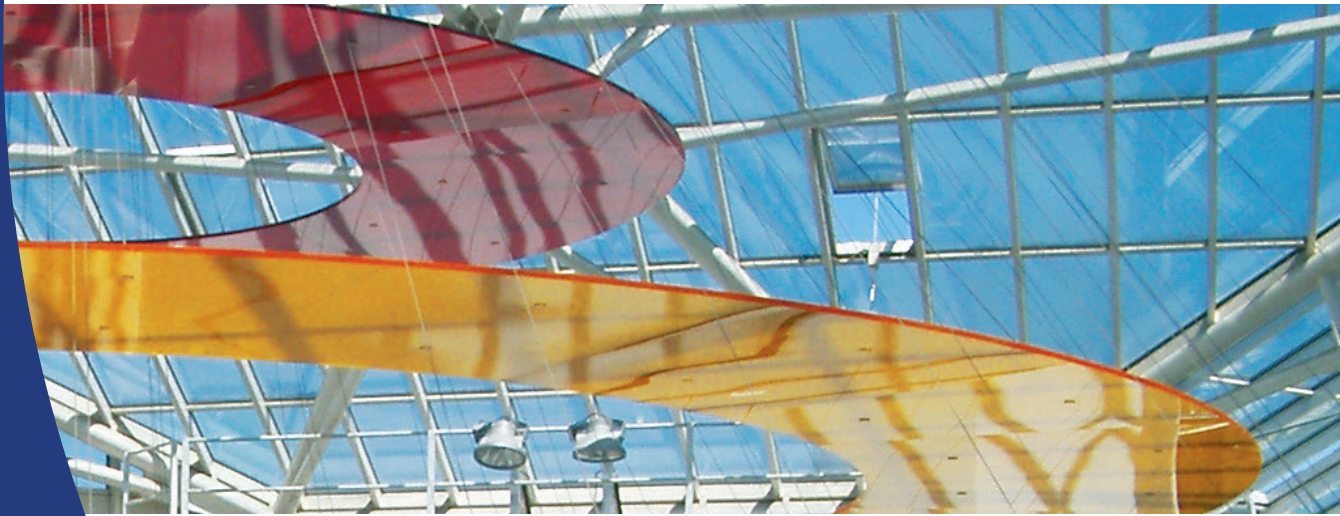


Actualités du Centre d'études juridiques européennes

Année 2022



Education and Culture DG

Actualités du Centre d'études juridiques européennes

- Année 2022 -

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.



Février 2023

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. *La Cour de justice gardienne de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne (3.3.2022)* 1

II. Valeurs et principes de l'Union européenne

2. Indépendance et impartialité d'un juge nommé sous un régime non démocratique (13.4.2022) 2

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

3. Le renforcement de la protection des travailleurs handicapés dans le cadre de la directive 2000/78 (17.2.2022) 3
4. Criteria to refuse execution of European Arrest Warrant and protection of fundamental rights (31.3.2022) 4
5. Striking a balance between the principle of equal treatment and the freedom of association: application of Directive 2000/78 to trade unions (14.6.2022) 6

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

6. Citoyenneté européenne et révocation par un Etat membre d'une assurance de naturalisation (20.1.2022) 8
7. Précisions sur la notion de « relation de dépendance » justifiant l'octroi d'un droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE (8.6.2022) 9
8. No right to vote and/or stand as a candidate in municipal elections held in the residing Member State for UK nationals after 1 February 2020 (17.6.2022) 10
9. Le caractère durable du séjour du ressortissant d'un pays tiers au titre de l'article 20 TFUE (20.9.2022) 11

V. Libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, prestation de services et transports

10. Clarifying the interplay between primacy and direct effect: the limits on the duty to disapply national legislation contrary to EU law (4.2.2022) 13
11. Les jeux de hasard et la justification des restrictions à la liberté d'établissement (4.10.2022) 14
12. Indemnisation des passagers aériens pour la violation du règlement n° 261/2004 en cas de retard de vol (10.10.2022) 16
13. The Digital Services Act: towards enhanced protection of users' rights online (5.12.2022) 17

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

14. Effectiveness of the right to asylum: clarifications on the application of EU asylum rules in the situations of emergency (2.8.2022) 18
15. New clarifications on the scope of the right to an effective remedy under the Dublin III Regulation (1.9.2022) 19
16. Clarifications au sujet des motifs d'irrecevabilité d'une « demande ultérieure » de protection internationale à la lumière du statut dérogatoire du Danemark (12.12.2022) 20

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

17. L'arbitrage et la reconnaissance des jugements sous le règlement « Bruxelles I » – enseignements de l'affaire « Prestige » (15.7.2022)..... 23

VIII. Propriété intellectuelle

18. Précisions sur les « mesures correctives » de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (24.10.2022) 25

IX. Action extérieure

19. Affaire Bank Mellî: l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne réaffirmée (17.1.2022) ... 27
20. L'affaire Micula: l'autonomie et l'indépendance de l'ordre juridique de l'Union européenne face au droit international des investissements (3.3.2022)..... 28
21. État de droit et conditionnalité des financements issus du budget de l'Union européenne (1.4.2022) .. 30
22. La participation de l'Union européenne aux organisations internationales : précisions sur le champ d'application de l'article 17, paragraphe 1, TUE (13.4.2022)..... 31
23. La mise en place dans l'Union européenne d'un dispositif de lutte contre la coercition économique (13.6.2022) 33
24. La compatibilité du Traité sur la Charte de l'énergie modernisé avec les traités contestée devant la Cour de justice de l'Union européenne (27.6.2022) 34
25. Admission d'une indemnisation d'une lésion psychique en vertu de la convention de Montréal (4.11.2022) 35
26. Signature par l'Union européenne de l'accord concernant les activités opérationnelles menées par (Frontex) en République de Macédoine du Nord (18.11.2022) 36
27. L'adhésion de l'Union européenne à l'acte de Genève : précisions sur la division des compétences (14.12.2022) 38

X. Politique étrangère et de sécurité commune

28. 2022 Enlargement Package: a new assessment of EU accession-related reforms in Western Balkans and Turkey (in relation to EU foreign and security policy) (24.10.2022) 40
29. Facilité européenne pour la paix : élargissement de la portée géographique et première contribution volontaire d'un pays tiers (23.12.2022)..... 41

I. Questions institutionnelles

1. La Cour de justice gardienne de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne

Réunie en grande chambre, la Cour de justice s'est prononcée dans son arrêt rendu le 22 février 2022 sur les questions préjudicielles posées par la Cour d'appel de Craiova (Roumanie) portant sur les rapports entre les juridictions de droit commun et la cour constitutionnelle d'un État membre, d'une part, et l'atteinte à l'indépendance des juges d'une pratique nationale qui permet d'engager la responsabilité disciplinaire d'un juge national au motif que celui-ci a appliqué le droit de l'Union et s'est écarté d'un arrêt rendu par la cour constitutionnelle, d'autre part.

S'agissant du litige au principal, la Cour d'appel de Craiova a estimé nécessaire d'examiner la compatibilité entre la législation nationale qui a établi une section spécialisée du ministère public chargée des enquêtes sur les infractions commises au sein du système judiciaire et le droit de l'Union européenne. La Cour de justice avait déjà déclaré, dans son arrêt rendu le 18 mai 2021, l'incompatibilité entre cette législation et l'article 2 et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE (*Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, affaires jointes C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 et C-397/19, p. 223). Néanmoins, la Cour constitutionnelle de Roumanie a considéré, dans son arrêt du 8 juin 2021, que cette législation nationale est conforme à une disposition de la Constitution nationale qui impose le respect du principe de primauté du droit de l'Union. Par conséquent, le juge de droit commun ne serait pas habilité à examiner la compatibilité de cette législation nationale avec le droit de l'UE au risque de s'exposer à une procédure disciplinaire et à une éventuelle suspension de ses fonctions. La Cour constitutionnelle de Roumanie a voulu mettre ainsi en avant le respect de l'identité constitutionnelle nationale et limiter la portée du principe de la primauté du droit de l'UE.

Concernant le rapport entre le juge de droit commun et la cour constitutionnelle d'un État membre, la Cour de justice a considéré dans son arrêt du 22 février 2022 que l'article 2 et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE ne s'opposent pas à une pratique nationale selon laquelle les décisions de la cour constitutionnelle lient les juridictions de droit commun, pourvu que le droit national garantisse l'indépendance de la cour constitutionnelle à l'égard notamment des pouvoirs législatif et exécutif. Néanmoins, ce ne serait pas le cas lorsqu'une telle pratique implique d'exclure toute compétence des juges de droit commun pour apprécier la compatibilité avec le droit de l'Union d'une législation nationale que la cour constitutionnelle de cet État membre a jugée conforme à une disposition constitutionnelle nationale prévoyant la primauté du droit de l'Union. L'article 2 et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE s'opposent également, selon la Cour de justice, à la possibilité d'ouverture d'une procédure disciplinaire permettant d'engager la responsabilité d'un juge national au motif que celui-ci a appliqué le droit de l'Union en s'écartant d'un arrêt de la cour constitutionnelle de son État membre.

L'importance de l'arrêt de la Cour de justice repose tant sur le résultat que sur l'argumentaire qui met en exergue l'identité constitutionnelle de l'Union. Cette identité repose notamment sur le principe de la primauté du droit de l'Union qui empêche les États membres de faire prévaloir, contre l'ordre juridique de l'Union, des mesures unilatérales ultérieures. Cette exigence permet, selon la Cour de justice, d'assurer que la force exécutive du droit de l'Union soit uniforme d'un État membre à l'autre et que le principe d'égalité entre ceux-ci soit respecté. Par ailleurs, elle constituerait une expression du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE.

La Cour de justice montre une claire volonté de protéger l'identité et les principes constitutionnels de l'Union. Cet objectif est néanmoins loin d'être accompli comme le démontrent d'autres arrêts rendus en février 2022 par la Cour de justice (voir, en ce sens, arrêt Hongrie c. Parlement et Conseil, affaire C-156/21 ; et arrêt Pologne c. Parlement et Conseil, affaire C-157/21).

Maddalen Martin-Arteche, « La Cour de justice gardienne de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », Actualité n°5/2022 du 3 mars 2022, www.ceje.ch

II. Valeurs et principes de l'Union européenne

2. Indépendance et impartialité d'un juge nommé sous un régime non démocratique

Dans son arrêt du 29 mars 2022, la Cour de justice, réunie en grande chambre, s'est prononcée sur la conformité de la nomination de trois juges d'appel polonais avec les exigences d'indépendance et d'impartialité qui constituent une garantie pour l'exercice du droit à une protection juridictionnelle effective garanti par l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ainsi que l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'un des juges concernés a commencé sa carrière sous le régime communiste qu'a connu la Pologne avant les changements politiques de 1989. Les deux autres ont été nommés à une époque où, selon la Cour constitutionnelle polonaise, le Conseil national de la magistrature, qui a participé à leur nomination, ne fonctionnait pas de manière transparente et sa composition était contraire à la Constitution polonaise.

La Cour de justice a examiné les observations du Médiateur polonais quant à la recevabilité des questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi. Il était question de savoir si le juge polonais siégeant en tant que juge unique à la Cour suprême polonaise remplit les exigences auxquelles doit répondre un organe pour être qualifié de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE, d'une part, et si le juge remplit les conditions d'indépendance et d'impartialité de l'article 267 TFUE, d'autre part. La composition concrète de la juridiction de renvoi, pour autant que la demande de décision préjudicielle émane d'une juridiction nationale, n'est pas apte, selon la Cour de justice, à remettre en question sa qualité de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE. Faute d'éléments de preuve portant atteinte à l'indépendance et l'impartialité de la juridiction de renvoi, la Cour de justice a déclaré recevables les questions préjudicielles.

S'agissant du fond des questions préjudicielles, la Cour de justice a examiné, en premier lieu, la nomination du juge d'appel ayant commencé sa carrière sous le régime communiste polonais. La Cour de justice a rappelé sa jurisprudence relative à la garantie d'indépendance et d'impartialité des tribunaux en droit de l'Union (voir *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim e.a.*, C-748/19, point 67 ainsi que jurisprudence citée). Elle a conclu que la nomination du juge à une époque où la Pologne ne constituait pas un régime démocratique ne remet pas en cause l'indépendance ni l'impartialité de celui-ci lors de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles ultérieures. Par ailleurs, la Cour de justice a constaté que la juridiction de renvoi n'a pas produit d'indices de nature à susciter des doutes à l'égard de l'indépendance dudit juge. En deuxième lieu, la Cour de justice a tranché les questions relatives aux deux autres juges d'appel. La Cour de justice a rappelé que la Cour constitutionnelle polonaise ne s'est pas prononcée sur l'indépendance du Conseil national de la magistrature, qui a participé à la nomination desdits juges, lorsqu'elle a déclaré, en 2017, que la composition du Conseil national de la magistrature, telle qu'elle se présentait à l'époque de la nomination des deux juges en question, était contraire à la Constitution polonaise. La Cour de justice a conclu que cette incompatibilité ne suffit pas pour remettre en cause l'indépendance et l'impartialité du Conseil national de la magistrature telle qu'il était composé à l'époque ni, par conséquent, l'indépendance des deux juges en cause. Il n'existe pas, selon la Cour de justice, d'éléments concrets démontrant un manque d'indépendance ni du Conseil national de la magistrature ni des juges d'appel. La nomination des trois juges d'appel polonais n'est donc pas contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, de l'article 47 de la Charte et de l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13

Deux aspects de la décision de la Cour de justice sont à noter. D'une part, il ressort de celle-ci que les incertitudes relatives à l'indépendance des organes chargés de veiller au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire national, tel que le Conseil national de la magistrature polonais, ne sont pas aptes à susciter des doutes sérieux concernant l'indépendance des juges faisant partie de ce pouvoir. La

démonstration de l'absence d'indépendance d'un juge requiert, par contre, un niveau probatoire élevé. D'autre part, même intégrés dans un pouvoir judiciaire dont la conformité à l'État de droit est mise en question, les juges sont considérés aptes à agir de manière indépendante et donc à garantir le droit à une protection juridictionnelle effective.

