocoles n°21 et 22). Pour l'instant, la Hongrie s'est formellement engagée à collaborer avec le Parquet européen par le biais d'un accord de travail et la Suède a communiqué son souhait de rejoindre cet organe en 2022.

L'entrée en fonction du Parquet européen est controversée. D'une part, la Finlande et la Slovaquie n'ont pas respecté le délai (le 1er juin 2021) pour nommer leurs procureurs européens délégués. Le non-respect de ce délai est d'autant plus grave que les procureurs européens délégués joueront un rôle clé au sein de l'institution. En effet, ils seront en charge, dans leurs États membres respectifs, des enquêtes, des poursuites et de la mise en état des affaires appartenant à la compétence du Parquet européen (article 13 du règlement 2017/1939). La chef du Parquet européen, Madame Laura Kövesi, a jugé le comportement de la Slovaquie de manque manifeste de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE). En raison de la violation de cette obligation, la Commission pourrait initier une procédure de manquement contre la Finlande et la Slovaquie en vertu de l'article 258 TFUE et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (arrêt du 15 novembre 2011, dans l'affaire C-539/09, Commission c. Allemagne, ECLI :EU :C :2011 :733). La Commission n'a pas pour l'instant pris une telle décision. L'absence de procureurs européens délégués en Finlande et en Slovaquie n'a toutefois pas empêché le début de l'activité du Parquet européen car le règlement 2017/1939 prévoit que, dans des circonstances exceptionnelles, le procureur européen d'un même État membre (qui est en principe responsable de la surveillance d'une affaire) puisse remplacer le procureur européen délégué chargé de mener l'enquête dans l'État membre concerné (article 28, paragraphe 4, du règlement 2017/1939). Madame Laura Kövesi a cependant signalé que la confiance dans le fonctionnement efficace des systèmes de gestion et de contrôle des fonds de l'UE en Slovaquie serait affaiblie en raison du manque mentionné.

D'autre part, le budget attribué pour l'année 2021 (44.952.790 euros) a été considéré insuffisant pour faire face à la charge de travail actuelle du Parquet (le nombre initial de cas est prévu de 3.000). Une pénurie de ressources financières, parmi d'autres ressources, n'est pas sans risque. En effet, elles seront vitales pour le fonctionnement efficace et libre du Parquet. Un organe non performant ne bénéficierait à personne.

Les attentes placées dans le Parquet européen sont élevées, d'autant plus que dès le 31 mai 2021 l'UE peut commencer à mettre à disposition des États membres des fonds au titre de la facilité pour la reprise et la résilience après la pandémie de Covid-19, qui est dotée de 672,5 milliards d'euros. Le Parquet européen est désormais responsable de veiller à ce que ces ressources financières soient destinées aux objectifs visés au règlement 2021/241 du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience. Cette tâche s'avère complexe en raison de la non-participation de cinq États membres au Parquet européen. Par conséquent, cet organe devra se servir des instruments autres que la coopération renforcée et d'autres organes de l'UE, tels que Eurojust, Europol et l'Office européen de lutte antifraude, pour mener des enquêtes en cas de soupçon de fraude portant atteinte aux ressources provenant de la facilité pour la reprise et la résilience qui auraient été commise dans le territoire des États membres non participant au Parquet européen ou qui auraient des effets sur le territoire de ces États membres.

Nous pouvons constater que le Parquet européen est déjà confronté à des difficultés et des interrogations. L'UE et les États membres auront vif intérêt à respecter le mandat du Parquet européen ainsi qu'à coopérer avec lui vu son rôle prééminent dans la protection des intérêts financiers de l'UE.

Maddalen Martin-Arteche, « L'entrée en fonction du Parquet européen le 1er juin 2021 », Actualité n°20/202 du 3 juin 2021, www.ceje.ch

23. Mandat d'arrêt européen, accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et accord de commerce et de coopération

Dans son arrêt *Governor of Cloverhill Prison* du 16 novembre 2021, la Cour de justice de l'Union européenne a déclaré l'autonomie de l'article 50 du traité sur l'Union européenne (TUE) comme base juridique pour adopter l'accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, d'une part, et de l'article 217 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) comme base juridique pour adopter l'accord de commerce et de coopération entre l'UE et le Royaume-Uni, d'autre part.

Le litige au principal concerne deux personnes placées en détention en Irlande dans l'attente d'une décision sur leur remise aux autorités du Royaume-Uni en vue de l'exécution des peines infligées par celles-ci. Dans les deux cas, le mandat d'arrêt européen a été émis avant la fin de la période de transition (le 31 décembre 2020) durant laquelle le Royaume-Uni a été considéré comme un Etat membre de l'Union en vue de l'application du droit de l'UE à son égard. S'agissant de leur détention, la première personne a été arrêtée en Irlande avant la fin de la période de transition et la deuxième personne après la fin de celle-ci. Cette différence signifie que la remise de la première personne aux autorités du Royaume-Uni est régie par l'article 62, paragraphe 1, sous b), et l'article 185, quatrième alinéa, de l'accord de retrait. La remise de la deuxième personne, par contre, est régie par l'article 632 de l'accord de commerce et de coopération. Selon les requérants au litige principal, l'Irlande ne serait pas liée par ces dispositions ni dans l'accord de retrait ni dans l'ACC étant donné qu'elles relèvent des mesures concernant l'espace de liberté, sécurité et de justice de l'Union (ELSJ), visées par le protocole n° 21. Pour chacun de ces accords, il aurait été nécessaire, selon les requérants, de recourir également à l'article 82, paragraphe 1, second alinéa, sous d), TFUE (coopération judiciaire en matière pénale) comme base juridique additionnelle.

S'agissant de l'accord de retrait, la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le but poursuivi par l'article 50 TUE dans son arrêt *Wightman* du 18 décembre 2018. La Cour avait indiqué que cette disposition poursuit un double objectif qui vise d'une part, à consacrer le droit souverain d'un Etat membre de se retirer de l'Union et, d'autre part, à mettre sur pied une procédure visant à permettre qu'un tel retrait s'opère de façon ordonnée » (aff. C-621/18, pt 56). Dans l'arrêt *Governor of Cloverhill Prison* du 16 novembre 2021, la Cour a insisté sur le second objectif de l'article 50 TUE. Le retrait ordonné du Royaume-Uni de l'Union a requis, selon la Cour, que pendant la période de transition les règles constituant une partie importante de l'acquis de l'Union continuent à s'appliquer sur le territoire du Royaume-Uni. Par conséquent, la Cour a conclu que seul l'article 50 TUE constitue une base juridique autonome et indépendante de toute autre base juridique qui peut garantir à lui seul que le retrait s'opère de façon ordonnée (pt 54). Par ailleurs, la Cour a rappelé que, l'Irlande étant liée par le régime de mandat d'arrêt européen avant l'entrée en vigueur de l'accord de retrait, y compris à l'égard du Royaume-Uni, l'adjonction de l'article 82, paragraphe 1, second alinéa, sous d), TFUE à la base juridique matérielle de l'accord de retrait créerait des incertitudes juridiques contraires au retrait ordonné du Royaume-Uni de l'UE car l'inclusion de cette disposition entraînerait l'application du protocole n°21 et, par conséquent, l'Irlande serait traitée comme n'ayant jamais participé au régime de mandat d'arrêt européen. En ce qui concerne les accords d'association conclus sur la base de l'article 217 TFUE, ceux-ci peuvent contenir des règles relatives à tous les domaines relevant de la compétence de l'Union (voir, dans ce sens, l'arrêt du 18 décembre 2014, dans l'affaire C-81/13). Par conséquent, l'inclusion de bases juridiques plus spécifiques dans ce type d'accord chaque fois qu'il porte sur une

matière spécifique serait de nature à vider de leur substance la compétence et la procédure (unanimité des Etats membres) prévues par l'article 217 TFUE (voir, en ce sens, l'arrêt du 2 septembre 2021, dans l'affaire C-180/20). La Cour a signalé que ces considérations s'appliquent mutatis mutandis à l'accord de commerce et de coopération. La Cour a aussi voulu rappeler que les Etats membres de l'Union ont tous accepté l'inclusion des dispositions sur l'ELSJ dans l'accord de commerce et de coopération. Il s'ensuit que les dispositions de cet accord sur la remise de personnes sur la base d'un mandat d'arrêt européen sont correctement fondées sur l'article 217 TFUE.

L'Irlande est donc liée par les dispositions respectives sur la remise de personnes de l'accord de retrait et de l'accord de commerce et de coopération et devra exécuter les deux mandats d'arrêt européen émis par le Royaume-Uni.

L'arrêt *Governor of Cloverhill Prison*, du 16 novembre 2021, est important du point de vue de la nature spécifique des relations bilatérales entre l'Union et le Royaume-Uni. L'accord de commerce et de coopération n'est pas un simple accord de commerce entre l'Union et un pays tiers, mais il a pour but d'établir une relation plus étroite entre les parties. Le fait que tous les Etats membres de l'Union, y compris ceux qui bénéficient des « opts-out » en matière de l'ELSJ, sont liés par cet accord révèle l'existence d'un lien particulier entre les parties contractantes. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour confirme que l'Union a une large compétence pour conclure aussi bien un accord de retrait sur la base de l'article 50 TUE qu'un accord d'association sur la base de l'article 217 TFUE.

Maddalen Martin-Arteche, « Mandat d'arrêt européen, accord de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et accord de commerce et de coopération », Actualité n°39/2021 du 3 décembre 2021, www.ceje.ch

24. Determination of habitual residence of a spouse under Brussels II bis Regulation

In the recent case *IB* (C-289/20) the Court of Justice of the EU (CJEU) stated that for the purposes of applying jurisdictional rules on the matters relating to divorce, a spouse may have only one habitual residence, even in situations when he or she divides his or her time between two Member States.

In the case at hand, the applicant *IB*, a French national married to an Irish citizen, filed an application for divorce before a French Regional Court. The latter declared that it lacked territorial jurisdiction to rule on the issue as it was not clearly established that the habitual residence of the applicant was situated in France. Mr *IB* argued that in the past two years he had worked in France on a stable and permanent basis: this fact would indicate that his habitual residence was located in this country. At the same time, he continued to travel to his family home in Ireland. Therefore, the applicant had significant ties with both France and Ireland. Under these circumstances, the national judge wondered whether a spouse might be habitually resident in two Member States for the purposes of determining jurisdiction to hear a divorce application. The French Court of Appeal decided to refer the matter to the Court of Justice asking it for guidance on the interpretation of Article 3 of Regulation 2201/2003 (the Brussels II bis Regulation/Regulation).

Article 3 of Brussels II bis Regulation provides for “objective, alternative and exclusive” criteria for jurisdiction on matters relating to divorce (point 32 of the CJEU’s judgement). In particular, it confers jurisdiction to the courts of the Member State where “the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least six months immediately before the application was made and is either a national of the Member State in question or, in the case of the United Kingdom and Ireland, has his or her “domicile” there”. The Court was called to determine whether a spouse could have more than one habitual residence at a given time for the purposes of this provision.

The Court recalled that, in the absence of any definition of habitual residence in the Regulation, this concept must be given an “autonomous and uniform interpretation” (point 39). Following a literal interpretation, the Court pointed out that the Regulation never refers to the concept of “habitual residence” in the plural. It then noticed that the possibility for a person to have his or her habitual

residence simultaneously in more than one Member State would clearly go against legal certainty and predictability of jurisdictional rules. Subsequently, relying on its case law on the application of the provisions of Brussels II bis Regulation on the parental responsibility (case HR, C-512/17) the Court formulated guidelines on the determination of the habitual residence of a spouse. It stated that “the concept of ‘habitual residence’ is characterised, in principle, by two factors [...] the intention of the person concerned to establish the habitual centre of his or her interests in a particular place and [...] a presence which is sufficiently stable in the Member State concerned” (point 58). Emphasising that it is ultimately for the national judge to rule on the facts of the case, the Court noticed that several elements, such as the professional activity and the integration of the applicant within the French society, indicated that he has effectively transferred his habitual residence to France.