Maddalen Martin-Arteche, « Indépendance et impartialité d'un juge nommé sous un régime non démocratique », Actualité n°11/2022 du 13 avril 2022, www.ceje.ch

III. Droits fondamentaux, Charte, CEDH

3. *Le renforcement de la protection des travailleurs handicapés dans le cadre de la directive 2000/78*

L'affaire *HR Rail* (C-485/20) a été l'occasion pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'apporter plusieurs précisions sur le champ d'application et le contenu de la protection spécifique des travailleurs handicapés contre les mesures discriminatoires telle que garantie par la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (la directive).

En l'espèce, le requérant a été recruté par HR Rail en tant qu'agent de maintenance sur les voies ferrées et a commencé son stage au sein d'Infrabel, société chargée de gérer les infrastructures pour les chemins de fer en Belgique. Il a occupé ce poste pendant à peu près un an. En décembre 2017, il s'est vu diagnostiquer un problème cardiaque nécessitant la pose d'un pacemaker, dispositif sensible aux champs électromagnétiques émis, entre autres, par les voies ferrées. Ayant été reconnu handicapé et inapte à exercer les fonctions pour lesquelles il avait été engagé, le requérant a été temporairement réaffecté à un poste de magasinier au sein de la même entreprise. Quand il est devenu clair que l'agent stagiaire ne pourra pas retourner aux fonctions pour lesquelles il avait été recrutées, HR Rail a décidé de le licencier.

Le requérant a contesté la décision de licenciement devant le Conseil d'Etat. Il faisait valoir que son licenciement constituait une mesure discriminatoire puisque l'employeur aurait pu le réaffecter à un autre poste, notamment, celui de magasinier. Une telle réaffectation serait un « aménagement raisonnable » que l'employeur était tenu de prévoir sur la base de la loi belge transposant la directive 2000/78. Or, selon le Conseil d'Etat, il n'était pas du tout clair si l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, figurant à l'article 5 de la directive, emporte celle d'affecter la personne concernée à un autre poste de travail dans la même entreprise. Confrontée à cette question, la juridiction a décidé de sursoir à statuer et a adressé une demande d'interprétation à la CJUE.

Avant d'analyser le contenu de la notion d'« aménagements raisonnables », la CJUE s'est penchée sur la question d'applicabilité de la directive 2000/78. Elle a rappelé que la directive s'applique tant pour le secteur privé que pour le secteur public et que le problème de santé du requérant devrait être qualifié comme « handicap » qui constitue l'un des critères de discrimination explicitement prohibés par la directive. La Cour a souligné aussi que la directive a vocation à régir « la situation d'un travailleur qui effectue un stage de formation consécutif à son recrutement » (point 30). Cette précision était particulièrement utile dans la présente affaire puisqu'en vertu du règlement national, contrairement aux agents statutaires, les stagiaires inaptes pour exercer leur mission ne pouvaient pas bénéficier d'une réaffectation dans la même entreprise.

La Cour a ensuite procédé à l'interprétation de l'article 5 de la directive. Il découle de cette disposition que « l'employeur est tenu de prendre les mesures appropriées, à savoir des mesures efficaces et pratiques, en prenant en compte chaque situation individuelle, pour permettre à toute personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit

dispensée sans imposer à l'employeur une charge disproportionnée » (point 37). La Cour a souligné qu'en principe, la directive devrait être interprétée conformément à la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (Convention de l'ONU), qui préconise une définition large de la notion d'« aménagement raisonnable ». D'ailleurs, la Cour de Justice a déjà eu l'occasion de préciser que la liste des mesures appropriées figurant au considérant 20 de la directive est non-exhaustive (arrêt HK Danemark, aff. jointes C-335/11 et C-337/11). En invoquant l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la Charte) concernant le principe général de non-discrimination et l'article 26 de la Charte relatif à l'intégration des personnes handicapées, la CJUE a conclu que « lorsqu'un travailleur devient définitivement inapte à occuper son poste en raison de la survenance d'un handicap, sa réaffectation à un autre poste de travail est susceptible de constituer une mesure appropriée dans le cadre des « aménagements raisonnables » (point 43). L'obligation de réaffectation n'est pas pour autant absolue dans la mesure où la directive « ne saurait obliger l'employeur à prendre des mesures qui lui imposeraient une « charge disproportionnée » (point 45).

L'arrêt HR Rail s'inscrit dans la ligne de jurisprudence visant à consolider le régime de protection des travailleurs handicapés instauré par la directive 2000/78. Cette protection a été doublement renforcée. Premièrement, la Cour a précisé que la directive couvre la situation des personnes accomplissant un stage dans le cadre de leur recrutement. Deuxièmement, elle a procédé à une interprétation très large de la notion d'« aménagements raisonnables ». Il appartient pour autant aux juridictions nationales de constater si l'obligation de réaffectation qui peut en découler existe dans les cas concrets. A cet égard, dans la présente affaire, la Cour indique d'une manière quasi-didactique que dans son appréciation la juridiction de renvoi pourra prendre en considération le fait que le requérant a été déjà réaffecté à un poste de magasinier dans la même entreprise. Ceci laisse supposer qu'en l'espèce l'obligation de la réaffectation ne saurait être qualifiée comme une « charge disproportionnée ».

Ces instructions très précises concernant la mise en œuvre de l'article 5 de la directive et le champ d'application de l'instrument (ce point n'a pas été expressément soulevé dans la question préjudicielle) révèlent l'intention de la Cour de construire un régime uniforme de protection des victimes de discrimination sur le fondement du handicap. Les nombreuses références à la Convention ONU et à la Charte indiquent que le principe d'égalité de traitement et l'objectif de l'intégration des personnes handicapées ont une valeur particulière en droit de l'UE et peuvent être invoqués au-delà du contexte de l'application de la directive 2000/78.

Alicja Słowik, « Le renforcement de la protection des travailleurs handicapés dans le cadre de la directive 2000/78 », Actualité n°4/2022 du 17 février 2022, www.ceje.ch

4. Criteria to refuse execution of European Arrest Warrant and protection of fundamental rights

The application of mutual trust-based mechanisms such as the European Arrest Warrant (EAW) raises challenges as to the protection of fundamental rights. For several years, the CJEU has been regularly called upon to provide guidance on the circumstances under which a national judicial authority may refuse to execute an EAW because the surrender of the person concerned could lead to a violation of fundamental rights. This issue was raised again in cases *X and Y v Openbaar Ministerie* (joined cases C-562/21 PPU and C-563/21 PPU).

The cases at hand concern two EAWs issued by Polish courts in April 2021 against two Polish nationals for the purposes of, respectively, executing a custodial sentence and conducting a criminal prosecution. The District Court of Amsterdam, which received the request to execute the EAWs, doubted whether the individuals concerned could be surrendered to the Polish authorities under the EAW Framework Decision given that the surrender could lead to a breach of the right to a fair trial (article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU). The Dutch court pointed out that a number of large-scale reforms concerning, in particular, the system of appointment of judges have considerably undermined the independence of the Polish judiciary and had led to “systemic or generalised deficiencies affecting

the right to a fair trial”. It was in fact not possible to exclude that the Polish judges appointed under the “new” procedure (on the application of “Krajowa Rada Sądownictwa” (“KRS”), a body found not to be independent – see eg. *Commission v Poland* C-791/19) might have participated to the criminal proceedings leading to the conviction of one the requested persons. Similarly, there was a risk that the same judges adjudicate in the case of the second person following his or her surrender. It was thus legitimate to ask whether the surrender of those persons would not result in the violation of their right to be judged by a tribunal established by law, which is an inherent element of a fair trial. To recall, by application of the “two-step examination” established in the seminal LM case (C-216/18 PPU), the executing judicial authority should first determine whether there is a real risk of breach, in the issuing Member State, of the fundamental right to a fair trial, on account of “systemic or generalised deficiencies so far as concerns the independence of that Member State’s judiciary”. Secondly, the authority must conduct a specific examination of the personal situation of the concerned person to assess whether such a risk exists in the concrete case. The Amsterdam Court decided to ask the CJEU whether the two-step test should also be applied as regards a possible breach of the “right to a tribunal previously established by law”.

The CJEU considered that the two-step examination should be indeed applied in the main proceedings. The Court reminded clearly that, given the existence of mutual trust among the Member States, the execution of EAWs constitutes a rule and therefore exceptions allowing refusal to execute them should be interpreted narrowly. It then stated that “the procedure for the appointment of judges necessarily constitutes an inherent element of the concept of a ‘tribunal established by law’” (para. 57 of the judgement).

As regards the first step of the test established in the LM, the CJEU underlined that the executing authority should take into account, *inter alia*, the information contained in a reasoned proposal addressed by the European Commission to the Council on the basis of Article 7 TEU, its relevant case-law on the independence of Polish judiciary, the case-law of the European Court of Human Rights as well as “constitutional case-law of the issuing Member State, which challenges the primacy of EU law”.

Moving to the second step of the test, the Court recalled that it is for the person in respect of whom an EAW has been issued to adduce specific evidence to suggest, that the identified deficiencies in the judicial system had or are liable to have an influence on conducting criminal procedures (para. 83 of the judgement). Such evidence may be, if necessary, supplemented by the information delivered by the issuing authority. The CJEU provided the referring court with a non-exhaustive list of elements that should be considered within the assessment of the independence and impartiality of the panel who heard or would be called to hear the criminal case. Importantly, the fact that one or more judges appointed by the KRS had decided upon or could potentially hear the case of the person concerned is not itself sufficient to refuse the surrender.

The X and Y ruling confirms that even in presence of flagrant deficiencies in the functioning of the judicial system, the execution of the EAW may be refused only in highly exceptional circumstances. By extending the scope of application of the controversial two-step approach^[2] and carefully circumscribing the possibility for national judges to refuse the execution of the EAW, the Court may be found favouring the constitutional principle of mutual trust to the detriment of the protection of fundamental rights. Yet, as the two-step assessment remains the only tool allowing national judges to suspend the execution of an EAW in presence of a potential breach of fundamental rights, the detailed clarifications on its practical use can be seen as a welcome development.

Alicja Słowik, « Criteria to refuse execution of European Arrest Warrant and protection of fundamental rights », Actualité n°8/2022 du 31 mars 2022, www.ceje.ch

5. Striking a balance between the principle of equal treatment and the freedom of association: application of Directive 2000/78 to trade unions

In the case *HK/Danmark and HK/Privat* (C-587/20) the Court of Justice of the European Union (the CJEU) was called again to clarify the scope of application of Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. It ruled that workers' organisations are bound by the principle of non-discrimination on grounds of age despite the political nature of the function performed by its employees.

The case concerned the election of a sector convenor of HK/Privat, a Danish organisation of workers. A sector convenor within HK is a political office which shares certain characteristics with ordinary workers (such as a monthly salary or holiday framework). In the case at hand, a person who has occupied this position for several years was precluded from standing for re-election as she reached the age of 63. She had in fact exceeded the age limit of 60 provided for by the statutes of the organisation for standing for election. Considering that she had been discriminated against on grounds of age, the alleged victim filed a complaint against the organisation. The case was examined by the High Court of Eastern Denmark which had doubts on whether the body such as an organisation of workers could be subject to the obligation to respect the principle of non-discrimination enshrined in Directive 2000/78. The directive has a vocation to apply primarily in the employment context. It was not clear whether the instrument could regulate the situation of politically elected representatives in trade unions who cannot be easily qualified as ordinary workers or self-employed persons. The Danish Court decided to stay the proceedings and sought a preliminary ruling. The CJEU had thus to decide whether a politically elected sector convenor of a trade union falls within the scope of Directive 2000/78.

Firstly, the Court confirmed that setting of an age limit for standing for election constitutes a "condition for access" within the meaning of Article 3 (1)(a) of Directive 2000/78. This provision specifies that the directive shall apply in relation to "conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion".

Secondly, the Court underlined that the generic terms "employment", "self-employment" and "occupation" figuring in Article 3 (1)(a) indicate that the scope of the directive is not limited solely to the conditions for accessing posts occupied by workers. It recalled that the scope of the directive cannot be interpreted restrictively. It then rejected the HK's argument, according to which the directive shall not apply to the conditions of access to the position of sector convenor given the political nature of the post and the fact that the recruitment procedure is based on election. The CJEU pointed out that the recruitment method "has no bearing on the application of [the] directive" and that the protection against discrimination "shall not depend on the nature of the functions performed in a particular employment" (paragraphs 38 and 40).

Finally, the Court addressed the organisation's argument concerning the potential breach of the freedom of association guaranteed by the Convention No. 87 of the ILO concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise as well as by Article 12 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (the Charter). Both instruments protect in particular the right of organisations of workers to elect freely their representatives. HK argued that the wide interpretation of the scope of directive 2000/78 would undermine the exercise of the right to self-organisation. Being subject to the obligation to respect the principle of non-discrimination, the trade unions would be unable to elect their representatives in full freedom. The Court emphasised that the freedom of association is not absolute and must be reconciled with the prohibition of discrimination in employment and occupation. Relying on Article 52 (1) of the Charter, the judges analysed in detail the question of whether the limitations on the freedom of association resulting from the necessity to guarantee equal treatment satisfy all the conditions enumerated in this Article. The restrictions were indeed provided

by law and did not infringe the essence of the fundamental right as they were “applied only for the purpose of attaining the objectives of Directive 2000/78” (paragraph 45 of the judgement). They were also considered to be compatible with the principle of proportionality.

After having concluded that the “conditions for access” to the post of sector convenor of trade union fall within the scope of the directive, the Court observed that the standing for election as sector convenor constituted a means of “involvement” in such an organisation. Such an activity is therefore covered by Article 3 (1)(d) of the directive specifying that the directive applies in relation to “membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers”. An age limit laid down in the statutes of the Danish organisation relating to the eligibility to stand as sector convenor clearly fell into the scope of the directive.

It would be very difficult to disagree with the reasoning and the conclusion reached by the Court. The narrow interpretation of Directive 2000/78 would restrict excessively the scope of application of the principle of equal treatment which has been one of the key driving forces of the European integration. However, as the present case illustrates, the right to equal treatment in employment may easily enter into conflict with other fundamental rights (such as the freedom to conduct a business or the freedom of religion). Striking the right balance between the competing fundamental rights constitutes a particularly sensitive exercise for every judge. In *HK/Danmark* and *HK/Privat* the Court carefully addressed the arguments relating to the potential infringement of the freedom of association. Following closely the analysis put forward by Advocate General Richard de la Tour, the Court verified whether all the requirements concerning the limitations on the freedom of association were satisfied. A detailed examination of the conditions enshrined in Article 52 of the Charter is welcome as it provides for an adequate justification to decide that one fundamental right prevails over another.

Alicja Słowik, « Striking a balance between the principle of equal treatment and the freedom of association: application of Directive 2000/78 to trade unions », Actualité n° 15/2022 du 14 juin 2022, www.ceje.ch

IV. Citoyenneté et libre circulation des personnes

6. Citoyenneté européenne et révocation par un Etat membre d'une assurance de naturalisation

Dans son arrêt du 18 janvier 2022, la Cour de justice, réunie en grande chambre, a dû examiner, pour la première fois, si la révocation par un État membre d'une assurance de naturalisation relève du champ d'application du droit de l'UE quand elle empêche de recouvrer la citoyenneté de l'Union. La Cour a aussi été appelée à statuer sur la compatibilité de cette révocation avec le principe de proportionnalité applicable en droit de l'UE.

Le litige au principal concerne une ressortissante estonienne qui a sollicité l'octroi de la nationalité autrichienne. Le 11 mars 2014, les autorités autrichiennes lui ont promis de lui accorder la nationalité autrichienne à condition qu'elle apporte la preuve, dans un délai de deux ans, qu'elle a renoncé à la nationalité estonienne. Par la suite, la requérante a informé les autorités autrichiennes qu'elle avait cessé d'être une ressortissante estonienne le 27 août 2015. Dès ce moment-là, elle était apatride. Le 6 juillet 2017, les autorités autrichiennes ont révoqué l'assurance de naturalisation et ont rejeté la demande de nationalité autrichienne de la requérante. Les deux décisions ont été motivées par le fait que dans la période suivant l'obtention de l'assurance de naturalisation la requérante a commis deux infractions administratives graves au code de la route ainsi que huit infractions moins graves dans la période précédente.

En premier lieu, la Cour de justice a considéré que la situation de la requérante relève du droit de l'UE. A cet égard, elle a fait valoir trois observations. Elle a d'abord signalé que la perte par la requérante de son statut de citoyenne de l'UE, conféré par l'article 20 TFUE, s'est produite conformément aux exigences de la loi autrichienne sur la nationalité qui interdit les cas de double nationalité. Il ne saurait être considéré, par conséquent, qu'elle a volontairement renoncé à la citoyenneté européenne. Ensuite, la Cour a mis l'accent sur le fait que c'est la procédure de naturalisation suivie par la requérante qui a provoqué la perte définitive de la citoyenneté européenne. Une telle procédure dépasse, par conséquent, le champ d'application du droit national car elle est susceptible d'affecter les droits découlant du statut de citoyen européen. Enfin, la Cour a mentionné que le fait que la requérante ait exercé sa liberté de circulation et de séjour en s'installant en Autriche et qu'elle ait cherché à devenir nationale de cet État membre démontrent une volonté de s'intégrer dans la société d'un autre État membre. Ce sont précisément les droits conférés par la citoyenneté européenne qui rendent, selon la Cour, possible une telle intégration.

En deuxième lieu, la Cour a conclu que la décision de révoquer l'assurance de naturalisation ne respecte pas le principe de proportionnalité applicable en droit de l'UE. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a signalé, d'une part, que l'Autriche aurait dû prêter attention aux difficultés pour la requérante de recouvrer la nationalité estonienne qui exigerait qu'elle réside pendant huit ans sur le territoire estonien. D'autre part, la Cour a signalé que la décision de révocation a été motivée par des infractions administratives commises par la requérante entraînant une simple sanction pécuniaire. La conduite de la requérante ne constitue donc pas un motif légitime qui justifierait la perte du statut de citoyen de l'Union. La requérante ne saurait être, selon la Cour, ni une menace grave à l'« ordre public » ni à la « sécurité publique » de l'Autriche au sens de sa jurisprudence (arrêt du 13 septembre 2019, Rendon Marin, C-165/14, point 83 et jurisprudence citée).

La décision de la Cour va loin en ce qui concerne l'obligation des États membres d'assurer l'utilité de l'article 20 TFUE et des droits qui en découlent. L'Autriche n'est pas le seul État membre manquant à cette obligation. L'Estonie n'aurait pas dû, selon la Cour, donner suite à la décision de la requérante de renoncer à la nationalité estonienne sans s'assurer que la nationalité autrichienne avait été effectivement acquise. L'obligation d'assurer l'effet utile de l'article 20 TFUE est davantage exigeante en vu des raisons exceptionnelles qui justifient, selon la jurisprudence de la Cour, une décision

entraînant la perte du statut de citoyen de l'UE, telles que le risque qu'un requérant poserait au fonctionnement des institutions ou à la population nationale. En effet, la jurisprudence de la Cour ne laisse pas beaucoup de place aux sensibilités nationales en matière de nationalité.

La promesse de naturalisation suscite, par ailleurs, des questions qui vont au-delà du cas d'espèce. Si cette promesse était octroyée à un ressortissant d'un pays tiers, entraînerait-elle l'application du droit de l'UE ? C'est-à-dire, une telle promesse pourrait être perçue comme conférant potentiellement le statut de citoyen de l'UE ? Ces questions n'ont toutefois pas encore été soulevées devant la Cour.

Maddalen Martin-Arteche, « Citoyenneté européenne et révocation par un État membre d'une assurance de naturalisation », Actualité n°2/2022 du 20 janvier 2022, www.ceje.ch

7. Précisions sur la notion de « relation de dépendance » justifiant l'octroi d'un droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE

Dans l'arrêt *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser dans quelles situations l'article 20 TFUE oblige les États membres à octroyer le droit de séjour à un ressortissant d'État tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union. Les deux affaires jointes concernaient le refus du titre de séjour à des ressortissants d'États tiers se trouvant dans une « relation de dépendance » avec des citoyens de l'Union. La Cour de justice a été plus spécifiquement confrontée à la question de savoir si ce refus portait atteinte aux droits conférés par le statut de citoyen de l'Union.

Dans la première affaire, une ressortissante vénézuélienne s'est installée en Espagne avec son enfant, lui aussi de nationalité vénézuélienne. Elle a épousé un ressortissant espagnol avec qui elle a eu un enfant de nationalité espagnole. En septembre 2015, le beau-père a introduit une demande pour que l'enfant de nationalité vénézuélienne obtienne une carte de séjour temporaire de membre de famille d'un citoyen de l'Union. Cette demande a été rejetée par les autorités espagnoles au motif que le père n'a pas démontré qu'il avait des ressources financières suffisantes pour lui-même et pour les membres de sa famille. Il est à noter que ni le beau-père, ni l'enfant de nationalité espagnole n'ont jamais exercé leur liberté de circulation au sein de l'UE.

Dans la seconde affaire, un ressortissant péruvien s'est marié avec une ressortissante espagnole qui n'a jamais exercé sa liberté de circulation au sein de l'Union. Le couple avait un enfant de nationalité espagnole. Le père s'est vu rejeter sa demande d'une carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union au motif qu'il avait un casier judiciaire en Espagne et que son épouse ne disposait pas de ressources suffisantes.

Considérant que le refus du titre de séjour aux ressortissants d'États tiers dans les deux affaires pourrait mettre en péril l'effectivité des droits dont les membres de leurs familles jouissaient en tant que citoyens de l'Union, le juge espagnol a décidé de saisir la Cour de Justice pour qu'elle examine la compatibilité de la pratique espagnole avec le droit de l'UE. La Haute juridiction de l'Union a dû analyser la notion de « relation de dépendance » entre le citoyen de l'UE et un membre de sa famille, ressortissant d'État tiers, dont l'existence peut limiter la possibilité pour les autorités nationales de refuser le titre de séjour à ce dernier.

En confirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour a tout d'abord souligné que l'article 20 TFUE s'oppose à ce qu'un État Membre refuse d'accorder un droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers lorsqu'il « existe, entre ce ressortissant d'un pays tiers et le citoyen de l'Union, membre de sa famille, une relation de dépendance telle qu'elle aboutirait à ce que ce dernier soit contraint d'accompagner le ressortissant d'un pays tiers en cause et de quitter le territoire de l'Union, pris dans son ensemble » (point 46). Un tel refus pourrait mettre en cause l'effet utile des droits découlant de la citoyenneté européenne dans la mesure où il priverait le citoyen concerné de son droit de séjour sur le territoire européen. Pour cette raison, un État membre ne peut pas rejeter automatiquement la demande de carte

de séjour sans examiner la possibilité d'existence d'un « lien de dépendance ». La Cour de justice a précisé par ailleurs que l'obligation de vie commune découlant du mariage en vertu du droit national (qui figure p. ex. dans le code civil espagnol) ne constitue pas en soi un motif suffisant pour caractériser l'existence dudit lien. Dans la situation où le citoyen concerné est mineur, lors de l'appréciation de la présence de la relation de dépendance, les autorités doivent tenir compte du droit au respect de la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Le fait que le citoyen mineur cohabite de façon stable avec ces deux parents fonde une présomption de l'existence du lien de dépendance entre ce citoyen et son parent venant d'un pays tiers. S'agissant de la situation particulière de la famille dans la première affaire, la Cour a encore précisé qu'un État membre ne peut pas refuser le titre de séjour à un enfant mineur, ressortissant d'un État tiers, lorsque ce refus aura pour effet de forcer son demi-frère, citoyen de l'Union, de quitter le territoire de l'État membre concerné. En effet, il serait naturel pour un parent qui accompagnera son enfant forcé de vivre dans un État tiers d'emmener avec lui son deuxième enfant, citoyen de l'UE. De cette façon, ce dernier serait contraint de quitter le territoire d'un État membre de l'UE et serait dépourvu des privilèges liés à son « statut fondamental » de citoyen de l'Union.

Le présent arrêt apporte des clarifications sur la notion de « relation de dépendance » qui devraient faciliter l'application de l'article 20 TFUE. La nécessité d'un examen individualisé de l'existence d'une telle relation vise à assurer le respect des droits fondamentaux et de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'arrêt constitue un pas supplémentaire vers la définition de la notion « l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ». Parmi ces droits figure naturellement le droit de séjourner sur le territoire des États membres. Cependant, le présent jugement démontre que la Cour de Justice est bien consciente des liens intrinsèques qui existent entre ce droit de séjour et la nécessité de la protection des droits fondamentaux. Ce droit « emblématique » de citoyen de l'Union ne pourra pas être effectivement exercé sans que soit garanti le plein respect de ses droits fondamentaux, dont notamment le droit au respect de la vie familiale.

Alicja Slowik, « Précisions sur la notion de « relation de dépendance » justifiant l'octroi d'un droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE », Actualité n° 12/2022 du 8 juin 2022, www.ceje.ch.

8. No right to vote and/or stand as a candidate in municipal elections held in the residing Member State for UK nationals after 1 February 2020

On 9 June 2022, the Grand Chamber of the Court of Justice delivered its ruling in case C-673/20 concerning a United Kingdom (UK) national who had been living in France since 1984 but had neither applied for nor obtained French nationality. The UK national found herself, as a consequence of the entry into force of the EU-UK Withdrawal Agreement on 1 February 2020, prevented from participating in the municipal elections held in France on 15 March 2020. She brought her case before the French courts, which, in turn, made a request for a preliminary ruling to the Court of Justice.

Firstly, the Court of Justice had to rule whether UK nationals who transferred their residence to another EU Member State before the end of the transition period provided for in the Withdrawal Agreement continued to benefit during such period (from 1 February to 31 December 2020) and beyond from the right to vote and/or stand as a candidate in municipal elections in their Member State of residence. Secondly, if the Court of Justice found that the answer to the latter question is negative, the referring jurisdiction asked the Court of Justice to examine the validity of the Withdrawal Agreement in light of Article 9 TEU (citizenship of the EU), Articles 18, 20 and 21 TFEU (non-discrimination and citizenship of the EU), Article 40 of the Charter (right to vote and stand as a candidate in municipal elections) and the principle of proportionality. The two questions will be examined in turn below.

The right of every EU citizen residing in a Member State of which he/she is not a national to vote and stand as a candidate in municipal elections in that Member State, under the same conditions as nationals of that State, is part of the rights that EU citizens enjoy under the Treaties. The Court of Justice very

clearly recalled that entitlement to EU citizenship in general and the right to vote and stand as a candidate in Member States' municipal elections enshrined in Article 20 (2)(b) TFEU, Article 22 TFEU and Article 40 of the Charter, in particular, is dependent on being a national of an EU Member State. No such right is granted to third country nationals under the Treaties. Following the withdrawal of the UK from the EU, UK nationals are to be considered third-country nationals for the purposes of Article 20 (2)(b) TFEU, Article 22 TFEU and Article 40 of the Charter. Hence, UK nationals lost, as from 1 February 2020, the right to vote and stand in municipal elections in their Member State of residence. Following the Court of Justice, the Withdrawal Agreement does not confer a right to vote and stand as a candidate in municipal elections in the Member State of residence in favour of UK nationals who had exercised their right to reside in a different Member State before the end of the transition period. What is more, although certain provisions of EU law continued to apply during the transition period in the UK, Article 127 (1)(b) of the Withdrawal Agreement expressly excludes the application to and in the UK of Article 20 (2)(b) TFEU, Article 22 TFEU, and Article 40 of the Charter. The Court of Justice found that the exclusion applies as well to UK nationals having exercised their right to reside in a different Member State before the transition period, as it is the case of the UK national in casu. In conclusion, UK nationals who used to enjoy the rights deriving from the EU citizenship no longer benefit, after the withdrawal of the UK from the EU, from the right to vote and stand as a candidate in municipal elections in their Member State of residence.