By excluding the possibility for a person to be habitually resident in more than one Member State, the CJEU intended to promote predictability of jurisdictional rules. The contrary solution would probably jeopardise the balance established by Brussels II bis Regulation between the free movement of persons within the EU and the legal certainty to the detriment of the latter. If the applicant living in two Member States had a possibility to choose freely between the jurisdictions of both countries, the defendant would not be able to know in advance in which court he could be sued. Nonetheless, one must admit that the reasoning proposed by the Court in IB suited very well to the particular facts of the case given that the applicant’s ties with France seemed at first glance stronger than his bonds with Ireland (at least within a period immediately preceding the application for divorce). In a more and more globalised world, one can easily imagine a more complex scenario in which one person pursues his or her professional and private activities in two countries and spends the same amount of time in each of them. In such a situation, it would be very difficult for a judge to determine one single habitual residence of a spouse.

The present judgement constitutes an additional attempt to shed light on the concept of habitual residence, a key-notion in EU Private International Law. Over the years, the concept has given birth to a substantial body of case law. For the time being, there exists no universal, be it judge-made, definition of the notion of habitual residence common to all EU instruments on judicial cooperation. The solution put forward in the present case will not necessarily affect the understanding of the notion in other contexts (relating for instance to conflict of laws situations in civil and commercial matters). It will remain however relevant for the purposes of the application of the instrument which will replace Brussels II bis Regulation (Regulation 2019/1111)[1] given that the recast version does not modify the jurisdictional rules on divorce-related matters.

Alicja Słowik, « Determination of habitual residence of a spouse under Brussels II bis Regulation », Actualité n°41/2021 du 20 décembre 2021, www.ceje.ch

VIII. Energie et environnement

25. Effets du non-respect de la directive sur la qualité de l’air par les Etats membres

La Cour de justice de l’Union européenne a constaté, dans son arrêt C-637/18 Commission c. Hongrie du 3 février 2021, que la Hongrie a violé la directive 2008/50 sur la qualité de l’air. Elle a dépassé les valeurs fixées pour les microparticules PM10. La Hongrie s’ajoute ainsi à la liste d’États membres condamnés pour cette raison, laquelle comprend aussi la Pologne, la Bulgarie, la Roumanie et l’Italie. Cette liste pourrait bientôt comprendre aussi la France, une requête ayant été introduite le 30 octobre 2020 à ce sujet.

La directive 2008/50 sur la qualité de l’air prévoit des objectifs visant à éviter, prévenir ou réduire les effets nocifs de la pollution de l’air pour la santé humaine et l’environnement. L’article 13, paragraphe

1, premier alinéa, de la directive exige des États membres de veiller à ce que les niveaux des particules PM10 dans l'air ne dépassent pas les limites fixées à l'annexe XI de la directive.

La Cour rappelle que le fait de dépasser la valeur limite fixée pour les particules PM10 suffit pour que soit constaté un manquement à l'article 13, paragraphe 1, premier alinéa, et à l'annexe XI de la directive. Or la Hongrie a régulièrement dépassé ces valeurs dans la région de Budapest, dans la vallée de Sajó et dans la région de Pécs entre 2005 et 2017. La Cour conclut que « les dépassements ainsi constatés doivent être considérés comme persistants et systématiques, sans que la Commission soit tenue d'apporter des preuves supplémentaires ».

La Hongrie soutient que, tout en dépassant les valeurs établies dans la directive, les niveaux des particules PM10 ont diminué durant la période observée. La Cour déclare qu'un manquement peut demeurer « systématique et persistant » même si l'on observe une tendance à la baisse, si l'État membre ne se conforme pas aux valeurs établies dans la directive (pt 70). La Hongrie signale que les valeurs constatées sont dues à la pollution transfrontalière et non pas à la pollution produite dans son territoire. La Cour de justice ne donne pas suite à cet argument non plus. Le législateur de l'Union a fixé les valeurs maximales tout en tenant compte du fait que ces particules circulent entre États membres. La directive 2008/50 prévoit, par ailleurs, des dérogations permettant aux États membres de dépasser les valeurs fixées, mais aucune de ces dérogations ne s'applique en l'espèce.

La Cour constate que la Hongrie a également manqué à son obligation d'établir un plan relatif à la qualité de l'air (article 23, paragraphe 1, deuxième alinéa de la directive 2008/50). La mise en place d'un tel plan est nécessaire lorsqu'un État membre dépasse les limites prévues par la directive. Il doit prévoir des mesures appropriées pour que la période de dépassement des valeurs limites soit « la plus courte possible ». Or la Hongrie n'a pas adopté des mesures appropriées en temps utile. En effet, les valeurs de particules PM10 ont dépassé la limite établie dans la directive pendant plusieurs années après la constatation de la violation par la Commission européenne.

La Cour de justice conclut que la Hongrie a manqué à ses obligations en ce qui concerne, d'une part, le dépassement de la valeur limite de particules PM10 dans les zones concernées et, d'autre part, la méconnaissance de son obligation d'assurer que la période du dépassement soit la plus courte possible en établissant un plan relatif à la qualité de l'air. Il s'agit d'un succès important pour la Commission européenne. Cet arrêt s'inscrit, en effet, dans un contexte plus large de lutte contre la pollution de l'air. La Commission européenne a adopté, en 2018, une communication pour faire respecter la législation relative à la qualité de l'air. En vertu de cette communication, la Commission européenne consacre tous ses efforts à faire respecter les obligations environnementales des États membres définies dans la directive 2008/50. En plus des recours en constatation de manquement introduits pour dépassement des limites de particules PM10 dans l'air, la Commission européenne a saisi la Cour de justice pour dépassement des limites de particules NO2 par l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, l'Espagne et l'Italie. Des procédures d'infraction ont été engagées à l'encontre de plusieurs autres États membres. La stratégie de la Commission européenne pour renforcer la qualité de l'air comprend en outre des mesures positives, telles que des dialogues avec les acteurs concernés ou des sources de financement pour que les États membres puissent adopter des mesures appropriées. L'arrêt Commission c. Hongrie contribue donc à réaliser les objectifs prévus dans la communication de la Commission européenne et devrait aboutir, en dernière instance, à un environnement plus propre dans l'Union européenne.

Elisabet Ruiz Cairó, « Effets du non-respect de la directive sur la qualité de l'air par les États membres », Actualité n°4/2021 du 15 février 2021, www.ceje.ch

26. *Quid de l'accès aux informations environnementales détenues par les autorités judiciaires des États membres ?*

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 15 avril 2021 un arrêt sur l'interprétation de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

Les autorités irlandaises avaient rejeté la demande d'accès aux documents concernant une affaire judiciaire sur la contestation d'un permis de construire d'éoliennes en Irlande. Elles ont motivé le refus en se fondant sur la législation nationale de transposition de la directive 2003/4 qui ne couvre pas les procédures judiciaires ni les documents produits dans de telles procédures.

La directive 2003/4 garantit le droit d'accès lorsque les informations environnementales sont détenues par les « autorités publiques » ou pour leur compte (article 1 de la directive 2003/4). La notion d'« autorité publique » comprend (a) le gouvernement ou toute autre administration publique, y compris les organes consultatifs publics, au niveau national, régional ou local, (b) toute personne physique ou morale qui exerce, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services spécifiques en rapport avec l'environnement, (c) toute personne physique ou morale ayant des responsabilités ou des fonctions publiques, ou fournissant des services publics, en rapport avec l'environnement, sous le contrôle d'un organe ou d'une personne visée au point (a) ou (b) (article 2, point 2, de la directive 2003/4). Par contre, les institutions répondant à la définition d'« autorité publique » qui agissent ponctuellement dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs, sans avoir elles-mêmes le caractère de juridiction ou qui ne font pas partie du pouvoir législatif peuvent être exclues de cette définition, et donc du champ d'application de la directive 2003/4, si les États membres le décident (article 2, point 2, second alinéa de la directive 2003/4). Concernant les autorités judiciaires et législatives agissant dans l'exercice du pouvoir judiciaire ou législatif, on observe que l'article 2, point 2, de la directive 2003/4 ne les mentionne pas comme étant des « autorités publiques » au sens de l'application de la directive.

La Cour a avant tout jugé nécessaire de déterminer si les juridictions et les personnes physiques ou morales placées sous leur contrôle constituent des « autorités publiques », au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4. Le respect de cette définition constitue, selon la Cour, un préalable indispensable à l'usage de la dérogation visée à l'article 2, point 2, second alinéa, de la directive 2003/4.

Suivant une interprétation littérale des dispositions de la directive 2003/4, la Cour a indiqué que la directive 2003/4 n'a pas voulu inclure les autorités judiciaires dans la définition d'« autorité publique ». Le législateur européen aurait voulu, selon la Cour, exclure le pouvoir judiciaire car habituellement ce sont les autorités administratives des États membres qui détiennent des informations environnementales.

En l'absence d'une mention expresse visant les autorités judiciaires dans la notion d'« autorité publique » au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4, la Cour a conclu que les juridictions et les personnes physiques ou morales placées sous leur contrôle ne sont pas soumises à l'obligation prévue par la directive 2003/4 de donner accès au public aux informations environnementales en leur possession.

Une interprétation littérale de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4 risque d'aller à l'encontre du but de la directive 2003/4. Celui-ci n'est autre que de garantir l'accès accru du public à l'information en matière d'environnement ainsi que la participation plus efficace du public à la prise de décisions dans cette matière (considérant 1 de la directive 2003/4). Par ailleurs, une telle solution semble être incohérente du point de vue du contenu des informations environnementales. À la lumière de la directive 2003/4 et de l'arrêt rendu par la Cour, les informations environnementales sont susceptibles d'être partagées avec le public selon l'organe qui les détient : si c'est l'administration qui les détient, ces informations entrent dans le champ d'application de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4 ;

cependant, si c'est le juge national qui les détient, elles sortent du champ d'application de cette disposition. Cela même si ces informations n'auraient pas été modifiées au cours des procédures administrative et judiciaire. En outre, la directive 2003/4 vise la possibilité pour les États membres de rejeter une demande d'accès aux documents lorsque la divulgation des informations porterait atteinte à la bonne marche de la justice ou à la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement (article 4, para 2, de la directive 2003/4). Cette possibilité, si invoquée dans le cadre d'une demande d'accès aux informations environnementales en possession d'une autorité judiciaire, donnerait à cette autorité une ample liberté pour rejeter tout accès. Cet élément plaide également en faveur de la qualification des autorités judiciaires en tant qu'« autorités publiques » au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2003/4.

En conclusion, les questions portant sur le refus de donner accès aux informations environnementales continueront, sans doute, d'être portées devant la Cour.

Maddalen Martin-Arteche, « Quid de l'accès aux informations environnementales détenues par les autorités judiciaires des États membres ? », Actualité n°14/2021 du 26 avril 2021, www.ceje.ch

27. Endorsement by the Council of the new EU strategy on adaption to climate change

On 10 June 2021 the Council approved conclusions endorsing a new strategy that outlines a long-term vision for the EU to become a climate-resilient society that is fully adapted to the unavoidable impacts of climate change by 2050. Adaptation to climate change is indeed an integral part of the Green Pact for Europe and its external dimension and is also firmly anchored in the EU's climate law.