The Court of Justice examined next whether Council Decision 2020/135 on the conclusion of the Withdrawal Agreement could have conferred pursuant to Article 9 TEU, Articles 18, 20 and 21 TFEU and Article 40 Charter, as well as the principle of proportionality, on UK nationals who exercised their right to reside in a different Member State before the end of the transition period the right to vote and stand as a candidate in municipal elections in the residing Member State during such period. The Court of Justice reiterated that such claim cannot be based on the aforementioned Treaty provisions because third-country nationals (UK nationals as from 1 February 2020) are not entitled to these rights. As regards the examination of the validity of Council Decision 2020/135 in light of the principle of proportionality, the Court of Justice found that the EU exercised its broad discretion in the conduct of external relations not to include the right to vote and stand as a candidate in municipal elections in the residing Member State within the Withdrawal Agreement. As a result, the Court of Justice upheld the validity of the Withdrawal Agreement.

The ruling of the Court of Justice shows clearly that EU citizenship and nationality of a Member State are inextricably linked. Consequently, neither long-term residence in nor close ties with a Member State can make up for the absence of such nationality. In addition, the loss of EU citizenship is treated as a collective thing, meaning that UK nationals are indistinguishable when it comes to the loss of EU citizenship.

Maddalen Martin-Arteche, « No right to vote and/or stand as a candidate in municipal elections held in the residing Member State for UK nationals after 1 February 2020 », Actualité n° 16/2022 du 17 juin 2022, www.ceje.ch

9. Le caractère durable du séjour du ressortissant d'un pays tiers au titre de l'article 20 TFUE

Dans son arrêt, *E. K. c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (C-624/20), la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE » / la « Cour ») a eu l'occasion d'apporter plusieurs précisions concernant la nature du droit de séjour d'un ressortissant d'un pays tiers tiré de l'article 20 TFUE, notamment, aux fins de l'application de la directive 2003/109 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (« directive 2003/109 »).

En l'espèce, E.K., une ressortissante ghanéenne, mère d'un enfant de nationalité néerlandaise, a reçu un titre de séjour aux Pays-Bas en tant que membre de famille d'un citoyen de l'Union (sur le fondement de l'article 20 TFUE). En 2019, E. K. a introduit une demande auprès des autorités

néerlandaises pour obtenir un permis de séjour de longue durée. Les autorités ont rejeté cette demande au motif que la femme bénéficiait d'un titre de séjour de nature temporaire ce qui exclurait l'applicabilité de la directive 2003/109 sur le séjour de longue durée. La requérante a introduit un recours contre cette décision devant le tribunal de la Haye.

Statuant sur ce litige, le juge néerlandais a décidé de saisir la CJUE pour recevoir des éclaircissements sur plusieurs questions relatives à la nature du droit de séjour dérivé tiré de l'article 20 TFUE et au champ d'application de la directive 2003/109. Plus précisément, le juge souhaitait savoir si le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers au titre de l'article 20 TFUE est de nature temporaire. La réponse à cette question était censée dissiper les doutes quant à l'applicabilité de la directive 2003/109 à la présente situation. En fait, l'article 3, paragraphe 2, sous e), de la directive exclut de son champ d'application les ressortissants de pays tiers qui « séjournent exclusivement pour des motifs à caractère temporaire ». Si le séjour au titre de l'article 20 TFUE était qualifié de temporaire, la directive ne pourra pas s'appliquer.

Dans son jugement, la CJUE a d'abord observé que la notion de séjour « exclusivement pour des motifs à caractère temporaire » visée à l'article 3, paragraphe 2, sous e), de la directive 2003/109, est « une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée de manière uniforme sur le territoire de l'ensemble des États membres » (point 21). Elle a ensuite rappelé qu'un droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE n'est accordé au ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union « que dans des situations très particulières » dans lesquelles le refus de l'octroi d'un tel droit obligerait le citoyen « à quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble, le privant ainsi de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut (point 36) ». L'octroi dudit droit est notamment conditionné par l'existence d'une « relation de dépendance » entre le ressortissant d'un pays tiers et le citoyen de l'Union (v. la récente note d'actualité du CEJE sur la notion de « relation de dépendance »). Le droit de séjour d'un ressortissant d'un pays tiers au titre de l'article 20 TFUE devrait durer aussi longtemps que perdure la relation de dépendance. La Cour a observé que même si cette relation de dépendance tend à disparaître avec le passage du temps « elle n'a pas, en principe, vocation à être de courte durée (point 41) ». Au contraire, elle peut « s'étendre sur une période considérable » et favoriser ainsi l'ancrage d'un ressortissant d'un pays tiers dans l'État membre concerné. À cet égard, l'octroi du permis de long séjour sur la base du séjour au titre de l'article 20 TFUE serait apte à réaliser l'objectif principal de la directive 2003/109, à savoir celui de « l'intégration des ressortissants de pays tiers qui sont installés durablement dans les États membres » (point 44).

Finalement, la Cour de justice a rejeté l'argumentation de certains États membres qui soutenaient que le caractère dérivé du droit de séjour fondé sur l'article 20 TFUE ferait obstacle à la délivrance de permis de séjour de longue durée sur la base de la directive 2003/109. La Cour a souligné que la directive n'opérait aucune distinction selon que le ressortissant d'un pays tiers concerné résidait légalement dans l'UE au titre d'un droit autonome ou d'un droit dérivé. Ces constats ont amené la Grande chambre à conclure que le séjour sur la base de l'article 20 TFUE ne constitue pas un séjour pour des motifs temporaires.

Le présent arrêt contribue au renforcement du concept de citoyenneté européenne. Le caractère dérivé du droit de séjour fondé sur l'article 20 TFUE n'empêche pas les ressortissants de pays tiers d'en jouir d'une manière durable. Le citoyen européen se trouve ainsi doté d'une garantie que son proche pourra séjourner légalement dans l'État membre et l'accompagner à long terme ce qui favoriserait sans doute la stabilité des relations familiales.

Il est intéressant de noter pour autant que le raisonnement et la solution dégagés par la Cour diffèrent à plusieurs égards de ceux proposés par l'avocat général Jean Richard de la Tour. Dans ses Conclusions, l'avocat général a mis l'accent sur la spécificité du droit au séjour dérivé tiré de l'article 20 TFUE et le fait que la personne qui en bénéficie n'a pas vocation à s'installer durablement dans l'État membre (v. notamment, points 52 et s. des Conclusions). Le séjour d'un ressortissant d'un pays tiers fondé sur

l'article 20 TFUE constitue, aux yeux de l'avocat général, « un séjour exclusivement pour des motifs à caractère temporaire » qui fait l'objet de l'exclusion prévue à l'article 3, paragraphe 2, sous e), de la directive 2003/109. Cette différence entre la Cour et l'avocat général quant à la nature du droit de séjour au titre de l'article 20 TFUE confirme que la règle dégagée dans le fameux arrêt Zambrano continue (et continuera) à éveiller des doutes et controverses.

Alicja Slowik, « Le caractère durable du séjour du ressortissant d'un pays tiers au titre de l'article 20 TFUE », Actualité n°21/2022 du 20 septembre 2022, www.ceje.ch

V. Libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, prestation de services et transports

10. Clarifying the interplay between primacy and direct effect: the limits on the duty to disapply national legislation contrary to EU law

In its judgement *Thelen Technopark Berlin* (C-261/20), the Grand Chamber of the CJEU found that a national court ruling on a dispute between private individuals is not required to disapply a piece of national legislation contrary to a provision of EU law if the latter provision does not have direct effect.

The dispute at stake concerned the execution of a service contract concluded between MN (applicant), an engineering firm and Thelen (defendant), a real estate company. Pursuant to the agreement, MN undertook to provide services for a construction project in return for a payment of a flat-rate fee. The services in question were covered by the German decree on fees for services provided by architects

and engineers establishing minimum remuneration rates for service providers. Importantly, the flat-rate fee agreed upon by MN and Thelen was considerably lower than the one imposed by the decree. After the termination of the contract, the applicant issued invoice for his services based on the minimum rates guaranteed by the national decree. The defendant refused to pay the entirety of the required sum on the ground that the aforementioned decree had been found to be incompatible with Articles 15(1), (2)(g) and (3) of Directive 2006/123 on services in the internal market (see the CJEU's judgement *Commission v Germany*, C-377/17 and the order *hapeg dresden*, C-137/18) and shall be therefore disapplied in the present proceedings.

Confronted with the question of the possible application of EU instrument, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) decided to ask the CJEU whether, in the context of a dispute between private parties, Article 15 of Directive 2006/123 has direct effect so that the national decree contrary to that directive should be disapplied. Subsidiarily, the referring jurisdiction wondered whether the decree could be set aside on the ground of its potential incompatibility with article 49 TFEU or “other general principles of EU law”.

In its response, the CJEU first stated that the principle of primacy requires national courts to interpret national legislation in conformity with EU law, specifically when hearing disputes between private individuals. Yet, this duty cannot result in the contra legem interpretation of national law. According to the referring judge it was indeed impossible to interpret the decree in conformity with Directive 2006/123 in the case at hand. Continuing the reasoning, the Court applied the solution developed in the seminal case *Popławski* (C-573/17). It recalled that “a national court is not required, solely on the basis of EU law, to disapply a provision of its national law which is contrary to a provision of EU law if the latter provision does not have direct effect” (paragraph 33). Although article 15 of Directive 2003/123 has been previously found as unconditional and sufficiently precise to produce direct effect, the case at hand concerned a horizontal dispute. The German decree could not thus be set aside on the basis of its incompatibility with the EU provision deprived itself of direct effect. This conclusion could not be affected by the judgement *Commission v Germany* in which the court clearly stated that, by maintaining the fixed tariffs for certain services, Germany had failed to fulfil its obligations under article 15 of the

Directive. Concluding that a piece of national legislation is contrary to a provision of UE law does not change the nature of the latter: in particular, it does not endow it with a horizontal direct effect.

The Court added that the individual who cannot invoke the directive to set aside a national provision may still rely on the principle of State liability established in the Francovich (C-6/90 and C-9/90) case. In this regard, the circumstance that the breach of EU law (incorrect transposition of the directive) persisted despite the CJEU's judgement in Commission v Germany would amount to a serious breach. Moving to the second preliminary question of the referring judge, the CJEU blatantly excluded the application of article 49 TFEU because the facts of the case were confined to a single Member State (Germany).

It is worth noting that the solution put forward by the Court in the present case significantly differs from the one proposed by the Advocate General. AG Szpunar came to conclusion that the national court should disapply the national decree in the present case on two grounds.

Firstly, Article 15 of Directive 2006 gives specific expression to the freedom of establishment enshrined in Article 49 TFEU. Drawing on the interplay between primary and secondary sources of such fundamental freedom, AG Szpunar convincingly argued that, by adopting the directive, the legislator intended to give "specific expression" to the freedom enshrined in the Treaty. Thus, "a special approach should be taken to the issue of horizontal application of that directive" (paragraph 42). The individual should have the possibility to rely on the directive against another individual just he or she may rely on the freedom of establishment guaranteed by the Treaty in similar situations. Secondly, AG Szpunar points out that the obligation to set aside national legislation would result from the necessity to respect the fundamental right of the freedom of contract enshrined in Article 16 of the Charter. One may regret that these points were not touched upon by the Court, and that more especially because the asking judge explicitly referred in his question not solely to Article 49 TFEU but also to the "other general principles of EU law", possibly targeting the content of the Charter.

Reiterating the Popławskicase law, Thelen Technopark Berlin illustrates how the absence of (horizontal) direct effect of a particular provision of EU law may alleviate the far-reaching consequences of the doctrine of primacy. Even a piece of national legislation manifestly incompatible with a provision of an EU directive will not be set aside in a dispute between private parties. However powerful, the doctrine of primacy cannot trump another key principle of EU legal order, the one of the absence of horizontal direct effect of directives.

Alicja Słowik, «Clarifying the interplay between primacy and direct effect: the limits on the duty to disapply national legislation contrary to EU law», Actualité n°3/2022 du 4 février 2022, www.ceje.ch

11. Les jeux de hasard et la justification des restrictions à la liberté d'établissement

La réglementation des jeux de hasard qui mène fréquemment à des restrictions des libertés fondamentales garanties par le droit de l'UE, a fait l'objet d'un contentieux abondant devant la Cour de justice de l'UE (la « Cour de justice » / « Cour »). Dans l'affaire récente, Admiral Gaming Network, la Cour a été amenée à nouveau à préciser les conditions de la justification des restrictions à la liberté d'établissement dans le domaine des jeux de hasard.

En l'espèce, il était question d'une nouvelle loi italienne qui réduisait les rémunérations et commissions à l'égard d'une certaine catégorie d'opérateurs des jeux de hasard, à savoir les opérateurs des jeux pratiqués avec des appareils de jeux. L'application de cette législation a eu pour effet que les sociétés actives dans le secteur des jeux au moyen des appareils de jeu ont subi un prélèvement économique. Les sociétés concernées (parmi lesquelles il y avait plusieurs sociétés italiennes contrôlées par des sociétés établies dans d'autres États membres) ont saisi le Tribunal administratif régional du Latium (Tribunale amministrativa regionale del Lazio) en soulevant l'incompatibilité du nouveau cadre législatif avec le droit de l'Union et la Constitution italienne. Statuant en appel sur cette affaire, le Conseil d'État (Consiglio di Stato) a décidé d'adresser à la Cour de justice deux questions préjudicielles

relatives à la conformité d'un prélèvement réduisant la rémunération des opérateurs des jeux pratiqués sur des appareils de jeu avec les articles 49 et 56 TFUE d'une part et avec le principe général de confiance légitime, d'autre part.