The Commission published its Communication on a new EU Strategy on Adaptation to Climate Change on 24 February 2021. The new strategy aims to step up EU action in all sectors of the economy and society, while increasing synergies with other policy areas, such as biodiversity. This strategy is one of the key actions identified in the EU Green Deal. Since the first strategy in 2013, all Member States have put in place a national adaptation strategy or plan. The European Climate Change Adaptation Platform (climate-ADAPT platform) has become a reference for adaptation knowledge. It has also been progressively integrated into EU's policies and its long-term budget.

The new strategy focuses on three main themes: better data and better use of existing data, promoting nature-based solutions, integrating financial and economic considerations and stepping up action at international level. Digital transformation is essential to achieve the adaptation objectives of the EU Green Deal. Data on climate-related risks and losses are needed to improve the accuracy of climate risk assessment. Indeed, any new investment or action decision should be made taking into account climate aspects and the foreseeable future development, whether it is households renovating their homes, SMEs setting up businesses in a vulnerable area, large companies managing supply chains, banks agreeing to grant new loans, or cities planning zoning projects.

The EU has scientific databases such as Copernicus or the European Marine Observation and Data Network (EMODnet) that are freely available to users worldwide. However, data quantifying disaster losses are not satisfactory: they are often not recorded and/or are not available in accessible formats or databases once collected. In order to avoid "climate blind" decisions, the new strategy aims to leverage the climate-ADAPT platform to ensure that data from both the private and public sectors is recorded, collected and shared in a comprehensive and harmonised manner.

The implementation of nature-based solutions on a larger scale would increase climate resilience and contribute to multiple Green Deal objectives. Blue-green infrastructures are multipurpose as they simultaneously provide environmental, social and economic benefits and help build climate resilience. Measures such as protecting and restoring wetlands, peatlands, coastal and marine ecosystems, developing urban green spaces and installing green roofs and walls, promoting and sustainably managing forests and farmland will help adapt to climate change in a cost-effective way. It is vital to

better quantify their benefits, and to better communicate them to decision-makers and practitioners at all levels to improve take-up. So, in its conclusions of October 2020, the Council already considered that nature-based solutions are essential for maintaining healthy water, oceans and soils. Under the new strategy, the Commission will explore and develop investments in nature-based solutions to generate gains in adaptation, mitigation, disaster risk reduction, biodiversity and health. The strategy states that these investments are viable over the long-term, because climate change is amplifying stresses on ecosystems. This can be done through new and innovative financing approaches and products under InvestEU, as well as from programmes such as cohesion policy, the CAP and investment aid policy.

The Paris Agreement set the global objective for adaptation, which describes as a key factor in sustainable development. Adaptation to climate change is a cross-cutting element of the external action of the Union and its Member States, affecting international cooperation as well. The new strategy states that the EU and its Member States must develop a coherent and coordinated way of working, in order to achieve the best possible results at international level.

The new strategy calls for Member States to integrate adaptation to climate change into macro-fiscal policies. The Commission will explore options for measuring and managing climate-related risks to public finances and develop a framework to encourage the use of climate risk insurance.

The Council considered that the new EU strategy on adaptation to climate change, together with the adoption of an European climate law, will enable the EU to develop resilience and make progress in combating climate change - for which the objective of climate neutrality by 2050 has been set.

The Council supports the strategy's aim to step up international action on adaptation, in line with the Paris Agreement. It reconfirms the commitment of the EU and the Member States to further scale up mobilisation of international climate finance and supports the strengthening of global engagement and exchanges on adaptation.

Finally, with its conclusions, the Council also wanted to provide guidance for the EU communication on adaptation to climate change to be submitted to the UNFCCC before COP26.

Vincenzo Elia, «Endorsement by the Council of the new EU strategy on adaptation to climate change», Actualité n°21/2021 du 15 juin 2021, www.ceje.ch

28. Le paquet de mesures de l'UE pour concrétiser ses ambitions climatiques

Le 11 décembre 2019 la Commission européenne a présenté le pacte vert pour l'Europe qui fixe l'objectif de faire de l'Europe le premier continent à atteindre la neutralité climatique d'ici à 2050.

La loi européenne sur le climat, entrée en vigueur le 9 juillet 2021, a consacré dans une législation contraignante l'engagement de l'Union en faveur de la neutralité climatique et l'objectif intermédiaire consistant à réduire les émissions nettes de gaz à effet de serre d'au moins 55 % d'ici 2030 par rapport aux niveaux de 1990. En suivant les prévisions de la loi européenne sur le climat, la Commission européenne a adopté, le 14 juillet 2021, un ensemble de douze propositions visant à adapter les politiques de l'Union en matière de climat, d'énergie, d'utilisation des terres, de transport et de fiscalité de sorte à permettre à l'Union de réduire ses émissions nettes de gaz à effet de serre d'au moins 55 % d'ici à 2030 par rapport aux niveaux de 1990. Il est essentiel de réduire les émissions dans cette proportion au cours de la prochaine décennie pour que l'Europe soit le premier continent à parvenir à la neutralité climatique d'ici à 2050 et faire du Pacte vert pour l'Europe une réalité. Avec les propositions présentées le 14 juillet, la Commission vise à atteindre les objectifs établis dans la loi européenne sur le climat et à transformer en profondeur son économie pour construire un avenir équitable, écologique et prospère.

Les propositions adoptés combinent l'application de l'échange de droits d'émission à de nouveaux secteurs et un renforcement du système actuel d'échange de quotas d'émission de l'Union; un recours

accru aux énergies renouvelables; une amélioration de l'efficacité énergétique; un déploiement plus rapide de modes de transport à faibles émissions et des politiques connexes en matière d'infrastructures et de carburants; une mise en adéquation des politiques fiscales et des objectifs du Pacte vert pour l'Europe; des mesures visant à prévenir la fuite de carbone; et des outils destinés à préserver et étendre la capacité de nos puits de carbone naturels. Parmi ces propositions, qui sont toutes liées et complémentaires, les plus importantes sont probablement celles concernant la révision du système d'échange de quotas d'émissions (SEQE), les énergies renouvelables et le nouveau mécanisme d'ajustement carbone aux frontières.

Le système d'échange de quotas d'émission (SEQE) de l'Union a permis de réduire les émissions des secteurs de la production d'électricité et des industries à forte intensité énergétique de 42,8 % au cours des seize dernières années. La proposition de la Commission vise à réduire encore plus le plafond global des émissions et de relever son taux annuel de réduction. Mais la nouveauté la plus importante est que la Commission a proposé également de supprimer progressivement les quotas d'émission à titre gratuit pour l'aviation, de s'aligner sur le régime mondial de compensation et de réduction de carbone pour l'aviation internationale (CORSIA) et d'intégrer pour la première fois les émissions du transport maritime dans le SEQE de l'UE. La prévision visant à éliminer les quotas d'émission gratuits constitue un progrès considérable par rapport à l'ancien système et évitera la réapparition de certains problèmes qui ont affecté le bon fonctionnement du SEQE dans le passé.

La production et l'utilisation d'énergie représentant 75 % des émissions de l'Union, il est essentiel d'accélérer la transition vers un système énergétique plus écologique. La directive sur les énergies renouvelables relèvera l'objectif de production de telle sorte que la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables atteigne 40 % d'ici à 2030. Tous les États membres doivent contribuer à la réalisation de cet objectif, et des objectifs spécifiques sont proposés en ce qui concerne l'utilisation des énergies renouvelables dans les transports, les systèmes de chauffage et de refroidissement, les bâtiments et l'industrie.

Afin d'abaisser la consommation globale d'énergie, de réduire les émissions et de lutter contre la précarité énergétique, la directive sur l'efficacité énergétique fixera, au niveau de l'Union, un objectif annuel contraignant plus ambitieux en matière de réduction de la consommation d'énergie. Les mesures proposées en matière d'énergies renouvelables sont certainement parmi les plus ambitieuses. La centralisation des objectifs et la mise en place de règles pour un partage équitable des efforts entre les États membres montrent toute la détermination de l'Union pour la mise en œuvre du Pacte vert pour l'Europe et atteindre la neutralité climatique d'ici à 2050.

Enfin, un nouveau mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (ci-après CBAM) fixera un prix du carbone pour les importations de certains produits afin d'éviter qu'une action climatique ambitieuse en Europe ne provoque une « fuite de carbone ». L'objectif de la Commission est de garantir que les réductions d'émissions européennes auront pour effet de contribuer à la diminution des émissions au niveau mondial et non pas de repousser la production à forte intensité de carbone au-delà des frontières européennes. Ce mécanisme a également pour finalité d'encourager les industries en dehors de l'Union ainsi que les partenaires internationaux à prendre des mesures allant dans le même sens. Il s'agit de la proposition la plus débattue parmi les douze qui ont été présentées par la Commission. Le débat tourne autour de questions telles que la compatibilité du CBAM avec les règles de l'OMC et la question de savoir si les recettes provenant de sa mise en œuvre peuvent être considérées comme une ressource propre de l'UE. La mise en œuvre d'un CBAM pourrait toutefois constituer une nouvelle façon d'aborder des problématiques liés aux émissions de carbone dans les processus de production de produits et pourrait servir d'exemple pour que d'autres acteurs internationaux adoptent des mécanismes similaires à l'avenir.

Si, à moyen et long terme, les avantages des politiques climatiques de l'Union l'emportent clairement sur les coûts de cette transition, les politiques climatiques risquent d'exercer à court terme une pression

supplémentaire sur les ménages vulnérables, les microentreprises et les usagers des transports. Il est alors important que les coûts de la lutte contre le changement climatique et de l'adaptation à celui-ci soient réparti équitablement. A cet effet, un nouveau Fonds social pour le climat est proposé pour allouer des moyens spécifiques aux États membres afin d'aider les personnes à financer leurs investissements dans la rénovation, de nouveaux systèmes de chauffage et de refroidissement et une mobilité plus propre. Le Fonds social pour le climat permettra d'octroyer aux États membres 72,2 milliards d'euro de financement pour la période 2025-2032 pour garantir une transition socialement équitable.

En conclusion, avec l'arsenal de mesures présentées le 14 juillet 2021, ainsi que les recettes qu'il générera, la Commission européenne estime pouvoir permettre une transition vers une Europe équitable, verte et compétitive, en distribuant équitablement les responsabilités entre les différents secteurs et États membres.

Vincenzo Elia, « Le paquet de mesures de l'UE pour concrétiser ses ambitions climatiques », Actualité n° 27/2021 du 30 août 2021, www.ceje.ch

IX. Santé et covid

29. L'UE renforce son mécanisme de transparence et d'autorisation pour les exportations de vaccins contre la COVID-19

Le 24 mars 2021, la Commission européenne a modifié le mécanisme de transparence et d'autorisation pour les exportations de vaccins contre la COVID-19 du 29 janvier 2021. Ce nouveau mécanisme a été établi suite à la diminution (d'environ 60 %) de l'approvisionnement en vaccins COVID-19 par l'entreprise pharmaceutique AstraZeneca et sera en vigueur jusqu'à la fin du mois de juin 2021. Le mécanisme permet aux États membres de l'UE d'exiger des fabricants de l'Union souhaitant exporter des vaccins vers des pays tiers d'obtenir une autorisation préalable. Conformément à ce mécanisme, une telle autorisation devra toutefois être refusée lorsque les exportations concernées constituent une menace pour l'exécution des accords d'achat anticipé conclus entre l'Union européenne et les fabricants de vaccins compte tenu, par exemple, du volume des exportations ou du volume de vaccins livrés à l'Union au moment de la demande d'autorisation. Ainsi, ce mécanisme est censé protéger la sécurité de l'approvisionnement en vaccins COVID-19 dans l'Union européenne. Par ailleurs, il a pour but de promouvoir la transparence des décisions d'exportation à l'égard des citoyens de l'Union, des États membres et des institutions de l'UE.

Les modifications apportées par la Commission européenne au mécanisme visent à intégrer les principes de réciprocité et de proportionnalité dans les critères à prendre en considération lors de l'autorisation d'exportations de vaccins. La Commission a ainsi réagi au fait que les fabricants de l'Union ont exporté de grandes quantités de vaccins couverts par le mécanisme d'autorisation d'exportation vers des pays qui disposaient déjà d'une grande capacité de production propre, alors que ces pays limitaient leurs propres exportations vers l'Union. En outre, les mêmes fabricants ont exporté des vaccins vers certains pays tiers dépourvus de capacité de production, mais dont le taux de vaccination était supérieur à celui de l'Union ou dont la situation épidémiologique était moins grave que celle dans l'Union. D'où la peur que les exportations vers ces pays tiers ne menacent l'approvisionnement en vaccins COVID-19 au sein de l'Union.

Sur la base du principe de réciprocité, les États membres et la Commission devront examiner, avant d'octroyer une autorisation à l'exportation, si le pays de destination des vaccins restreint ses propres exportations de vaccins ou de matières premières servant à leur fabrication vers l'Union. Sur la base du principe de proportionnalité, ils considéreront si les conditions prévalant dans le pays de destination

sont meilleures ou moins bonnes que celles de l'UE, en particulier en ce qui concerne sa situation épidémiologique, son taux de vaccination et son accès aux vaccins.

Par contre, les approvisionnements en vaccins destinés à l'aide humanitaire ou aux 92 pays à revenu faible ou intermédiaire figurant sur la liste du mécanisme COVAX de garantie de marché seront exclus du mécanisme d'autorisation à l'exportation. Le mécanisme COVAX a été établi par Gavi (l'Alliance du Vaccin) pour inciter les fabricants à produire des quantités suffisantes de vaccins contre la COVID-19 et à assurer leur disponibilité pour les pays en développement.

Depuis le lancement du mécanisme de transparence et d'autorisation pour les exportations de vaccins contre la COVID-19 en janvier 2021, 380 demandes d'exportation vers 33 destinations différentes ont été octroyées pour un total d'environ 43 millions de doses. Les principales destinations d'exportation sont le Royaume-Uni, le Canada, le Japon, le Mexique, l'Arabie saoudite, Singapour, le Chili, Hong Kong, la Corée et l'Australie. Une seule demande d'exportation n'a pas été acceptée : celle visant à exporter un quart de million de doses du vaccin Astra Zeneca vers l'Australie.

Le nombre de vaccins exportés a de quoi surprendre, alors que le rythme de vaccination dans l'Union traîne. D'autres pays, comme les Etats Unis, ont, par contre, bloqué toute exportation de vaccins. Même si la décision de l'Union européenne de continuer à exporter de vaccins peut paraître peu populaire, elle peut être vue comme un exemple de solidarité internationale et de respect de ses obligations internationales, y inclus au sein du mécanisme COVAX.

Maddalen Martin Arteché, « L'UE renforce son mécanisme de transparence et d'autorisation pour les exportations de vaccins contre la COVID-19 », Actualité n°11/2021 du 6 avril 2021, www.ceje.ch

30. Rôle de l'Union européenne dans la négociation d'un traité sur la lutte contre les pandémies

Le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 20 mai 2021, une décision visant à soutenir l'ouverture de négociations concernant un traité international sur la lutte contre les pandémies. Cette décision a précédé l'Assemblée mondiale de la santé, principal organe directeur de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui a débuté le 24 mai 2021.

La négociation d'un nouvel accord international pour lutter contre les pandémies est sur la table depuis plusieurs mois. Le président du Conseil européen, Charles Michel, en est à l'initiative. Sa proposition, de novembre 2020, a ensuite été rejointe par d'autres dirigeants mondiaux en mars 2021.

L'OMS dispose, en vertu de sa Constitution, du pouvoir d'adopter des accords internationaux. Ces derniers peuvent prendre la forme de règlements (article 21) ou de conventions (article 19). Les règlements, une fois adoptés, s'appliquent directement à tous les membres de l'OMS. Les conventions doivent être ratifiées par les parties et n'entrent en vigueur qu'après un certain nombre de ratifications. Contrairement aux règlements, les conventions peuvent intégrer une clause permettant leur ratification par les organisations régionales d'intégration économique, telles que l'Union européenne.

L'OMS a fait rarement usage de son pouvoir législatif. Actuellement, il existe uniquement la convention-cadre pour la lutte anti-tabac de 2003 et le règlement sanitaire international de 2005. Le nouveau traité sur la lutte contre les pandémies viendrait compléter le règlement sanitaire international en renforçant la préparation et la réaction aux urgences sanitaires. Il prendrait la forme d'une convention, ce qui représente un avantage fondamental pour l'Union européenne puisqu'elle pourrait potentiellement y adhérer, une éventualité expressément mentionnée par le Conseil dans sa décision du 20 mai 2021. L'adoption d'une convention-cadre présente également l'avantage qu'elle peut ensuite être développée à travers des protocoles. Ces derniers permettent de développer le texte de la convention progressivement et de renforcer la coopération entre certaines parties à ladite convention

sans engager tous les États. Cette possibilité a été utilisée dans la lutte anti-tabac s'agissant du protocole concernant la lutte contre le trafic illicite de tabac.

À la suite de la décision du Conseil du 20 mai 2021, une résolution a été présentée à l'Assemblée mondiale sanitaire le 25 mai 2021 par les 27 États membres de l'Union européenne et 32 autres États. Les États à l'origine de cette résolution demandent au directeur général de l'OMS de prévoir une séance spéciale en novembre 2021 pour débattre de l'opportunité d'ouvrir des négociations sur un accord international pour la lutte contre les pandémies. Si certains États sont encore réticents à ces négociations, le contexte actuel de crise sanitaire est sans doute favorable pour réunir la majorité nécessaire pour déclencher une telle procédure.

L'examen de la décision du Conseil du 20 mai 2021 démontre que l'Union européenne prend actuellement les devants pour jouer un rôle majeur dans la lutte globale contre les pandémies. On observe en effet un acteur affirmé sur la scène internationale. Ainsi, au lendemain de cette décision, la Commission européenne et l'Italie, qui préside actuellement le G20, ont organisé conjointement le sommet mondial sur la santé à Rome. Cet événement a réuni les dirigeants du G20, les responsables d'organisations internationales et régionales et les représentants d'organismes de santé mondiaux. Il a abouti à l'adoption de la déclaration de Rome, établissant des principes communs que toutes les parties s'engagent à observer à l'avenir dans la lutte contre les pandémies. Dans ce sommet, la présidente de la Commission européenne a aussi annoncé que l'Union européenne présenterait des mesures à l'Organisation mondiale du commerce, début juin, pour faire face aux problèmes posés par l'accord sur les ADPIC. L'Union européenne prend donc des initiatives dans toutes les organisations internationales, formelles et informelles, pour jouer un rôle majeur en matière de santé globale.

Elisabet Ruiz Cairó, « Rôle de l'Union européenne dans la négociation d'un traité sur la lutte contre les pandémies », Actualité n°19/2021 du, 28 mai 2021, www.ceje.ch

31. Propositions de l'Union européenne à l'OMC relatives à des mesures commerciales pour faire face à la crise de la COVID-19

Le 4 juin 2021, l'Union européenne a proposé des mesures commerciales urgentes, au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), pour lutter contre la crise sanitaire. L'Union européenne s'oppose, depuis plusieurs mois, à la proposition présentée par l'Inde et l'Afrique du sud concernant l'accord sur les ADPIC. Avec sa communication du 4 juin, l'Union européenne entend présenter des alternatives en adéquation avec ses priorités commerciales.

En octobre 2020, l'Inde et l'Afrique du sud ont proposé d'introduire des dérogations à certaines dispositions de l'accord sur les ADPIC jusqu'à ce qu'une vaccination largement répandue soit en place à l'échelle mondiale. Leur proposition vise à faciliter l'accès aux traitements et aux vaccins contre la Covid-19. La proposition signale que les droits de propriété intellectuelle entravent la fourniture de produits médicaux abordables aux patients. L'article 31bis de l'accord sur les ADPIC introduit des flexibilités mais ces dernières sont limitées aux brevets. La procédure pour avoir accès aux licences obligatoires est longue et inadéquate face à la crise sanitaire actuelle.

L'Union européenne s'oppose à cette proposition. La Commission européenne estime que les droits de propriété intellectuelle sont essentiels pour promouvoir la recherche et l'innovation. Elle affirme aussi que la rapidité avec laquelle des vaccins contre la Covid-19 ont été développés est la preuve que les droits de propriété intellectuelle fonctionnent. En revanche, le Parlement européen, dans une résolution du 10 juin 2021, a proposé d'entamer des négociations sur la levée temporaire des dispositions en matière de brevets pour améliorer l'accès aux médicaments liés à la Covid-19.

Face à cette situation difficile, l'Union européenne examine des alternatives à la proposition de l'Inde et de l'Afrique du sud. En juin 2020, elle avait proposé de supprimer les droits de douane des produits médicaux liés à la Covid-19, de mettre en place un programme de coopération mondiale pour faciliter

l'importation et l'exportation des produits, et d'améliorer les règles actuelles de l'OMC applicables au commerce de biens essentiels. Ces idées ont été présentées au groupe d'Ottawa, un groupe formé par 13 membres de l'OMC avec des priorités commerciales similaires. L'initiative de l'Union européenne s'est transformée en une initiative « Commerce et santé », introduite par le groupe d'Ottawa le 23 novembre 2020 à l'OMC. Cette initiative ne vise pas les droits octroyés par l'accord sur les ADPIC mais se concentre sur une limitation des restrictions à l'exportation, une augmentation de la transparence, un renforcement de la coopération internationale et une réduction des droits de douane sur les biens médicaux.

Les efforts de l'Union européenne pour faire aboutir cette initiative « commerce et santé » se sont poursuivis avec les propositions du 4 juin 2021, lesquelles ont été adressées au Conseil général de l'OMC et au Conseil sur les ADPIC. La communication de l'UE se concentre sur trois aspects relatifs aux vaccins et traitements contre la Covid-19 : les restrictions à l'exportation, la capacité de production et l'utilisation des flexibilités existantes dans l'accord sur les ADPIC.

Premièrement, les restrictions à l'exportation devraient être ciblées, transparentes, proportionnées, temporaires et en accord avec les obligations de l'OMC. La réduction des restrictions à l'exportation de traitements et vaccins est sans doute souhaitable. Cependant, la proposition est surprenante puisque l'Union européenne a, elle-même, adopté des restrictions à l'exportation de vaccins qui s'appliquent, pour l'instant, jusqu'au 30 juin 2021.

Deuxièmement, les gouvernements devraient soutenir les fabricants de vaccins et de traitements contre la Covid-19 pour qu'ils puissent augmenter leur capacité de production. Cette mesure constitue une priorité, comme démontré par les retards observés ces derniers mois dans les livraisons de vaccins. L'Union européenne souhaite également encourager les investissements dans les régions qui n'ont pas de capacité de production. Elle a par exemple lancé une initiative pour augmenter la production de vaccins en Afrique, à travers des investissements en matière d'infrastructure, le développement des compétences des travailleurs, ou une meilleure gestion des chaînes d'approvisionnement.

Troisièmement, l'Union européenne encourage une utilisation renforcée des licences obligatoires, prévues dans l'accord sur les ADPIC. Elle plaide pour une plus grande effectivité de ce système et une interprétation extensive des articles 31 et 31bis de l'accord sur les ADPIC pendant la crise de la Covid-19. Elle propose d'inclure la pandémie de la Covid-19 dans la notion d'urgence nationale prévue par l'article 31, lettre b, de l'accord, de ne pas avoir à demander l'autorisation du détenteur du droit pour octroyer des licences obligatoires, d'établir une rémunération pour le détenteur du droit qui soit adaptée aux capacités des États à faibles revenus, et de simplifier la procédure d'obtention de licences obligatoires en limitant les notifications exigées.