La Cour de justice a d'abord observé que la situation, telle qu'en cause au principal, dans laquelle une société d'un État membre détient une participation dans le capital d'une société établie dans un autre État membre relève de la liberté d'établissement. En l'absence d'indices quant à la possible application de l'article 56 TFEU, la Cour a analysé la conformité de la mesure contestée avec l'article 49 TFUE. Elle a constaté que le prélèvement litigieux revêtait le caractère d'une mesure fiscale. Or, la fiscalité directe relève de la compétence des États membres. « [E]n l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union, les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres [...] ne constituent pas des restrictions aux libertés de circulation » à moins que l'exercice de ces compétences soit de caractère discriminatoire (point 43). Les mesures de nature fiscale qui affectent de la même manière les prestations purement internes et celles effectuées par les opérateurs contrôlés par des sociétés établies dans d'autres États membres n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 49 TFUE. Aux yeux de la Cour, la mesure litigieuse ne présentait pas de caractère discriminatoire. Pour autant, il appartient à la juridiction nationale de vérifier s'il y a eu un traitement moins favorable à l'égard des opérateurs étrangers. Si c'était le cas, la mesure constituerait une restriction à la liberté d'établissement.

Passant à l'analyse de la possible justification de la restriction, la Cour a rappelé que « la réglementation des jeux de hasard fait partie des domaines dans lesquels des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel existent entre les États membres » (point 48). Dans ce domaine, les États membres jouissent d'une large discrétion en ce qui concerne la détermination du niveau de protection des consommateurs et de l'ordre public. Les raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des consommateurs ou la prévention de la fraude et de l'addiction au jeu peuvent justifier la restriction à la liberté d'établissement. Or, en l'espèce, la loi nationale ne faisait pas de référence à de tels objectifs et visait exclusivement l'amélioration des finances publiques. Il appartenait à la juridiction de renvoi de vérifier si la loi poursuivait d'autres intérêts légitimes puisque l'objectif purement économique ne peut pas justifier la restriction à la liberté fondamentale.

Dans sa réponse à la deuxième question, la Cour a rappelé que la restriction à la liberté d'établissement ne saurait être justifiée si elle n'est pas conforme aux principes généraux de droit de l'UE, dont notamment, le principe de confiance légitime. Il appartenait au juge national de vérifier si le principe a été respecté en l'espèce. En particulier, la juridiction de renvoi devrait apprécier le possible impact du prélèvement sur la rentabilité des investissements effectués par les opérateurs de jeux concernés et vérifier si lesdits opérateurs se sont trouvés « privés, du fait du caractère le cas échéant soudain et imprévisible de ce prélèvement, du temps nécessaire pour leur permettre de s'adapter à cette nouvelle situation » (point 71).

Dans le présent arrêt, la Cour de justice s'est référée à plusieurs reprises au pouvoir d'appréciation des juridictions nationales. Elle a souligné qu'il appartenait au juge de renvoi de trancher la question de savoir si le prélèvement en question constitue une restriction à la liberté garantie par l'article 49 TFUE et, le cas échéant, de statuer sur sa justification. Cette attitude déférente à l'égard des juridictions nationales peut s'expliquer par une large discrétion dont disposent les autorités étatiques en matière de réglementation des jeux de hasard. Toutefois, il est intéressant d'observer que bien que la Cour eût de forts doutes sur la possibilité d'appliquer l'article 49 TFUE en l'espèce, elle a fourni à la juridiction de renvoi des instructions détaillées quant à l'examen de la possible justification de la mesure. Ceci révèle l'intention de la Cour d'équiper le juge national avec les meilleurs outils pour assurer une bonne application du droit de l'UE.

Alicja Slowik, « Les jeux de hasard et la justification des restrictions à la liberté d'établissement », Actualité n°22/2022 du 4 octobre 2022, www.ceje.ch

12. Indemnisation des passagers aériens pour la violation du règlement n° 261/2004 en cas de retard de vol

Dans son arrêt *LOT* (C-597/20), la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE » / la « Cour ») a jugé que le droit national peut habiliter l'organisme national, chargé de l'application du règlement n° 261/2004 sur l'indemnisation des passagers aériens, à obliger un transporteur aérien à indemniser des passagers, sous réserve qu'une possibilité de recours juridictionnel soit ouverte à ce passager et audit transporteur aérien.

En l'espèce, à la suite d'un retard de plus de trois heures de leur vol au départ de New-York et à destination de Budapest, des passagers se sont adressés à l'autorité hongroise, chargée de l'application du règlement sur les droits des passagers aériens, afin que celle-ci impose à LOT, le transporteur aérien concerné, le paiement de l'indemnisation prévue par ce règlement. Cette autorité a constaté la violation du règlement et a imposé à LOT le paiement d'une indemnisation d'un montant de 600 euros à chaque passager concerné. Estimant que l'autorité en question n'était pas compétente pour imposer le paiement d'une telle indemnisation au motif que seules les juridictions nationales civiles étaient habilitées à cet effet, LOT a contesté la décision de celle-ci devant la cour de Budapest-Capitale.

Le juge hongrois a décidé de saisir la CJUE, à titre préjudiciel afin, de demander si un organisme national chargé de l'application du règlement n° 261/2004, visé à l'article 16, paragraphe 1, de ce même règlement, peut imposer à un transporteur aérien le paiement d'une indemnisation pour la violation de celui-ci.

La Cour de justice a d'abord examiné le libellé de l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004. Cette disposition précise que chaque État membre est tenu de désigner un organisme chargé de l'application dudit règlement, cet organisme prenant, le cas échéant, les mesures nécessaires au respect des droits des passagers. En se référant à l'arrêt *Ruijsenaars e.a.*, la Cour a rappelé que l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004 n'oblige pas un organisme national chargé de son application d'adopter des mesures coercitives à la suite de plaintes individuelles formées par des passagers aériens. Pour autant, ce règlement ne s'oppose pas à ce que les États membres habiliter ces organismes à adopter de telles mesures. En somme, les États membres disposent d'une marge de manœuvre concernant les compétences qu'ils souhaitent conférer à leurs organismes nationaux aux fins de la défense des droits des passagers.

Toutefois, la Cour a considéré que la demande d'indemnisation d'un passager aérien au titre de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004 constitue une mise en œuvre d'un droit garanti par le droit de l'Union européenne. Par conséquent, la reconnaissance d'une compétence coercitive dans le chef de l'organisme national, visé à l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004 ne peut priver ni les passagers ni les transporteurs aériens de la possibilité d'introduire un recours juridictionnel devant le juge national qui peut, le cas échéant, interroger la Cour sur le fondement de l'article 267 TFUE.

Dans son jugement, la Cour a suivi les conclusions de l'avocat général et a confirmé sa jurisprudence antérieure. Il est intéressant de noter que la Cour a interprété le règlement n° 261/2004 à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, sans que cela découle de sa jurisprudence *Ruijsenaars e.a.* ou que ce soit suggéré dans les conclusions de l'avocat général. Par cela, la Cour a réaffirmé qu'elle est en principe prête à laisser aux États membres une large marge de manœuvre dans l'aménagement des compétences des autorités nationales chargées de l'application du droit de l'UE dans leurs ordres internes à condition que la décision d'une telle autorité soit sujette à un recours juridictionnel. La Cour est en effet soucieuse d'assurer la protection judiciaire effective conformément à l'article 47 de la Charte et de protéger l'uniformité et l'autonomie du droit de l'UE par le biais du renvoi préjudiciel institué par l'article 267 TFUE.

Mateusz Milek, « Indemnisation des passagers aériens pour la violation du règlement n° 261/2004 en cas de retard de vol », *Actualité n°23/2022 du 10 octobre 2022*, www.ceje.ch

13. The Digital Services Act: towards enhanced protection of users' rights online

On 19 October 2022, the EU Digital Services Act (Regulation 2022/2065 on a Single Market For Digital Services; the “DSA”/the “Regulation”) was adopted. 1. Together with the Digital Markets Act (Regulation 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector), the Digital Service Act aims to create a safer and more open online environment in which the fundamental rights of all users of digital services are effectively protected. The DSA amends and modernises the e-Commerce Directive that for more than 20 years has regulated different aspects of online activity of service providers.

The DSA lays down fully harmonised rules on the provision of intermediary services in the internal market (Article 1 of the Regulation). Importantly, the Regulation applies to the intermediary services offered to services recipients located in the EU (Article 1). It means that the instrument applies also to companies which are based outside the territory of the EU. The intermediary services englobe “mere conduit” services, “caching” services and “hosting” services (Article 3 (g)). In other words, the DSA regulates the functioning of a whole range of digital companies such as social networks, online marketplaces, app stores or online travel and accommodations platforms. The activity of “online platforms” and “online search engines” is subject to specific requirements. Moreover, providers of

“very large online platforms” and of “very large online search engines” must comply with even more stringent obligations (Section 5 of the Regulation). These two categories include “online platforms and online search engines which have a number of average monthly active recipients of the service in the Union equal to or higher than 45 million”, and which are designated as such by the European Commission (Article 33).

The DSA increases the accountability of digital service providers and imposes on them concrete obligations regarding countering illegal content and disinformation as well as ensuring fully transparent advertising. Those obligations include: giving effect to the orders against illegal content issued by national authorities (Article 9), providing information on the policies and procedures such as algorithmic decision-making (Article 14) or publishing yearly reports on content moderation (Article 15). The administrators of online platforms are additionally required to respect a set of rules regarding, inter alia, advertising (e.g. Articles 26 and 28), traceability of traders (Article 30) and complaint mechanisms for affected users (Article 20). “Very large online platforms” and “very large online search engines” need to comply with more sophisticated requirements concerning for instance advertising transparency (Article 39) or publication of the terms and conditions (Article 14(6)).

The DSA entered into force on 16th November 2022. It will apply to the majority of digital companies as of 17 February 2024 (Article 93). Yet, as far as the providers of “very large online platforms” and of “very large online search engines” are concerned, some new obligations foreseen in the Regulation will apply four months after the designation of such entities by the European Commission (Article 92). It can be thus expected that some big companies will need to comply with the DSA regime already in early 2023.

The entry into force of the DSA is a symbolic step forward in the process of building the Digital Single Market. The fight against disinformation and the quest for transparency constitute legitimate objectives that shall be duly considered during the regulation of the multidimensional growth of the providers of online services. The DSA is the long-awaited answer to compelling challenges linked with an increasing digitalisation of European and global society. Yet, only the concrete application of the Regulation in the months to come will show to what extent the EU legislator succeeded in striking a delicate balance between the freedom of expression and other fundamental rights such as the right to privacy or the freedom to conduct a business.

Alicja Słowik, « The Digital Services Act: towards enhanced protection of users' rights online », Actualité n°28/2022 du 5 décembre 2022, www.ceje.ch

VI. Contrôles aux frontières, asile et immigration

14. Effectiveness of the right to asylum: clarifications on the application of EU asylum rules in the situations of emergency

In the case *M.A. v Valstybės sienos apsaugos tarnyba* (C-72/22 PPU) the Court of Justice of the EU (CJEU) was called upon to assess the compatibility of national emergency legislation adopted to tackle the consequences of the mass influx of migrant population with EU law. It ruled that, in principle, even in the state of emergency, the national authorities are obliged to ensure access to asylum proceedings to foreign nationals and cannot impose detention measures on the grounds different from those foreseen in the EU instruments.

On 2 July 2021 a national emergency has been declared in Lithuania due to a mass influx of foreigners. Under the legislation applicable during the state of emergency, foreign nationals who have entered the Lithuanian territory in an unlawful manner could not make an application for asylum. Further, the legislation provided for a possibility to detain a third country national merely because he or she had entered Lithuania unlawfully. In the case at hand, M.A., a foreign national, was detained by Polish border guards when he was travelling with other third country nationals from Lithuania to Poland. He was handed over to Lithuanian authorities and placed in detention. During judicial proceedings, M.A. applied for international protection. The application was returned by the national authorities. The Lithuanian jurisdiction called upon to adjudicate upon the lawfulness of the M.A.'s detention decided to address two preliminary questions to the CJEU. First, the Lithuanian judge wondered whether the legislation prohibiting a third country national who has entered and remains unlawfully in the territory of a Member State to lodge an application for international protection is compatible with Article 7(1) of Directive 2013/32 (the "Asylum Procedures Directive") read in conjunction with Article 4(1) of Directive 2011/95 (the "Qualification Directive"). Secondly, the judge wanted to know whether under Directive 2013/33 (the "Reception Conditions Directive") an asylum applicant may be detained merely because he or she entered the territory of a Member State unlawfully.

First of all, the Court put emphasis on the distinction drawn by Article 6 of the Asylum Procedures Directive between the act of "making" (présenter) and "lodging" (introduire) the application for international protection. Only the act of "lodging" the application may be subject to formal requirements. According to Article 7(1) of the Asylum Procedures Directive "each adult with legal capacity has the right to make an application for international protection on his or her own behalf." The Court recalled that the Asylum Procedures Directive pursues the objective of guaranteeing effective access to the procedure for granting international protection. It then underlined that the right to make an application for international protection constitutes the prerequisite of effectiveness of the fundamental right to asylum, as guaranteed by Article 18 of the Charter (paragraph 61). It observed that the legislation that does not allow a foreigner who has entered and remains unlawfully in the territory of a Member State to make and to lodge an application for asylum prevents him or her from actually benefiting (jouir effectivement) from the right enshrined in Article 18 of the Charter.

The Court then responded to the argument raised by the Lithuanian government according to which the restriction of the right to apply for international protection could be justified on the grounds of public order or internal security. Article 72 TFEU indeed specifies that the rules governing the Area of Freedom, Security and Justice (including those relating to asylum and migration) "shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security." Yet, the derogation foreseen in this provision shall be subject to strict interpretation. The mere invocation of the concerns for public order and internal security in general terms does not exempt the Member States from the obligations resulting from EU law. In the case at hand, the Lithuanian authorities did not explain how the restriction of the right to lodge an application for asylum guaranteed protection of public order and internal security.

Moving to the second preliminary question, the Court observed that pursuant to Article 8(2) of directive 2013/33 (the “Reception Conditions Directive”) “an applicant for international protection may be held in detention only where, following an assessment carried out on a case-by-case basis, that is necessary and where other less coercive measures cannot be applied effectively.” Moreover, Article 8(3) lists exhaustively the various grounds which may justify recourse to detention. Importantly, the unlawful residence of an asylum seeker in the territory of the Member state does not appear in this list. It was yet necessary to verify whether the detention measure at hand could be justified under Article 8(3), point (e) of the Reception Conditions Directive providing that” (a)n applicant may be detained [...] when protection of national security or public order so requires”. The Court recalled that the national authorities could rely on the presence of threat to national security or public order “only if the applicant’s individual conduct represents a genuine, present and sufficiently serious threat, affecting a fundamental interest of society or the internal or external security of the Member State concerned” (paragraph 89). Such a threat did not arise from the circumstance that the asylum seeker entered and resided in Lithuania unlawfully. The Court concluded that Lithuanian legislation was incompatible with Article 8(2) and (3) of the Reception Conditions Directive.

M.A. is one of the rare cases in which the Court has referred explicitly to effectiveness (effet utile) of fundamental right to asylum guaranteed by Article 18 of the Charter [1]. In the judgement, the Court relied extensively on the effectiveness-based method of interpretation (paragraphs 61-65) to put emphasis on the prominent role of the access to asylum procedures in guaranteeing adequate protection of this right. The Lithuanian legislation limiting the possibility to make an application for international protection constituted a direct threat to the right to asylum. Moreover, the Court significantly circumscribed the possibility for the Member States to invoke the reasons of public order in the area of asylum and migration. The recourse to Article 72 TFEU and to derogations foreseen in the secondary law instruments must be duly justified and based on the individual, case-by-case assessment. The limitation of discretion of State authorities in this regard is understandable given the consequences the application of the derogatory regimes may have on the protection of fundamental rights of the most vulnerable groups.

Alicja Słowik, « Effectiveness of the right to asylum: clarifications on the application of EU asylum rules in the situations of emergency », Actualité n°19/2022 du 2 août 2022, www.ceje.ch

15. New clarifications on the scope of the right to an effective remedy under the Dublin III Regulation

On 1st August 2022, the Court of Justice of the EU (‘the CJEU’/ ‘the Court’) delivered a whole set of rulings raising highly sensitive questions relating to family reunification of migrants and asylum seekers (C-19/21, Joined Cases C-273/20 and C-355/20, C-720/20). One of the issued judgements, I, S v Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (C-19/21 ‘I, S case’), provides for precious insights on the importance of the concept of family unity and the scope of the fundamental right to an effective remedy in the context of application of Regulation 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection (‘the Dublin III Regulation’/ ‘the Regulation’).

In the case at hand, a minor Egyptian national applied for international protection in Greece. During the submission of the application he expressed the wish to be united with his uncle, an Egyptian national who resided legally in the Netherlands. Pursuant to the procedure foreseen in Article 8(2) of the Dublin III Regulation, the Greek authorities addressed to the Netherlands authorities a request to take charge of the unaccompanied minor. According to Article 8(2) the asylum application of an unaccompanied minor who has a relative in another Member State should be examined by that Member State and the minor concerned should be united with the relative, provided that it is in the best interests of the child. Yet, in the present case, the request issued by Greece was rejected by the Netherlands

authorities on the ground that the identity of the child and the alleged family relationship could not be established. The asylum seeker and his purported uncle tried to challenge the decision without success. Their action was rejected as, according to the Netherlands authorities, the Dublin III Regulation did not provide for a possibility to contest a decision refusing a take charge request. In these circumstances, the District Court in The Hague, decided to ask the CJEU whether a judicial remedy against the refusal of the request to take charge could be derived from Article 27 of the Dublin III Regulation or Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU ('the Charter') which guarantee the right to an effective remedy.

At the outset, the Court noticed that although Article 27(1) of the Regulation "appears to grant the applicant for international protection a right to a remedy only for the purpose of challenging a transfer decision", this provision "does not exclude the possibility that an unaccompanied minor applicant may also enjoy a right to a remedy for the purpose of challenging a decision to refuse a take charge request" (para. 32). It then emphasised that the provision must be interpreted in compliance with fundamental rights enshrined in the Charter, in particular Article 7 guaranteeing the right to respect for private and family life, Article 24 protecting the rights of the child and Article 47 guaranteeing the right to an effective remedy. Referring to the seminal case *Ghezelbash* (C-63/15), the CJEU recalled that a restrictive interpretation of the scope of the remedy provided in Article 27(1) of the Dublin III Regulation might deprive the rights conferred on asylum seekers by that regulation of any practical effect (para. 39).

The Court observed that if the minor applicant had applied for asylum in the Netherlands and if the Greek authorities had agreed to take charge of him (Greece being the country of first arrival and thus, the Member State responsible for examining an application for international protection.), he would undoubtedly have been entitled to challenge the transfer decision adopted by the Netherlands authorities. In such a situation, he could plead the violation of the right to family unity stemming from Article 8(2) of the Regulation. It was thus clear that a similar remedy should be available also to the applicant wishing to challenge a decision refusing the take charge request. The Court then underlined that such an interpretation of Article 27(1) of the Regulation allows the full respect of the fundamental rights of the child which Article 8(2) of the regulation seeks to protect. The Court specified however that the decision refusing to take charge request can be challenged only by the applicant himself and not by his uncle given that Article 27 does not confer any right on the applicant's relatives.

The judgement of the Grand Chamber is conspicuously marked by the references to the objective of protection of fundamental rights and the relevant Charter provisions. On several occasions, the Court highlighted the key role of the right to an effective remedy in the protection of fundamental rights of the unaccompanied minor. The concern for protection of these rights legitimises the generous interpretation of Article 27 of the Regulation. Such an interpretation could not have been achieved through the literal reading of the provision. A newly "created" judicial remedy is perceived primarily as a tool ensuring the protection of fundamental rights.

Alicja Słowik, «New clarifications on the scope of the right to an effective remedy under the Dublin III Regulation», Actualité n°20/2022 du 1 septembre 2022, www.ceje.ch

16. Clarifications au sujet des motifs d'irrecevabilité d'une « demande ultérieure » de protection internationale à la lumière du statut dérogatoire du Danemark

Dans l'arrêt *Bundesrepublik Deutschland* (Demande d'asile rejetée par le Danemark) (C-497/21), ayant pour objet un renvoi préjudiciel au titre de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE » / « Cour ») a eu l'opportunité d'apporter des précisions concernant les motifs d'irrecevabilité d'une « demande ultérieure » de protection internationale, notamment aux fins de l'interprétation de l'article 33, paragraphe 2, sous d) et de l'article 2, sous q), de la directive 2013/32

relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (« directive 2013/32/UE »).

En l'espèce, six ressortissants géorgiens ont quitté leur pays d'origine en 2017 pour se rendre au Danemark où ils ont introduit des demandes de protection internationale. En raison du rejet de ces demandes, les requérants ont introduit un recours devant les juridictions danoises qui, en avril 2020, ont procédé au rejet définitif. En novembre 2020, les requérants ont successivement introduit des demandes d'asile en Allemagne auprès de l'Office fédéral pour les migrations et les réfugiés (l'« Office »). L'Office a décidé l'irrecevabilité des demandes compte tenu du rejet antérieur par les autorités danoises et du fait que les requérants n'ont pas fondé leur deuxième demande sur un changement de leur situation factuelle. Ce rejet a amené les requérants à introduire un recours devant le tribunal administratif de Schleswig-Holstein visant à l'annulation de la décision de l'Office.

Le tribunal administratif allemand a sursis à statuer et a saisi la CJUE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel afin de savoir si une réglementation nationale qui prévoit la possibilité de rejeter une demande de protection internationale en raison d'un rejet par un autre État membre d'une demande antérieure introduite par le même demandeur s'oppose à plusieurs dispositions de droit de l'Union, à savoir l'article 33, paragraphe 2, sous d) et l'article 2, sous q) de la directive 2013/32/UE, lus conjointement avec l'article 2 du protocole n° 22 sur la position du Danemark, annexé au TUE et au TFUE (le « protocole »).

Par analogie avec l'affaire L. R. (Demande d'asile rejetée par la Norvège) C-8/20, la CJUE décide de s'intéresser à l'hypothèse selon laquelle la demande de protection internationale antérieure est rejetée par le Danemark. La Cour rappelle que, en vertu du protocole, le Danemark bénéficie d'un statut dérogatoire concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice (titre V, troisième partie, TFUE). En 2006, l'Union européenne et le Royaume de Danemark ont conclu un accord concernant la détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et le système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales (l'« accord »). En vertu de l'article 2 de cet accord, le règlement (UE) n° 604/2013 (« règlement de Dublin ») et le règlement (UE) n° 603/2013 (« règlement Eurodac ») s'appliquent au Danemark. Toutefois, cet accord ne vise ni la directive 2011/95 concernant les conditions pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale et d'une protection subsidiaire (« directive 2011/95/UE ») ni la directive 2013/32/UE.

Après avoir rappelé le contenu du protocole, la Cour développe son argumentation autour de deux axes principaux. Premièrement, la CJUE précise que la demande présentée auprès des autorités danoises conformément aux dispositions nationales ne peut être qualifiée comme une « demande visant à obtenir le statut de réfugié ou le statut conféré par la protection subsidiaire » au sens de la directive 2011/95/UE. La décision de rejet adoptée par ces mêmes autorités ne peut dès lors pas être qualifiée de « décision finale » au sens de la directive 2013/32/UE. En vertu du protocole, les deux directives ne s'appliquent pas en l'espèce. Par conséquent, une demande de protection internationale introduite dans un État membre après un rejet d'une demande analogue introduite par le même requérant au Danemark n'est pas qualifiable de « demande ultérieure » au sens de la directive 2013/32/UE. La Cour souligne que même lorsque, conformément au règlement de Dublin, un État membre demande aux autorités danoises de reprendre en charge la demande de protection internationale et qu'une telle reprise en charge n'est pas possible, la nouvelle demande de protection internationale ne serait pas « une demande ultérieure » au sens de la directive 2013/32/UE et compte tenu du statut dérogatoire du Danemark.

Deuxièmement, la Cour admet qu'il est possible que le Danemark applique des critères identiques à ceux prévus par la directive 2011/95/UE dans le traitement des demandes. Cela étant, en vertu du principe de sécurité juridique, l'application des motifs de rejet d'une demande de protection internationale (article 33, paragraphe 2, sous d), directive 2013/32/UE) ne saurait dépendre de l'évaluation effectuée in concreto par les autorités danoises (v. L.R. contre Bundesrepublik Deutschland, C-8/20). La Cour rappelle en effet que le droit de l'UE ne se limite pas à l'octroi du statut

de réfugié, tel qu'établi en droit international (Convention de Genève, 1951), mais que, en vertu de la directive 2011/95/UE, il consacre aussi la possibilité d'octroyer une protection subsidiaire en complétant ainsi les règles concernant le statut de réfugié au sein du système juridique de l'Union.

En conclusion, la CJUE considère que les dispositions de la directive 2013/32/UE concernant les motifs d'irrecevabilité d'une demande de protection internationale et concernant la notion de « demande ultérieure », lues à la lumière du protocole, s'opposent à la réglementation d'un État membre, autre que le Danemark, qui prévoit la possibilité de déclarer irrecevable une demande de protection internationale présentée par un ressortissant d'un pays tiers ou apatride dont une demande antérieure a été introduite et ensuite rejetée par le Danemark.

Le présent arrêt contribue à clarifier la notion de « demande ultérieure » de protection internationale en droit de l'Union, compte tenu du statut dérogatoire du Danemark. D'ailleurs, cet arrêt met en exergue les enjeux liés à l'existence d'un tel statut tant pour les demandeurs de protection internationale que pour les autorités nationales. Ceci laisse supposer que l'évolution du cadre juridique visant au développement d'une politique commune en matière d'asile, tel que stipulé à l'article 78 TFUE (nouveau pacte sur la migration et l'asile), posera des questions nouvelles relatives au cas du Danemark. Il appartiendra donc à la Cour, dans le cadre du dialogue avec le juge national, d'apporter des clarifications visant à assurer une application uniforme et à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit de l'Union.

Sara Notario, « Clarifications au sujet des motifs d'irrecevabilité d'une « demande ultérieure » de protection internationale à la lumière du statut dérogatoire du Danemark », Actualité n°29/2022 du 12 décembre 2022, www.ceje.ch

VII. Coopération en matière civile et en matière pénale

17. *L'arbitrage et la reconnaissance des jugements sous le règlement « Bruxelles I » – enseignements de l'affaire « Prestige »*

Dans l'arrêt *London Steam-Ship Owners' Mutual Assistance Association Ltd v. Spain* la Cour de justice de l'UE a précisé la portée de l'exclusion du champ d'application matériel du Règlement n° 44/2001 (règlement « Bruxelles I », abrogé par Règlement n° 1215/2012 « Bruxelles I bis ») des questions relatives à l'arbitrage. La Grande chambre a dit pour droit que, dans certaines circonstances, l'arbitrage initié dans un État membre ne peut pas bloquer la reconnaissance d'un arrêt rendu dans un autre État membre.

En novembre 2002 un navire pétrolier « Prestige » flottant sous pavillon des Bahamas, s'était brisé en deux provoquant de grands dégâts environnementaux sur les côtes espagnoles et françaises. La catastrophe a donné lieu à un contentieux complexe entre l'État espagnol et les assureurs du navire. Deux procédures civiles ont été entamées dans deux États membres. D'une part, l'État espagnol a intenté une action en responsabilité contre l'assureur devant les juridictions espagnoles. Au bout d'une longue procédure, London P&I Club (assureur) a été condamné à la réparation du dommage causé, dans la limite d'un milliard de dollars prévue par le contrat d'assurance. D'autre part, postérieurement à l'introduction de l'action en Espagne, l'assureur a engagé une procédure d'arbitrage à Londres, sur la base d'une clause compromissoire figurant dans le contrat d'assurance. L'État espagnol n'a pas participé à la procédure d'arbitrage bien qu'il y ait été invité. Le tribunal arbitral a considéré qu'en vertu d'une clause contractuelle « pay to be paid » la responsabilité de London P&I Club ne pouvait pas être engagée à l'égard de l'Espagne avant que les propriétaires du navire n'aient payé les dommages aux victimes. La sentence était manifestement inconciliable avec le jugement espagnol condamnant l'assureur. Ulérieurement, la Haute Cour de justice anglaise (High Court of Justice) a rendu un arrêt reprenant les termes de la sentence arbitrale.