L'opposition de l'Union européenne à la proposition sur la dérogation des droits de propriété intellectuelle a été fortement critiquée par l'opinion publique (voir par exemple les positions de Médecins sans frontières et de Human Rights Watch). L'Union essaie, dès lors, de convaincre les autres membres de l'OMC, notamment les États-Unis, avec les trois mesures proposées le 4 juin 2021. Toutefois, la séance du Conseil sur les ADPIC des 8 et 9 juin 2021 montre bien que la proposition de l'Inde et de l'Afrique du sud reçoit un soutien croissant et que l'Union européenne aura du mal à maintenir sa position.

Elisabet Ruiz Cairó, « Propositions de l'Union européenne à l'OMC relatives à des mesures commerciales pour faire face à la crise de la COVID-19 », Actualité n°22/2021 du 17 juin 2021, www.ceje.ch

X. Action extérieure

32. *Accord global UE-Chine sur les investissements : entre libéralisation et intérêts publics*

L'Union européenne et la Chine sont arrivées à un accord de principe en matière d'investissements le 30 décembre 2020. Cet accord global UE-Chine (AGI) doit encore être signé et conclu par chacune des parties contractantes mais l'importance de la fin des négociations ne peut être que soulignée. L'AGI constitue l'accord sur les investissements le plus ambitieux que la Chine n'ait jamais négocié (les négociations ont duré sept ans), alors que l'Union en a conclu des plus ambitieux avec le Canada et Singapour.

L'AGI vise à établir des règles pour développer le commerce et les investissements entre l'Union européenne et la Chine. Si l'objectif principal est la libéralisation des investissements, les parties fixent des limites d'emblée. L'article 1, paragraphe 2, de la section I de l'accord réaffirme le droit de légiférer pour atteindre des objectifs légitimes. De manière inhabituelle, la protection de la santé est énoncée en premier lieu parmi les intérêts pouvant être invoqués. La protection de l'environnement inclut, de manière explicite, la lutte contre le changement climatique. La liste non-exhaustive d'intérêts publics comprend également la protection des données personnelles et de la vie privée.

En matière de libéralisation des investissements, l'AGI vise essentiellement à faciliter l'accès au marché des investisseurs européens en Chine (section II). L'accord élimine des restrictions quantitatives et introduit des exigences en matière de coentreprise dans un certain nombre de secteurs. L'AGI introduit des règles relatives aux entreprises publiques, en les obligeant à se comporter conformément à des considérations commerciales et en leur interdisant toute forme de discrimination.

L'AGI inclut un chapitre en matière d'investissement et développement durable (section IV). Comme dans les accords commerciaux négociés par l'Union européenne, ce chapitre inclut des dispositions en matière d'environnement et de travail. S'agissant de la protection de l'environnement, les parties s'engagent, à la sous-section 2, article 6, à mettre en œuvre la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'Accord de Paris. Les engagements sont moins ambitieux en matière de droits des travailleurs. Le chapitre comprend essentiellement des références aux conventions fondamentales de l'OIT. L'accord signale, toutefois, que les droits des travailleurs ne peuvent pas être utilisés à des fins protectionnistes. En cas de différend entre parties contractantes sur le chapitre de développement durable, l'AGI introduit un mécanisme de règlement de différends basé sur des consultations suivies par la création d'un panel d'experts. La participation des tiers est assurée par la possibilité d'introduire des observations écrites dans la procédure du panel d'experts (*amicus curiae* submissions, sous-section 4, article 6).

S'agissant du mécanisme de règlement de différends général, il est prévu exclusivement entre parties contractantes à la section V de l'AGI. Il comprend des consultations, la médiation et une procédure d'arbitrage. En revanche, l'AGI ne fait aucune référence à la cour multilatérale d'investissements, proposée par l'Union européenne au sein d'UNCITRAL et en cours de négociation. Rappelons que cette cour a été mentionnée dans les accords de protection des investissements négociés par l'Union européenne avec le Canada, le Japon, Singapour et le Vietnam.

L'AGI aurait sans doute pu être plus ambitieux. Il a toutefois le mérite d'octroyer une plus grande sécurité juridique aux entreprises européennes souhaitant investir en Chine. En tant que premier accord sur la protection des investissements entre l'Union européenne et la Chine, l'AGI peut en outre servir de base pour des développements futurs. Si la fin des négociations est une étape importante, la procédure de conclusion est cependant loin d'être achevée. L'AGI devra être approuvé par le Parlement européen, en vertu de l'article 218, paragraphe 6, TFUE. Si l'on s'en tient à la résolution adoptée le 26 novembre 2020 condamnant la violation de droits humains par la Chine, il est fort possible qu'une partie du Parlement européen s'oppose à l'accord. L'avenir nous le dira.

Elisabet Ruiz Cairó, « Accord global UE-Chine sur les investissements : entre libéralisation et intérêts publics », Actualité n°1/2021 du 25 janvier 2021, www.ceje.ch

33. La politique commerciale de l'Union européenne – ouverte, durable et affirmée

La Commission européenne a adopté, en février 2021, sa nouvelle stratégie commerciale, laquelle sera, selon ses propres mots, « ouverte, durable et affirmée ». Ces trois adjectifs peuvent effectivement lui être attribués.

La politique commerciale de l'Union européenne sera ouverte au multilatéralisme. La Commission européenne compte promouvoir la réforme de l'OMC et reprend, dans sa nouvelle stratégie, les priorités de l'Union européenne établies dans la proposition de réforme de 2018. La Commission européenne souhaite, en premier lieu, moderniser les règles de l'OMC en ce qui concerne, notamment, le développement durable et les aides d'État. La deuxième priorité concerne la réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. L'ouverture de la stratégie commerciale se reflète également dans la volonté d'étendre les partenariats bilatéraux. La Commission européenne souhaite se focaliser sur l'Afrique et envisage un accord « de continent à continent » suite à l'adoption de la zone de libre échange d'Afrique continentale (en anglais, « African Continental Free Trade Area » ou « AfCTA »). La Commission européenne veut aussi proposer une initiative d'investissement durable aux partenaires africains, soit à travers la négociation d'accords d'investissement séparés, soit à travers la modernisation des accords commerciaux préexistants. La priorité commerciale tournée vers l'Afrique constitue une différence notable par rapport à la stratégie commerciale de 2015, laquelle semblait donner la priorité au commerce avec l'Asie. La Commission européenne souhaite aussi avancer dans la négociation et conclusion d'accords bilatéraux de libre-échange. Elle veut notamment que les accords avec le Mercosur et le Mexique soient ratifiés et que les négociations avec le Chili, l'Australie et la Nouvelle-Zélande soient finalisées.

La politique commerciale de l'Union européenne sera également durable. La Commission européenne vise une politique commerciale cohérente avec le « European Green Deal » et permettant d'atteindre la neutralité climatique en 2050. La Commission veut introduire des règles en matière de développement durable au sein de l'OMC et poursuivre un agenda écologique avec les membres de cette organisation internationale qui partagent des objectifs similaires. Au niveau bilatéral, la nouvelle stratégie propose d'inclure un chapitre sur les systèmes alimentaires durables dans les accords de libre-échange. Elle veut aussi renforcer la mise en œuvre des dispositions introduites dans les accords bilatéraux sur le respect de l'accord de Paris, de la Convention sur la biodiversité et sur l'interdiction du travail des enfants. La Commission européenne veut, enfin, introduire des mesures autonomes pour promouvoir le développement durable. Elle mentionne le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, une proposition législative pour la lutte contre la déforestation et une proposition législative sur la gouvernance durable des sociétés (en anglais, « sustainable corporate governance »).

La politique commerciale de l'Union européenne sera, enfin, affirmée. Si la Commission européenne souligne sa volonté de promouvoir un multilatéralisme basé sur les règles, elle veut néanmoins avoir les outils pour se défendre en cas de pratiques déloyales d'autres États. La Commission européenne a nommé, le 1er décembre 2020, un agent pour l'application des mesures commerciales (en anglais, « Chief Trade Enforcement Officer ») pour garantir l'application correcte des accords commerciaux. La Commission européenne compte utiliser tous les mécanismes à disposition pour faire respecter les engagements des partenaires commerciaux : le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, les mécanismes de règlement des différends prévus dans les accords de libre-échange, et les mesures unilatérales. L'Union européenne a adopté un nouveau règlement pour le respect et l'application des règles du commerce international, un règlement sur le filtrage des investissements, et proposé un nouveau règlement de contrôle des exportations. Elle veut désormais proposer un nouvel instrument législatif pour protéger l'Union face aux mesures coercitives prises par des pays tiers.

La Commission européenne insiste aussi sur la transition digitale, l'objectif étant de devenir le leader global dans la mise en place de standards dans la réglementation digitale, notamment en ce qui concerne la protection des données.

La nouvelle stratégie commerciale marque une évolution notable par rapport à la stratégie du Commerce pour tous de 2015. Elle répond à l'obligation d'intégrer les objectifs de l'article 21 TUE dans la politique commerciale de l'Union européenne. La nécessité de mener une politique commerciale basée sur des valeurs était déjà présente dans la stratégie de 2015 mais cela devient désormais une priorité. La nouvelle stratégie est beaucoup plus assurée en ce qui concerne la défense contre les pratiques commerciales déloyales et le respect des engagements pris par les partenaires. La stratégie de 2021 insiste moins sur la transparence que celle de 2015, même si la Commission européenne rappelle son engagement sur ce point et affirme qu'elle renforcera le dialogue avec la société civile. Consciente des réticences actuelles au multilatéralisme et à la globalisation, la Commission européenne semble adopter, dans la nouvelle stratégie commerciale, un ton plus austère en ce qui concerne le développement du commerce international et adopte une position plus équilibrée entre libéralisation et protection.

Elisabet Ruiz Cairó, « La politique commerciale de l'Union européenne – ouverte, durable et affirmée », Actualité n°7/2021 du 4 mars 2021, www.ceje.ch

34. Proposition de bases légales pour l'adhésion de l'Union européenne à la convention d'Istanbul

L'avocat général Hogan a rendu ses conclusions dans la demande d'avis présentée par le Parlement européen à la Cour de justice de l'Union européenne en juillet 2019 concernant l'adhésion de l'Union à la convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (la convention d'Istanbul, ci-après).

Par sa première question, le Parlement européen demande, d'une part, quels sont les articles du TFUE qui devraient constituer le fondement juridique approprié de l'acte du Conseil qui autorisera la conclusion de la convention d'Istanbul au nom de l'UE. D'autre part, le Parlement demande s'il est nécessaire ou possible de scinder les décisions relatives à la signature et la conclusion de la convention d'Istanbul en deux décisions séparées. Par sa deuxième question, le Parlement demande si la conclusion, par l'UE, de la convention d'Istanbul est conforme aux traités de l'UE en l'absence d'un commun accord de tous les États membres à être liés par cette convention.

L'avocat général examine, en premier lieu, la recevabilité des questions posées par le Parlement. Il propose à la Cour de déclarer toutes les questions recevables, à l'exception de la seconde partie de la première question dans la mesure où celle-ci porte sur la décision de signer la convention d'Istanbul. Il signale que les décisions de signature de la convention d'Istanbul adoptées par le Conseil sont devenues définitives et que, par conséquent, le Parlement ne peut pas se prévaloir de la procédure d'avis pour demander de manière détournée leur annulation.