Les autorités espagnoles ont demandé aux juridictions britanniques la reconnaissance de la décision espagnole ordonnant l'exécution de la condamnation judiciaire de London P&I Club à la réparation du dommage. Dans ces circonstances, la High Court of Justice s'était posé plusieurs questions relatives à l'interprétation du règlement n° 44/2001. La juridiction se demandait plus précisément si l'existence dans l'État membre requis d'un arrêt reprenant les termes de la sentence arbitrale pouvait empêcher la reconnaissance d'une décision provenant d'un autre État membre dans la mesure où les effets de l'arrêt et de la décision étaient inconciliables. La CJUE devait trancher la question de savoir si un arrêt rendu par une juridiction britannique était susceptible de constituer une décision au sens de l'article 34, point 3, du règlement « Bruxelles I » qui ferait obstacle à la reconnaissance de la décision espagnole. Selon l'article 34, point 3, « [u]ne décision n'est pas reconnue si [...] elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis ».

Tout d'abord, la Cour a rappelé que les règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles I bis » excluent l'arbitrage de leur champ d'application. Elle a observé que le considérant 12 du règlement « Bruxelles I bis » « souligne désormais que ce règlement ne s'applique pas à une action ou une décision concernant la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale. » (point 46) pour en déduire « qu'un arrêt reprenant les termes d'une sentence arbitrale relève de l'exclusion de l'arbitrage » (point 48). Or, cela ne signifie pas qu'un tel arrêt ne pourrait pas constituer « une décision » au sens de l'article 34, point 3, du règlement « Bruxelles I ». La notion de « décision » devrait recevoir une définition large. La Cour a jugé qu'un arrêt reprenant les termes d'une sentence arbitrale peut constituer une « décision » à condition que la sentence arbitrale en question ait été rendue dans le respect des dispositions et objectifs fondamentaux du règlement « Bruxelles I ». Plus précisément, un tel arrêt ne saurait être qualifié comme décision « dans l'hypothèse où la sentence arbitrale dont cet arrêt reprend les termes a

été adoptée dans des circonstances qui n'auraient pas permis l'adoption, dans le respect des dispositions et des objectifs fondamentaux de ce règlement, d'une décision judiciaire relevant du champ d'application de celui-ci » (point 54). En l'espèce, le contenu de la sentence arbitrale n'aurait pas pu faire l'objet d'une décision judiciaire relevant du champ d'application du règlement « Bruxelles I » puisque cela aurait entraîné le risque de la violation des « règles fondamentales » de ce règlement, à savoir, l'effet relatif d'une clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurance et la litispendance (point 59).

En ce qui concerne l'effet relatif d'une clause compromissoire, il ne faut pas que l'insertion d'une telle clause ait pour effet de priver la victime d'un dommage assuré de la possibilité, là où le droit national le permet, d'intenter l'action contre l'assureur devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit, ou devant le tribunal du lieu où elle est domiciliée. En ce qui concerne la litispendance, la Cour a observé qu'à la date d'engagement de la procédure d'arbitrage, une procédure était déjà pendante devant les juridictions espagnoles. La procédure d'arbitrage intentée par London P&I Club impliquait les mêmes parties, avait le même objet et la même cause que la procédure intentée en Espagne. Il s'agissait donc clairement d'une situation de litispendance. Suivant le raisonnement de la Cour, en vertu de l'article 27 du règlement, en tant que « juridiction » saisie en second lieu le tribunal arbitral aurait dû sursoir à statuer et lorsque la compétence était établie, se dessaisir en faveur de la juridiction compétente.

Pour la CJUE, la juridiction anglaise saisie en vue de rendre un arrêt reprenant les termes d'une sentence arbitrale aurait dû vérifier le respect des dispositions et des objectifs fondamentaux du règlement « Bruxelles I », notamment ceux concernant l'effet relatif de la clause compromissoire et les règles de litispendance. Une telle vérification n'a pas eu lieu en l'espèce. Pour cette raison, la Cour de justice a conclu que l'arrêt reprenant les termes de la sentence arbitrale ne constituait pas une décision au sens de l'article 34, point 3.

L'arrêt de grande chambre renforce le rayonnement du « régime Bruxelles » sur le déroulement du contentieux international. Les juridictions statuant sur la validité ou l'exécution d'une sentence arbitrale ont l'obligation de vérifier si la sentence a été adoptée dans le respect des dispositions et objectifs fondamentaux du règlement « Bruxelles I ». La solution adoptée par la Cour de justice se justifie par le souci d'assurer le respect des règles fondamentales du règlement, notamment, du principe de litispendance et de l'objectif de la protection de parties faibles au contrat. Les intéressés ne devraient pas pouvoir échapper à ces règles par le biais du recours à la procédure d'arbitrage. Il est essentiel ainsi que les tribunaux arbitraux statuant en matière civile et commerciale s'assurent que la procédure d'arbitrage n'a pas été engagée postérieurement à l'action en justice ou en méconnaissance des dispositions protégeant les parties faibles. L'absence d'un tel contrôle entraîne un risque du refus de l'exécution de la sentence par les juridictions.

Alicja Słowik, « L'arbitrage et la reconnaissance des jugements sous le règlement « Bruxelles I » – enseignements de l'affaire « Prestige » », Actualité n°18/2022 du 15 juillet 2022, www.ceje.ch

VIII. Propriété intellectuelle

18. Précisions sur les « mesures correctives » de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

Dans l'affaire *Perfumesco.pl* (C-355/21), la Cour de justice de l'Union européenne (la « Cour » / « CJUE »), a été amenée à apporter des précisions sur le champ d'application de l'article 10 de la directive 2004/48, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (la « directive »). Cette directive contient, notamment, une liste des mesures correctives, telles que la destruction des marchandises, à l'égard d'actions portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

En l'espèce, *Perfumesco.pl*, une boutique en ligne, vendait des échantillons de produits de parfumerie de la marque HUGO BOSS sur le marché de l'Espace économique européen (EEE) sans le consentement de HUGO BOSS Trade Mark Management (HUGO BOSS TMM). Ces produits sont mis gratuitement à la disposition des vendeurs et distributeurs par HUGO BOSS TMM qui a donné licence à Procter & Gamble de faire usage de leur marque au sein de l'Union européenne ainsi qu'à « engager et à poursuivre en son nom propre des actions relatives à la violation des droits » sur la marque HUGO BOSS (pt 12). Les juridictions nationales, qui ont été saisies, ont conclu que *Perfumesco* a porté atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Procter & Gamble et ont imposé la destruction des marchandises de *Perfumesco* portant la marque HUGO BOSS. Les juridictions polonaises ont estimé que la loi nationale relative à la propriété intellectuelle était plus restrictive que ce que prévoyait la directive. En effet, il n'était pas question d'examiner si les produits étaient fabriqués ou marqués de manière illicite. Il était question du fait que *Perfumesco* a mis des produits HUGO BOSS sur le marché de l'EEE sans le consentement de Procter & Gamble.

Dans le cadre d'un recours devant la Cour suprême de Pologne, celle-ci a adressé à la CJUE la question de savoir si l'article 10 de la directive devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'interprétation de la loi polonaise qui prévoit qu'une mesure de protection, telle que la destruction de marchandises, ne s'applique que sur les produits qui ont été marqués ou fabriqués de manière illicite ainsi que sur les moyens et matériaux utilisés pour les fabriquer ou les marquer.

Dans le cadre du renvoi préjudiciel, la CJUE a d'abord procédé à l'interprétation des termes « atteinte à un droit de propriété intellectuelle » (pt 38) figurant à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE.

Elle a ensuite fait référence à l'article 46 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Elle a observé que cette disposition a un champ d'application plus étendu que l'article 10 de la directive. En fait, l'article 46 ADPIC « ne limite pas son champ d'application à une catégorie précise d'atteintes aux droits de la propriété intellectuelle » (pt 44). En raison de ses termes généraux, l'article 46 ADPIC vise toutes les marchandises qui portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

Par ailleurs, la Cour s'est référée à l'objectif de la directive, lequel vise à garantir le respect des droits de propriété intellectuelle et à prévenir les atteintes à ces droits.

Elle mentionne l'arrêt *Hansson* du 9 juin 2016 (C-481/14) et, conclut que les Etats membres sont autorisés à adopter des mesures plus protectrices que la directive 2004/48 laquelle ne contient que les aspects essentiels relatifs à la protection des droits de propriété intellectuelle en cas d'atteintes de ces droits.

La CJUE se réfère ensuite à l'article 9 du règlement (CE) N° 207/2009 qui énumère les droits conférés par la marque de l'Union européenne. En vertu de cette disposition, le titulaire des droits peut interdire l'apposition d'une marque sur un produit ou sur le conditionnement de la marchandise et permet au titulaire d'interdire la commercialisation de produits sous ladite marque. La Cour a clarifié que

la mesure, consistant en la destruction des marchandises prévue par l'article 10 de la directive pouvait être appliquée à l'égard de l'ensemble des droits énumérés à l'article 9 du règlement n°207/2009.

Enfin, la Cour a conclu que l'article 10 de la directive doit être interprété en ce sens qu'une mesure corrective, engendrant la destruction de marchandises, est appliquée dans une situation où ces marchandises sont marquées, produites et mises sur le marché de l'EEE sans le consentement du titulaire de la marque. En d'autres termes, la Cour favorise une interprétation extensive de l'article 10 de la directive.

Il est intéressant de noter que, en matière de propriété intellectuelle, la CJUE se réfère aux accords internationaux, tel que l'accord ADPIC, afin d'interpréter la législation de l'Union européenne. Dans la présente affaire, la Cour a souligné que la directive ne régit que les aspects essentiels des droits de propriété intellectuelle ainsi que des situations d'atteintes à ces droits. La Cour a souligné que l'article 46 de l'accord ADPIC prévoit une protection en des termes plus généraux que la directive, laquelle prévoit un standard minimal de protection des droits de propriété intellectuelle. L'accord ADPIC a, en l'occurrence, servi d'outil facilitant l'interprétation conforme de l'instrument de droit de l'UE.

Saud Ahmed, « Précisions sur les « mesures correctives » de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle », Actualité n°25/2022 du 24 octobre 2022, www.ceje.ch

IX. Action extérieure

19. Affaire Bank Melli : l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne réaffirmée

Dans un arrêt du 21 décembre 2021, rendu dans l'affaire *Bank Melli Iran*, la Cour de justice a affirmé l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne et a assuré l'effectivité des normes que cet ordre établit.

La Cour de justice a été interrogée sur l'interprétation du règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil, du 22 novembre 1996, portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers. Cette réglementation, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2018/1100 du 6 juin 2018, visait à faire face à la décision du 8 mai 2018 du président américain (de l'époque), Donald Trump, de se retirer, au nom des États-Unis d'Amérique, de l'« accord sur le nucléaire iranien », un accord qui avait été conclu en juillet 2015. Cette décision a eu pour effet de déclencher le rétablissement de certaines sanctions américaines à l'encontre de sociétés et autres entités iraniennes, dont l'application avait été suspendue en 2015.

Afin de prévenir les effets de cette réactivation des sanctions américaines dirigées contre des entités iraniennes, l'Union européenne a ajouté la législation américaine relative au programme de sanctions contre l'Iran à la liste des législations étrangères couvertes par le règlement (CE) n° 2271/96, communément appelé la « loi de blocage de l'UE ».

En s'appuyant sur ce règlement, la banque iranienne Melli (BMI) s'est tournée vers les tribunaux allemands pour contester la résiliation, par Telekom, filiale du géant allemand Deutsche Telekom qui réalise la moitié de ses ventes aux États-Unis, de la totalité des contrats commerciaux la liant à la banque iranienne (à laquelle elle fournissait des services télécoms). La banque Melli a fait valoir que cette résiliation équivaut à une sanction extraterritoriale américaine contre l'Iran qui ne peut être appliquée sur le territoire de l'Union, sauf avis contraire de la Commission européenne.

La Cour de justice a observé que la législation américaine relative au programme de sanctions contre l'Iran vise à « réglementer les activités de personnes physiques et morales relevant de la juridiction des États membres et a une application extraterritoriale ». Ce faisant, elle « porte atteinte à l'ordre juridique établi et lèse les intérêts de l'Union ainsi que ceux desdites personnes [...] » (point 37).

L'autonomie et l'indépendance de l'ordre juridique établi par l'Union européenne a été ainsi solennellement affirmée. Les législations adoptées et décisions prises par des pays tiers ne peuvent y porter atteinte. Elles ne peuvent pas non plus compromettre le rôle de l'Union en tant qu'acteur majeur de la mondialisation et du « multilatéralisme effectif ». La Cour de justice a rappelé que l'Union européenne vise « à contribuer au développement harmonieux du commerce mondial et à supprimer progressivement les restrictions aux échanges internationaux [...] » (point 37).

Dans ce cadre, la Cour de justice a jugé que le règlement n° 2271/96 visant à « réaliser, dans la mesure la plus large possible, l'objectif de libre circulation des capitaux entre les États membres et les pays tiers » doit être interprété en ce sens qu'« il interdit aux opérateurs économiques de se conformer aux prescriptions ou aux interdictions prévues par les lois annexées [dont la législation américaine] », même en l'absence d'instruction administrative ou judiciaire des autorités du pays tiers qui a adopté ces lois (point 51).