L'avocat général analyse, en deuxième lieu, le fond des questions posées par le Parlement. Afin de répondre à la première partie de la première question, il se réfère à la jurisprudence de la Cour selon laquelle lorsqu'un acte poursuit plusieurs finalités ou qu'il a plusieurs composantes, cet acte doit être fondé sur une base juridique unique et, exceptionnellement, sur plusieurs bases juridiques, à savoir celles que requièrent les finalités ou les composantes prépondérantes de cet acte (avis 1/15 de la Cour, du 26 juillet 2017, EU :C :2017 :592, points 76 et suivants). S'agissant de la conclusion d'un accord international, tel que la convention d'Istanbul, ce sont les finalités et le contenu précis de la décision du Conseil qui autorise la conclusion de l'accord et non celles de l'accord international qui sont décisifs pour déterminer les bases juridiques appropriées. L'avocat général considère que la décision relative à la conclusion de la convention d'Istanbul est susceptible de concerner un grand nombre de compétences

exclusives et partagées de l'Union et que, par conséquent, de nombreuses bases juridiques peuvent être pertinentes. Il propose finalement que cette décision soit fondée sur l'article 78, paragraphe 2 (système européen commun d'asile), l'article 82, paragraphe 2 (reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires), l'article 84 (prévention du crime) et l'article 336 TFUE (statut des fonctionnaires de l'UE).

S'agissant de la question de savoir s'il est nécessaire ou possible de scinder la décision relative à la conclusion de la convention d'Istanbul en deux pour tenir compte des particularités de la participation du Danemark et de l'Irlande à l'adoption des actes relevant de la troisième partie, titre V, du TFUE (toutes les bases juridiques proposées par l'avocat général pour l'adoption de la décision autorisant la conclusion de la convention d'Istanbul appartient à la troisième partie, titre V, du TFUE, à l'exception de l'article 336 TFUE), l'avocat général considère qu'une telle scission ne serait pas de nature à invalider ces actes car toutes les bases juridiques concernées conduisent à l'application de la même procédure, à savoir la procédure législative ordinaire.

À l'égard de la troisième question, l'avocat général Hogan conclut que le Conseil n'est ni tenu d'attendre le commun accord des États membres ni obligé de conclure un accord international immédiatement après l'avoir signé. Il appartient au Conseil d'apprécier quelle est la solution la plus appropriée sur la base de facteurs tels que le risque de non-exécution injustifiée de l'accord mixte en question par un État membre ou la possibilité d'obtenir la majorité nécessaire en son sein pour exercer seul toutes les compétences partagées de l'Union. Le choix du Conseil semble particulièrement pertinent car certains États membres ont rencontré des difficultés pour conclure la convention d'Istanbul au niveau national. En effet, la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie, la République slovaque, la Lituanie et la Lettonie ne l'ont pas encore ratifiée. Par ailleurs, la Pologne a exprimé en juillet 2020 son intention de se retirer de la convention d'Istanbul.

Cette demande d'avis sera certainement une excellente opportunité de faire avancer la jurisprudence de la Cour concernant la pratique de conclusion des accords mixtes.

Maddalen Martin Arteché, « Proposition de bases légales pour l'adhésion de l'Union européenne à la convention d'Istanbul », Actualité n°8/2021 du 16 mars 2021, www.ceje.ch.

35. La solidarité en droit international : forum de recherche de la SEDI en avril 2021

La Société européenne de droit international (SEDI) a organisé un forum de recherche sur le principe de solidarité en droit international les 15 et 16 avril 2021. Comme il est habituel au sein de cette organisation, le forum de recherche a été précédé de plusieurs pré-conférences organisées par les groupes de réflexion de la SEDI. Le forum de recherche a permis d'examiner le principe de solidarité sous différents angles thématiques allant du droit des migrations, au droit de l'environnement en passant par les droits humains et la paix et sécurité internationales.

La définition de la notion de solidarité est loin d'être uniforme et les droits et obligations qui en découlent ne font pas l'unanimité. Certains chercheurs font référence à la solidarité en tant que justice redistributive, alors que d'autres adoptent une conception plus large de la solidarité pour y inclure, par exemple, le respect des droits humains. La solidarité n'est pas toujours adoptée en tant que valeur absolue. Ainsi, l'émergence d'une « solidarité conditionnelle » au sein de l'Union économique et monétaire de l'Union européenne a été soulevée dans les discussions. Les débats ont aussi permis de distinguer la solidarité entre citoyens (solidarité interpersonnelle) de la solidarité entre États (solidarité interétatique). Cette dernière peut, quant à elle, être promue au niveau régional (par exemple, la solidarité entre États membres de l'Union européenne) ou au niveau global. Dans sa leçon d'ouverture, le Professeur Frédéric Mégret a d'ailleurs relevé la tendance à se concentrer sur une solidarité trop globale ou cosmopolite. Une telle conception de la solidarité risque d'être trop ambitieuse et donc difficilement atteignable.

La valeur juridique de la solidarité a aussi été largement débattue dans les différentes séances. Les orateurs ont examiné si la solidarité constitue une valeur globale ou encore une valeur de l'Union européenne. Au-delà de sa nature en tant que valeur, existe-t-il un droit à la solidarité ? Cette question a été explorée au regard du projet de déclaration sur le droit à la solidarité internationale et du potentiel statut de la solidarité en tant que principe général du droit de l'Union européenne. Les discussions ont également porté sur le décalage existant entre la valeur juridique de la solidarité dans les textes et dans la pratique. La solidarité est parfois inscrite dans les textes législatifs mais elle n'est pas correctement mise en œuvre alors que, d'autres fois, la solidarité n'a pas une valeur juridique contraignante dans les textes mais il existe une « solidarité de fait » dans la pratique.

Plusieurs présentations ont suivi une approche institutionnelle de la solidarité, en examinant comment certaines organisations internationales appréhendent la notion de solidarité. L'Union européenne a reçu une attention toute particulière à cet égard. La pré-conférence du groupe de réflexion « The EU as a global actor » s'est penché exclusivement sur cet acteur, en examinant la mise en œuvre de la solidarité en matière de droits de l'homme, de santé publique et dans la politique commerciale commune. Plusieurs présentations dans la conférence principale ont permis de compléter cette analyse. La poursuite d'un objectif de solidarité par la Banque mondiale et au sein du Conseil de l'Europe a également été examinée.

Le forum de recherche a enfin permis de relever les tensions que soulève la solidarité internationale. La solidarité à l'intérieur de l'Union européenne peut avoir comme conséquence un manque de solidarité entre l'Union européenne et les États tiers. La solidarité interpersonnelle peut entrer en conflit avec la solidarité interétatique. Si la solidarité et les droits humains sont souvent perçus comme complémentaires, la solidarité ne contribue pas forcément à la promotion des droits humains, ce qui peut créer des tensions entre les deux objectifs.

Le forum de recherche, qui s'est tenu exclusivement en ligne, a été l'occasion pour un grand nombre de jeunes chercheurs de participer à des débats stimulants autour de la solidarité internationale. Le prochain rendez-vous de la SEDI aura lieu du 9 au 11 septembre 2021 à Stockholm lors de la conférence annuelle qui portera sur le thème « Les mutations dans la fabrication du droit international : acteurs, processus, impact ».

Elisabet Ruiz Cairó, « La solidarité en droit international : forum de recherche de la SEDI en avril 2021 », Actualité n°13/2021 du 20 avril 2021, www.ceje.ch

36. Base juridique des décisions relatives à l'application de l'accord de partenariat global et renforcé entre l'UE et l'Arménie

Dans l'affaire récente *Commission c. Conseil* (C-180/20) la Cour de Justice de l'UE a été une fois de plus invitée à résoudre un conflit interinstitutionnel relatif à la détermination de la base légale des actes adoptés dans le contexte des relations extérieures de l'Union.

En l'espèce, la Commission européenne demandait à la Cour d'annuler deux décisions du Conseil (2020/245 et 2020/246) sur la position à prendre au nom de l'UE au sein du conseil de partenariat institué par l'accord de partenariat global et renforcé entre l'UE et l'Arménie (l'Accord avec l'Arménie) en soulevant que les bases légales choisies par le Conseil pour leur adoption ont été erronées. La première décision contestée (2020/245) était fondée sur l'article 91 TFUE (concernant la politique de transport), l'article 207 TFUE (relatif à la politique commerciale commune) et l'article 209 TFUE (concernant la politique de coopération au développement) et était destinée à assurer l'application de l'Accord avec l'Arménie à l'exception de son titre II. La seconde décision (2020/246) fondée sur l'article 37 TUE (relatif à la conclusion des accords internationaux dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC)) était censée assurer l'application du titre II de l'accord. A titre de rappel, l'identification de la base juridique matérielle de la décision visant à la définition de la

position à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord international revêt une importance cruciale puisqu'elle permet de déterminer la règle de vote applicable lors de son adoption (l'arrêt C-244/17, Accord avec le Kazakhstan, voy. l'actualité publiée sur le site du CEJE).

La Commission contestait le choix du Conseil d'ajouter l'article 37 TUE en tant que base juridique de la décision et de scinder cette dernière en deux actes. Elle soutenait que les liens que présente le titre II avec la PESC n'étaient pas suffisants pour la référence à cette disposition spécifique. Elle a souligné entre autres que l'Accord avec l'Arménie concernait principalement le commerce et la coopération au développement ainsi que le commerce des services de transport. Selon le Conseil, l'analyse des objectifs de l'accord et le contenu du titre II ainsi que le contexte de sa conclusion (le conflit dans le Haut-Karabakh) feraient preuve du fait que les dispositions liées à la PESC constituent une composante indépendante de l'accord.

En s'appuyant sur une jurisprudence bien établie, la Cour de Justice a souligné que « le choix de la base juridique d'un acte de l'Union doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent la finalité et le contenu de cet acte » (pt 32). Dans l'analyse du contenu de l'accord, tout en admettant que plusieurs dispositions du titre II de celui-ci portent sur des sujets susceptibles de relever de la PESC, les juges ont mis en avant le fait que les dispositions en question se limitent pour l'essentiel à des déclarations des parties contractantes de nature programmatique. En ce qui concerne les finalités de l'accord, celui-ci vise principalement à établir le cadre de la coopération en matière de transports, de commerce et de développement entre l'UE et l'Arménie (pt 47). L'interprétation large des objectifs de la coopération au développement dans le cadre des politiques de l'Union a permis à la Cour de constater que les éléments du dialogue politique présents dans l'accord et rattachables à la PESC seraient englobés par les composantes principales de l'accord. Ceci d'autant plus que l'énumération des buts spécifiques relatifs à la PESC n'a été accompagnée dans l'accord d'aucun programme de mise en œuvre concret. De même, l'accord de partenariat ne prévoyait aucune mesure d'action concrète pour faire face au conflit du Haut-Karabakh – l'analyse du contexte dans lequel celui-ci s'inscrivait serait donc sans pertinence pour la détermination de la base juridique des décisions contestées.

La Cour de Justice a pu conclure ainsi que « les éléments ou les déclarations d'intention de l'accord de partenariat avec l'Arménie rattachables à la PESC ne suffisent pas à constituer une composante autonome de cet accord. » (pt 56) C'est donc à tort que le Conseil s'est référé à l'article 37 TUE et a scindé la décision en deux actes. Sur la base de ce constat, la Cour a annulé les deux décisions du Conseil tout en maintenant leurs effets pour des motifs de sécurité juridique.

L'arrêt rendu en Grande Chambre pourrait passer pour une simple application de la solution dégagée par la Cour dans l'affaire Accord avec le Kazakhstan (C-244/17) qui, comme le confirme le présent arrêt, constitue en fait un « mode d'emploi » pour le choix de la base juridique des décisions relatives à la position de l'UE au sein d'une instance créée par un accord international. Cependant, le présent arrêt peut être surtout lu comme un pas de plus dans l'effacement progressif de la spécificité de la PESC dans l'ordre juridique de l'Union. Il montre en effet que, notamment dans le contexte des accords-cadres, les objectifs de la PESC peuvent être facilement assimilés à ceux poursuivis par les autres politiques de l'action extérieure. Pour pouvoir fonder leurs actes sur les bases juridiques relatives à la PESC, les institutions de l'Union devraient donc veiller à ce que les références à cette politique dans les accords internationaux aillent bien au-delà de simples « déclarations d'intention. »

Alicja Slowik, « Base juridique des décisions relatives à l'application de l'accord de partenariat global et renforcé entre l'UE et l'Arménie », Actualité n°30/2021 du 13 septembre 2021, www.ceje.ch

37. *Proposal for a new EU Regulation on the Generalised Scheme of Preferences*

The European Commission adopted on 22 September 2021 a proposal for a new EU Generalised Scheme of Preferences (GSP) for the period 2024-2034. The current GSP will expire on 31 December 2023, hence the need to adopt a new GSP regulation.

Under the current and new GSP, low and lower-middle income countries can benefit from a partial or total removal of customs duties on two third of tariff lines (Standard GSP) or a complete removal of customs duties (GSP). In addition, least developed countries may obtain quota-free access for all products imported into the EU except for arms and ammunition (EBA). A list of GSP beneficiaries can be found [here](#).

Despite being a trade instrument, the GSP serves as well to promote sustainable development and respect for human rights beyond the EU territory. To do so, all current GSP beneficiaries must respect the principles of 15 core UN and ILO conventions on human and labour rights (e.g. ILO Convention concerning Forced or Compulsory Labour, No 29), and GSP beneficiaries in particular must implement 27 international conventions. The enforcement of such conditionality mechanism is strengthened by the possibility to temporarily suspend the benefits under the GSP in cases of serious and systematic violations of the principles laid down in such conventions (see, for example, the EU's decision to withdraw Cambodia's preferential access to the EU market).

The new GSP aims to adapt the current system to future challenges. Updating the list of international conventions that GSP beneficiaries should observe would be one way to do so. The following conventions will be added to the new GSP framework: the Paris Agreement on Climate Change, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict, the ILO Convention No 81 on Labour Inspection, the ILO Convention No 144 on Tripartite Consultation, and the UN Convention against Transnational Organized Crime. Such update reflects the EU's commitment to sustainable development in line with the promotion of its own priorities under the European Green Deal and the European Pillar of Social Rights Action Plan, for example. While the possibility to temporarily withdraw the benefits under the GSP will be maintained in the new scheme, the latter will allow the European Commission to adopt measures within a shorter time period in cases of grave violations of the relevant conventions. The new GSP would thus increase the EU's responsiveness to cases of grave violations. Withdrawal of benefits will also be available where beneficiaries do not comply with their obligation to readmit their own nationals. The reference to readmission under the new GSP is not surprising considering the EU's established practice to present readmission as a development opportunity for third countries (see, for example, the New Migration Pact). Nor is it the first time that the EU introduces a conditionality mechanism linked to readmission in a field other than the EU return and readmission policy. Under the New EU Visa Code, for example, the European Commission can propose to apply restrictive or favourable visa measures depending on the third country's degree of cooperation on readmission.

The new GSP introduces additional novelties, such as, an amended GSP reporting period, from 2 to 3 years, to align it with monitoring reports of UN bodies, an improved monitoring and implementation system meant to increase transparency and participation of relevant stakeholders, and the possibility to use the recently created Single Entry Point mechanism for non-compliance complaints concerning commitments under the new GSP.

In light of the above, the new GSP is coherent with other EU policies, in particular development cooperation, promotion of human rights and contribution to Agenda 2030. It is also an opportunity for developing countries to bring their labour, social and environmental standards closer to international levels and thus, strengthen their capacity to compete in international markets. Indeed, practice across different regions in the world shows that embedding sustainability concerns into trade policy is the way

forward (see, for example, the separate Labour and Environment Chapters in the 2020 United Nations-Canada-Mexico Agreement). The WTO itself offers an additional example of such practice, for its members are currently taking part in a new initiative on trade and environmental sustainability that seeks, among others, to phase out fossil fuel subsidies that encourage wasteful consumption. By contrast, examples of current free trade agreements not containing sustainability provisions are rare, as it is the case of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement signed between Australia, China, Japan, South Korea, New Zealand and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations. However, the European Commission's proposal may risk to overload the new GSP and render the measurement of its effectiveness even more complex. Be it as it may, the discussions in the European Parliament and the Council will shape the content of the final GSP Regulation.

Maddalen Martin-Arteche, «Proposal for a new EU Regulation on the Generalised Scheme of Preferences», Actualité n°32/2021 du 24 septembre 2021, www.ceje.ch

38. L'avis 1/19 relatif à la conclusion de la convention d'Istanbul

La grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 6 octobre 2021 l'avis relatif à la demande présentée par le Parlement européen, en juillet 2019, concernant l'adhésion de l'Union à la convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (la convention d'Istanbul).

Par sa première question, le Parlement européen a demandé, d'une part, quels sont les articles du traité FUE qui devraient constituer le fondement juridique approprié de l'acte du Conseil qui autorisera la conclusion de la convention d'Istanbul au nom de l'UE et d'autre part, s'il est nécessaire ou possible de scinder les décisions relatives à la signature et la conclusion de la convention d'Istanbul en deux décisions séparées. Par sa deuxième question, le Parlement a demandé si la conclusion par l'UE de la convention d'Istanbul est conforme aux traités en l'absence d'un commun accord de tous les États membres à être liés par cette convention.

À l'exception de la question relative à la scission de l'acte de signature de la convention d'Istanbul en deux décisions séparées, la Cour de justice a constaté que la demande d'avis est recevable. S'agissant de la question de savoir quelles bases juridiques devraient fonder l'acte de conclusion de la convention d'Istanbul, la Cour s'est référée à la finalité de cet acte. Selon une jurisprudence constante, lorsqu'un acte poursuit plusieurs finalités ou qu'il a plusieurs composantes, il doit être fondé sur une base juridique unique et, exceptionnellement, sur plusieurs bases juridiques, à savoir celles que requièrent les finalités ou les composantes prépondérantes de cet acte (avis 1/15 de la Cour, du 26 juillet 2017, EU :C :2017 :592, points 76 et suivants). La Cour a indiqué que l'acte de conclusion de la convention d'Istanbul visera des dispositions de celle-ci relatives à la coopération judiciaire en matière pénale, l'asile et le non-refoulement. Le statut des fonctionnaires de l'Union sera aussi concerné. S'agissant de la coopération en matière pénale, la Cour a considéré que l'article 82, paragraphe 2, et l'article 84 TFUE devraient figurer parmi les bases juridiques de l'acte de conclusion. Concernant les dispositions sur l'asile et le non-refoulement, l'article 78, paragraphe 2, TFUE est la base juridique adéquate. Par ailleurs, l'acte mentionné devrait aussi être adopté sur la base de l'article 336 TFUE (relatif au statut des fonctionnaires de l'UE). Ensuite, la Cour a considéré que la scission de l'acte concluant la convention d'Istanbul serait justifiée pour tenir compte des particularités de la participation du Danemark et de l'Irlande à l'adoption des actes relevant de la troisième partie, titre V, du TFUE. Ainsi, l'une des décisions devrait être fondée sur les bases juridiques relevant de la troisième partie, titre V, du TFUE (l'article 78, paragraphe 2, l'article 82, paragraphe 2, et l'article 84 TFUE) et l'autre sur l'article 336 TFUE.

Finalement, la Cour s'est prononcée, pour la première fois, sur la légalité de la pratique d'attendre le « commun accord » des États membres à être liés par un accord mixte avant la conclusion de celui-ci au

nom de l'Union. Cette pratique était prévue à l'article 133(6) du TCE pour l'adoption des accords mixtes en matière de commerce. L'article 207 TFUE, qui a remplacé l'article 133 TCE, ne s'y réfère toutefois pas. Cela n'a pas pour autant empêché les États membres de maintenir la pratique mentionnée lors de l'adoption des accords mixtes autres que les accords commerciaux. Quant à l'examen de validité de cette pratique, la Cour l'a jugée contraire aux dispositions des traités. Premièrement, la subordination de la conclusion des accords mixtes à un « commun accord » ou consensus des représentants des États membres ajouterait, selon la Cour, à la procédure de conclusion de ces accords une étape qui n'est pas prévue par les traités de l'Union. Deuxièmement, elle irait à l'encontre de l'obligation découlant de l'article 218, paragraphe 8, TFUE de conclure la convention d'Istanbul à la majorité qualifiée par le Conseil. La Cour a exprimé ainsi sa volonté de rejeter la possibilité que la conclusion d'un accord mixte dépende entièrement de la volonté de chacun des États membres à y être liés dans leur domaine de compétence. Cela étant, la Cour a précisé que rien n'empêche le Conseil de prolonger les débats en son sein afin d'atteindre la plus grande majorité possible avant de conclure la convention d'Istanbul.

L'avis de la Cour de justice met fin à la pratique d'attendre le « commun accord » des États membres à être liés par un accord mixte avant sa conclusion au nom de l'Union. Néanmoins, le fait que le Conseil puisse, selon la Cour, prolonger les débats entre les États membres pour attendre la plus grande majorité possible avant de conclure la convention d'Istanbul semble réduire l'importance de l'incitation à mettre fin à la pratique condamnée.

Maddalen Martin-Arteche, « L'avis 1/19 relatif à la conclusion de la convention d'Istanbul », Actualité n° 34/2021 du 14 octobre 2021, www.ceje.ch

39. La fin ré-annoncée de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne

Le 26 octobre 2021, la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une convention d'arbitrage conclue ad hoc entre un État membre et un investisseur établi dans un autre État membre est incompatible avec le droit de l'Union européenne. Elle a ainsi confirmé et renforcé la portée de l'arrêt Achmea rendu le 6 mars 2018.

La position prise par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Achmea a marqué les esprits. Selon la formule de certains auteurs, cet arrêt a porté « un rude coup » [1] ou « un coup de tonnerre » [2] à l'arbitrage en matière d'investissement. En l'espèce, la Cour de justice a jugé que les clauses d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres portent atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne et, plus spécifiquement, au système de protection juridictionnelle institué par l'article 19 du TUE et les articles 267 et 344 du TFUE. Elle a en particulier observé qu'en vertu de ces clauses, des différends susceptibles de concerner l'interprétation ou l'application du droit de l'Union européenne peuvent être tranchés par des tribunaux arbitraux sans que les questions relevant du droit de l'Union européenne puissent être soumises à la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel.

Les clauses d'arbitrages contenues dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres permettent en effet à ces derniers de soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au contrôle de la Cour de justice, des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit. Elles sont par conséquent incompatibles avec le droit de l'Union européenne et ne peuvent servir de fondement à une procédure d'arbitrage entre un investisseur et un État membre.

Dans l'affaire PL Holdings, la défenderesse au principal a tenté de contourner la jurisprudence Achmea en avançant une argumentation différente de celles développées antérieurement. Elle a soutenu qu'en l'espèce, la compétence du tribunal d'arbitrage ne se fondait pas sur une clause d'arbitrage contenue dans un traité bilatéral d'investissement conclu entre États membres mais résultait d'une convention d'arbitrage ad hoc conclue entre un État membre et un investisseur d'un autre État membre. Cette

convention trouvait son fondement dans la volonté commune des parties et a été conclue selon les mêmes principes qu'une procédure d'arbitrage commercial. L'arrêt Achmea ne trouvait pas ainsi à s'appliquer à une telle convention.

La Cour de justice n'a pas retenu cet argument. Elle a rappelé que les États membres ne peuvent pas soustraire au système juridictionnel de l'Union européenne des différends portant sur l'interprétation et l'application du droit de l'Union européenne. Elle a en particulier jugé que permettre à un État membre, qui est partie à un litige susceptible de porter sur l'application et l'interprétation du droit de l'Union, de soumettre ce litige à un organisme arbitral par la conclusion d'une convention d'arbitrage ad hoc avec un investisseur d'un autre État membre, « entraînerait en réalité un contournement des obligations découlant pour cet État membre des traités et, tout particulièrement, de l'article 4, paragraphe 3, TUE ainsi que des articles 267 et 344 TFUE [...] » (point 47).

La Cour de justice a en particulier tenu compte du fait que la raison d'être d'une telle convention d'arbitrage ad hoc était précisément de remplacer une clause d'arbitrage nulle contenue dans un traité bilatéral d'investissement conclu entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, d'une part, et le Gouvernement de la République populaire de Pologne, d'autre part (point 48). Une telle pratique aurait pour conséquence de maintenir les effets de l'engagement, pris par les États concernés en violation du droit de l'Union, d'accepter la compétence d'un organisme d'arbitrage (point 50). De surcroît, cette approche juridique pourrait être adoptée « dans une multitude de litiges susceptibles de concerner l'application et l'interprétation du droit de l'Union, portant ainsi atteinte de manière répétée à l'autonomie de ce droit » (point 49).

Les conventions d'arbitrage ad hoc en vertu desquelles un litige portant sur des investissements intra-UE est porté devant un organisme d'arbitrage sont ainsi incompatibles avec le droit de l'Union européenne et leur validité doit être contestée par les États membres devant cet organisme ou devant le juge compétent (point 52).

Cette jurisprudence confirme la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne. Elle implique que les clauses d'arbitrage investisseur-État contenues dans un traité bilatéral d'investissement intra-européen ou résultant d'une convention d'arbitrage ad hoc conclue entre un État membre et un investisseur d'un autre État membre sont incompatibles avec des dispositions fondamentales du droit de l'Union européenne. Ce droit exclut qu'un investisseur d'un État membre puisse, en cas de litige concernant des investissements dans un autre État membre, introduire une procédure contre ce dernier État devant un tribunal arbitral.

Le système établi par les clauses d'arbitrage portant sur les investissements intra-européens est en effet soustrait aux mécanismes du renvoi préjudiciel et au contrôle de la Cour de justice. Il contourne le système des voies de recours établi par les traités constitutifs [3]. Les sentences arbitrales adoptées en dehors du système de protection juridictionnelle établi par les traités risquent ainsi d'être annulées pour contrariété au droit de l'Union européenne. Le risque d'annulation de ces sentences rendra l'arbitrage d'investissement peu attrayant aux yeux des investisseurs et entraînera son déclin définitif au sein de l'Union européenne [4].

Alexandra Ferentinou, « La fin ré-annoncée de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne », Actualité n°36/2021 du 10 novembre 2021, www.ceje.ch

XI. Politique étrangère et de sécurité commune

40. *Mesures restrictives croisées entre l'Union européenne et la Chine – Quid des relations bilatérales ?*

Le Conseil a imposé, le 22 mars 2021, des mesures restrictives à l'encontre de onze personnes et quatre entités pour violation grave des droits humains dans divers pays du monde. Il s'agit du premier groupe de mesures imposées dans le cadre du régime de sanctions de l'Union européenne en réaction à des violations en matière de droits de l'homme, adopté le 7 décembre 2020.

Le régime de sanctions de l'Union européenne permet l'adoption de mesures restrictives en cas d'atteintes graves en matière de droits humains, telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture, l'esclavage ou les violences sexuelles. Ce régime introduit un changement de paradigme par rapport au système traditionnel de mesures restrictives puisque les sanctions ne visent plus un pays en particulier. En outre, les sanctions pouvant être imposées comprennent des gels de fonds et des restrictions d'entrée sur le territoire de l'Union européenne.

Les mesures restrictives imposées, le 22 mars 2021, visent des faits divers : les arrestations arbitraires à grande échelle d'Ouïgours dans la région de Xinjiang, en Chine, la répression en République populaire démocratique de Corée, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions forcées en Libye, la torture et la répression contre les personnes LGBTI et les opposants politiques en Tchétchénie, en Russie, ainsi que la torture et les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires au Soudan du Sud et en Érythrée.

Les sanctions imposées contre quatre personnes et une entité en Chine ont été au centre de toutes les discussions. C'est la première fois que le Conseil de l'Union européenne impose des sanctions contre des dirigeants chinois pour violation des droits humains contre la minorité des Ouïghours dans la région de Xinjiang. Le Parlement européen a déjà exprimé ses inquiétudes à plusieurs reprises. Une résolution a par exemple été adoptée, le 17 décembre 2020, sur le travail forcé et la situation des Ouïghours. L'adoption des mesures restrictives doit également être examinée dans le contexte des activités entreprises par la Commission européenne. Celle-ci travaille actuellement sur une initiative législative sur l'obligation de vigilance (« due diligence », en anglais) à l'égard des droits humains dans les chaînes d'approvisionnement. Cet instrument permettrait de lutter contre les violations des droits humains commises dans des États tiers, notamment en Chine. Les mesures restrictives, les déclarations politiques et les mesures commerciales constituent ainsi trois outils pour atteindre un même objectif : le respect des droits humains à l'échelle globale.

Des États prennent également des mesures pour lutter contre la répression des Ouïghours à Xinjiang. Par exemple, les États-Unis disposent d'un mécanisme appelé « Withhold Release Order » permettant d'interdire l'importation de biens produits en faisant appel au travail forcé. Une interdiction à l'importation de coton et de tomates produits par les Ouïghours à Xinjiang a été mise en place en janvier 2021 sur la base dudit mécanisme. Le Parlement européen a demandé à la Commission européenne d'introduire un outil similaire dans l'Union.

La réponse de la Chine face aux mesures restrictives européennes ne s'est pas fait attendre. Les autorités chinoises ont adopté des représailles le même jour, en considérant que les mesures du Conseil sont basées sur « des mensonges et de la désinformation ». La Chine a sanctionné dix individus et quatre entités européennes. La liste des personnes sanctionnées comprend des membres du Parlement européen et de plusieurs parlements nationaux ainsi que des académiques. Les entités concernées par les sanctions sont, notamment, la commission politique et de sécurité du Conseil, la sous-commission des droits de l'homme du Parlement européen. Les individus et entités concernés par les sanctions ont l'interdiction d'entrer en Chine et de faire du commerce avec la Chine.

Quelles seront les implications de ces mesures dans les relations UE-Chine ? La réponse à cette question n'est pas certaine. Rappelons que l'Union européenne et la Chine ont récemment finalisé les négociations relatives à un accord sur les investissements (« Comprehensive Agreement on Investments », CAI). Les négociations de cet accord ont duré neuf ans, donc leur finalisation constitue un pas important dans les relations entre les deux blocs. Cependant, le CAI exige de la Chine de ratifier les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le travail forcé. Certains membres du Parlement européen refusent d'octroyer leur approbation au CAI tant que la Chine n'aura pas ratifié lesdites conventions OIT. Il est prévisible que le Parlement européen soit maintenant encore plus réticent à cet accord. Il faudra donc suivre de près si les tensions entre les deux partenaires auront des conséquences réelles sur la conclusion du CAI et, plus généralement, sur les relations bilatérales dans leur ensemble.

Elisabet Ruiz Cairó, « Mesures restrictives croisées entre l'Union européenne et la Chine – Quid des relations bilatérales ? », Actualité n°10/2021 du 26 mars 2021, www.ceje.ch

XII. Relations entre la Suisse et l'Union européenne

41. Etat du dossier Suisse-UE après le refus de signature de l'accord institutionnel

Le Conseil fédéral a annoncé, le 26 mai 2021, que les conditions nécessaires à la signature de l'accord institutionnel n'étaient pas réunies du fait de divergences substantielles entre la Suisse et l'Union européenne concernant des domaines centraux de l'accord. Lesdites divergences concernent notamment la directive relative au droit des citoyens de l'Union, la protection des salaires et les aides d'État. Le Conseil fédéral a décidé de ne pas signer l'accord institutionnel et a mis un terme aux négociations, lesquelles avaient duré sept ans.

La non-signature de l'accord institutionnel a eu des conséquences immédiates en Suisse. L'Union européenne ne souhaite pas conclure de nouveaux accords d'accès au marché en l'absence d'accord institutionnel, mais plusieurs accords existants avec la Suisse devraient être actualisés. Tel est le cas, par exemple, du chapitre consacré aux dispositifs médicaux de l'accord sur la suppression des obstacles techniques au commerce. Le Conseil fédéral a donc décidé d'adopter des mesures unilatérales en matière de dispositifs médicaux. La fin des négociations de l'accord institutionnel a également touché le domaine de la recherche. Depuis le 12 juillet 2021, la Suisse a le statut de pays tiers dans le programme Horizon 2020 pour tous les appels à projets de 2021. Les chercheurs suisses peuvent prendre part dans une certaine mesure aux appels à proposition mais les coûts seront généralement financés par le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI). La participation aux projets individuels (ERC Grants, actions Marie Curie) est exclue. Des mesures transitoires ont été prévues pour l'année 2021 et, si la Suisse ne parvient pas à reprendre une association pleine au programme, le Conseil fédéral cherchera des mesures de remplacement.

Malgré les difficultés encourues dans les relations Suisse-UE, le Conseil fédéral a décidé de transmettre, le 11 août dernier, au Parlement le message sur le déblocage de sa deuxième contribution en faveur de certains États membres de l'UE (fonds de cohésion). C'est l'un des objectifs du Conseil fédéral dans l'optique de la poursuite de la voie bilatérale. Cette contribution avait été approuvée par le Parlement en 2019 mais sa mise en œuvre avait été bloquée du fait du maintien de mesures discriminatoires de l'UE à l'encontre de la Suisse. Le Conseil fédéral demande maintenant au Parlement de supprimer la condition relative aux discriminations. Des avancées ont été faites dans d'autres dossiers : le Comité mixte Suisse-UE des transports terrestres a adopté des mesures en matière de reconnaissance réciproque des droits des passagers en transport public (1er juillet 2021) et le Comité mixte suisse-UE du transport aérien a repris de nouvelles réglementations de l'UE en matière d'aviation (19 juillet 2021).

Au-delà des conséquences immédiates, la question se pose sur l'évolution à long terme des relations entre les deux partenaires. Le Conseil fédéral souhaite engager un dialogue politique avec l'UE sur la suite de la coopération. Il a demandé au Département fédéral de justice et police (DFJP) d'évaluer comment les relations bilatérales pourraient être stabilisées à l'aide d'adaptations autonomes du droit suisse. Un rapport à ce sujet lui a été remis le 30 juin 2021. Il relève des différences notables en matière de libre circulation des personnes, transport terrestre et aérien, accords agricoles, aides d'État, culture, cinéma et reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité. La Suisse doit désormais décider dans quels cas elle a intérêt à procéder à une reprise autonome. La suite de ces développements sera connue en novembre 2021.

La Suisse et l'Union européenne essayent de trouver des solutions pour poursuivre leur partenariat en l'absence d'un accord institutionnel. Cela peut passer par la voie bilatérale ou, tant que l'Union européenne ne voudra pas négocier de nouveaux accords, par des mesures unilatérales. En poursuivant une coopération renforcée, la Suisse entend confirmer qu'elle reste un partenaire fiable et qu'elle ne souhaite pas réduire sa coopération avec l'Union européenne.

Elisabet Ruiz Cairó, « Etat du dossier Suisse-UE après le refus de signature de l'accord institutionnel », Actualité n°28/2021 du 2 septembre 2021, www.ceje.ch



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

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

www.ceje.ch