La Cour de justice n'a pas uniquement déclaré l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle a en outre assuré l'effectivité des normes que cet ordre établit, en particulier celle de la « loi de blocage de l'UE ». Afin d'assurer le « plein effet » de celle-ci, elle a invité le juge allemand à laisser inappliquées les règles de droit allemand selon lesquelles, dans le cadre d'un procès civil portant sur une prétendue violation du règlement n° 2271/96, la charge de la preuve pèse en intégralité sur la personne qui invoque cette violation. De telles règles sont susceptibles de « rendre impossible ou excessivement difficile, pour la juridiction de renvoi, de constater une violation de l'interdiction prévue

à l'article 5, premier alinéa, du règlement n° 2271/96, et de compromettre ainsi l'effectivité de cette interdiction » (point 65). Par conséquent, dès lors que l'ensemble des éléments de preuve dont dispose une juridiction nationale tend à indiquer qu'une personne s'est conformée aux sanctions extraterritoriales américaines, il revient à cette dernière personne d'établir à suffisance de droit que son comportement ne visait pas à se conformer à celles-ci.

La Cour de justice a enfin affirmé la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne et, plus précisément, ses valeurs fondatrices qui la distinguent des autres acteurs agissant sur la scène internationale. Il s'agit plus précisément de l'attachement de l'Union européenne au respect des droits fondamentaux. La Cour de justice a ainsi rappelé que « les dispositions du droit de l'Union, telles que celles du règlement n° 2271/96, doivent être interprétées à la lumière des droits fondamentaux [...] » (point 70). À cet égard, elle a constaté que l'annulation de la résiliation de contrats opérée par Telekom, en tant que sanction de la violation par celle-ci du règlement n° 2271/96, « est de nature à entraîner une limitation de la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte » (point 77). Dans ce cadre, il incombe à la juridiction de renvoi « de mettre en balance la poursuite des objectifs du règlement n° 2271/96 [...] et la probabilité que Telekom soit exposée à des pertes économiques ainsi que l'ampleur de celles-ci au cas où cette entreprise ne pourrait mettre fin à ses relations commerciales avec une personne visée par le régime de sanctions institué par les États-Unis d'Amérique » (point 92).

Cet arrêt constitue une application concrète du triptyque « Autonomie, Spécificité, Effectivité » sur lequel se fonde l'ordre juridique de l'Union européenne et est par conséquent d'une importance majeure. En assurant le respect de ces trois principes, le juge de l'Union parvient à la fois à mettre en balance les différents intérêts en présence et à sauvegarder les traits caractéristiques de l'ordre juridique de l'Union européenne.

Alexandra Ferentinou, « Affaire Bank Melli : l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne réaffirmée », Actualité n°1/2022 du 17 janvier 2022, www.ceje.ch

20. L'affaire Micula: l'autonomie et l'indépendance de l'ordre juridique de l'Union européenne face au droit international des investissements

Dans l'affaire *Micula*, la Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée à une question délicate mais d'importance fondamentale : les dommages et intérêts accordés par un tribunal arbitral à un investisseur privé en réparation du préjudice que celui-ci a subi du fait de la violation par un État membre d'un traité bilatéral d'investissement intra-européen peuvent-ils constituer une aide d'État incompatible avec le marché intérieur ? Il ne s'agit pas uniquement d'une question de « conflit de lois » (droit de l'Union européenne et droit international d'investissements) mais également d'une question de « conflit de juridictions » (juge-arbitre et juge de l'Union européenne). Cette question revêt ainsi une importance cruciale pour l'avenir du droit des investissements intra-UE.

Concernant la question du droit applicable, la Cour de justice a déclaré que seul le droit de l'Union européenne, en particulier le droit des aides d'État, est applicable à une telle situation. Elle a rappelé que la notion d'« avantage financier » inhérente à la qualification d'aide d'État, revêt un « caractère objectif ». Les objectifs poursuivis par une mesure financière accordée par un État membre ou sa justification sont dépourvus de toute incidence sur sa qualification en tant qu'aide d'État. Ce sont les effets de l'avantage financier accordé par l'État qui détermineront son caractère d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. À cet égard, le fait que la mesure financière constitue une indemnisation accordée par l'État à des investisseurs privés en exécution d'une sentence arbitrale est sans importance et ne prive pas la Commission européenne de sa compétence d'examiner, conformément à l'article 108 TFUE, cette mesure et la déclarer, le cas échéant, incompatible avec le marché intérieur.

Concernant le « conflit de juridictions », la Cour de justice a jugé que la jurisprudence *Achmea* était applicable en l'espèce. La Cour de justice a en particulier jugé que le tribunal arbitral auquel a été

soumis ce litige ne se situe pas dans le système juridictionnel de l'Union que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE impose aux États membres d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union. La sentence prononcée par ce tribunal ne produit ainsi pas d'effets contraignants à l'égard de l'État membre concerné. Les questions portant sur l'interprétation et a fortiori sur la violation du droit de l'Union européenne échappent à la compétence de ce dernier. La Cour de justice a précisé que cette appréciation n'est pas susceptible d'être remise en cause par le fait que l'État concerné (la Roumanie) avait consenti à la possibilité qu'un litige soit porté contre elle devant un tribunal arbitral dans le cadre d'une procédure d'arbitrage prévue par le Traité bilatéral d'investissement qu'elle a conclu avant son adhésion à l'Union européenne.

Sur le plan juridique, la position prise par la Cour de justice soulève des interrogations. Premièrement, le droit à une indemnisation prononcé en faveur des investisseurs privés par un tribunal arbitral peut-il être considéré comme une aide financière dont l'octroi est imputable à l'État concerné ? Les États membres sont tenus, en vertu du droit international, d'exécuter une sentence arbitrale prononcée dans le cadre de la procédure d'arbitrage prévue par un traité bilatéral d'investissement. Lorsqu'ils accordent aux investisseurs une indemnisation en exécution d'une sentence arbitrale, les États se conforment en substance aux règles de droit international d'investissement. L'imputabilité de cet avantage financier à l'État concerné est ainsi discutable.

Deuxièmement, cette jurisprudence prive d'effet les clauses d'arbitrage contenues dans les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États membres et affaiblit la protection juridique des investisseurs qui ont placé leur confiance légitime dans ces traités. Selon la Cour de justice, les dommages et intérêts auxquels les investisseurs privés ont droit en cas de violation des dispositions des traités bilatéraux d'investissement par les États membres peuvent constituer des aides d'État qui sont en principe prohibées par le droit de l'Union. Il paraît ainsi que la Cour de justice refuse aux investisseurs toute forme d'indemnisation pour violation des dispositions d'un traité bilatéral d'investissement intra-UE.

Enfin, cette jurisprudence ne devra-t-elle pas être logiquement applicable aux traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres avec les États tiers ? Selon la Cour de justice, les dommages et intérêts accordés par un État membre à des investisseurs privés en exécution d'une sentence arbitrale relèvent de la notion d'aide d'État et du champ d'application du droit de l'Union européenne. Le fait que l'indemnisation devra être accordée pour violation d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre un État membre et un États tiers est à cet égard indifférent. Ce n'est que l'effet d'une telle mesure qui déterminera son caractère d'aide d'État et non pas son fondement conventionnel (TBI intra-UE ou TBI entre un État membre et un État tiers). Or, dans le cas où l'indemnisation prononcée sera considérée comme une aide d'État incompatible avec le marché intérieur, l'État membre ne pourra pas l'accorder aux investisseurs concernés. Dans un tel cas de figure, la violation du droit international d'investissements par l'État membre de l'Union prendra une forme encore plus grave.

Il en est déduit que la Cour de justice protège pleinement l'autonomie du système juridictionnel de l'ordre juridique de l'Union européenne mais aussi celle des politiques menées par l'Union européenne. En l'espèce, l'autonomie et l'effectivité de la politique de concurrence, en particulier la politique menée en matière d'aides d'État, est pleinement assurée. La Cour de justice a clairement jugé que l'application effective de cette politique ne peut pas être compromise par le jeu de l'application des règles de droit international d'investissement ni par le contenu des sentences arbitrales prononcées dans ce cadre. La mise en œuvre de la politique de concurrence relève exclusivement de la compétence des institutions de l'ordre juridique de l'Union européenne, notamment la Commission européenne, et du contrôle des juridictions de cet ordre.

Alexandra Ferentinou, « L'affaire Micula : l'autonomie et l'indépendance de l'ordre juridique de l'Union européenne face au droit international des investissements réaffirmée », Actualité n°6/2022 du 3 mars 2022, www.ceje.ch

21. État de droit et conditionnalité des financements issus du budget de l'Union européenne

Dans deux arrêts du 16 février 2022[1], l'assemblée plénière de la Cour de justice a rejeté les recours formés par la Hongrie et la Pologne contre le mécanisme de conditionnalité qui subordonne le bénéfice de financements issus du budget de l'Union européenne au respect par les États membres du principe de l'État de droit.

Ce mécanisme a été institué par un règlement du Parlement et du Conseil, adopté le 16 décembre 2020, visant à protéger le budget de l'Union en cas de violation du principe de l'État de droit par un État membre. Pour réaliser cet objectif, le règlement autorise le Conseil, sur proposition de la Commission, à adopter des mesures de protection telles que la suspension des paiements à la charge du budget de l'Union à l'encontre de l'État coupable de violation des principes découlant de l'État de droit.

Sans surprise, la Hongrie et la Pologne, condamnées à plusieurs reprises par les juridictions européennes pour violations de l'État de droit, ont chacune formé un recours devant la Cour de justice en demandant l'annulation de ce règlement. Les deux États, dans leurs recours respectifs, ont tenté de mettre en cause la valeur du principe de l'État de droit consacré par l'article 2 TUE et sur lequel l'Union européenne est fondée. Ces « coups », venant de l'intérieur de l'Union, portés aux valeurs de l'État de droit ont finalement été avortés par la Cour de justice.

Le principal argument de la Hongrie et de la Pologne était que l'article 7 TUE est le seul article sur la base duquel le risque de violation grave par un État membre des valeurs que contient l'article 2 TUE peut être constaté. Les deux États ont soutenu que le mécanisme de conditionnalité, fondé sur l'article 322, paragraphe 1, sous a), TFUE, instaurait une procédure parallèle ayant la même finalité que celle prévue à cet article 7, en méconnaissance de ce dernier. La procédure instaurée par ce mécanisme présente en effet un inconvénient majeur pour les gouvernements de ces deux pays : elle n'exige pas un vote à l'unanimité au sein du Conseil européen pour faire constater une violation des principes découlant de l'État de droit. Conformément à ce règlement, cette décision devra être prise par le Conseil, sur proposition de la Commission, à la majorité qualifiée. La Hongrie ne pourra ainsi pas s'opposer à l'adoption d'une décision contre la Pologne et inversement. Selon la Hongrie, ce règlement répond finalement à l'intention du législateur de l'Union de « fournir une voie « plus facile », « plus rapide » et « plus efficace » pour constater et sanctionner des violations des principes de l'État de droit » ce qui est, selon elle, contraire au droit de l'Union européenne.

La Cour de justice a rappelé que le respect par un État membre des valeurs que contient l'article 2 TUE constitue « une condition pour la jouissance de tous les droits découlant de l'application des traités à cet État membre » et précisé, par une formule fort heureuse, que « le respect de ces valeurs ne saurait être réduit à une obligation à laquelle un État candidat est tenu en vue d'adhérer à l'Union et dont il pourrait s'affranchir après son adhésion ». Selon la Cour, les valeurs que contient l'article 2 TUE sont partagées par les États membres et définissent l'identité même de l'Union en tant qu'ordre juridique commun. Ainsi, l'Union doit être en mesure, dans les limites de ses attributions prévues par les traités, de défendre lesdites valeurs.

La Cour de justice conclut que la bonne exécution du budget de l'Union et les intérêts financiers de l'Union peuvent être gravement compromis par des violations de l'État de droit commises dans un État membre. Ces violations peuvent avoir pour conséquence, notamment, l'absence de garantie que des dépenses couvertes par le budget de l'Union satisfont à l'ensemble des conditions de financement prévues par le droit de l'Union et, partant, répondent aux objectifs poursuivis par l'Union lorsqu'elle finance de telles dépenses. Il y a ainsi un lien manifeste entre le respect de la valeur de l'État de droit, d'une part, et la bonne exécution du budget de l'Union, d'autre part.

Dans ce cadre, un « mécanisme de conditionnalité » horizontale, tel que celui institué par le règlement attaqué, qui subordonne le bénéfice de financements issus du budget de l'Union au respect par l'État membre des principes de l'État de droit, relève de la compétence conférée par l'article 322, paragraphe

1, sous a), TFUE à l'Union d'établir des « règles financières » relatives à l'exécution du budget de l'Union.

La Cour de justice a considéré que le « mécanisme de conditionnalité » ne vise pas à contourner l'article 7 TUE dans la mesure où il poursuit une finalité distincte en établissant une procédure différente. L'article 7 TUE vise à sanctionner les atteintes portées à l'ensemble des valeurs que contient l'article 2 TUE et aboutit à une suspension des droits de vote de l'État incriminé au sein des institutions. Le régime général de conditionnalité établi par le règlement attaqué ne concerne en revanche que les violations de l'État de droit menaçant la bonne exécution du budget de l'Union européenne et n'aboutit qu'à une suspension du versement des fonds européens.

La Cour de justice, répondant à une argumentation des gouvernements hongrois et polonais, a souligné que les principes figurant dans le règlement, en tant qu'éléments constitutifs de la notion de l'État de droit, n'ont rien d'abstrait ni ne constituent de notions vidées de sens juridique. Premièrement, les éléments constitutifs de la valeur de l'État de droit ont amplement été développés dans la jurisprudence de la Cour de justice. Deuxièmement, ces principes trouvent leur source dans des valeurs communes reconnues et appliquées également par les États membres dans leurs propres ordres juridiques. Troisièmement, les valeurs de l'État de droit, contenues dans l'article 2 TUE, se concrétisent dans diverses dispositions des traités constitutifs et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mais aussi dans divers actes de droit dérivé. Les États membres sont par conséquent à même de déterminer avec suffisamment de précision le contenu essentiel ainsi que les exigences découlant de chacun de ces principes.

La valeur de l'État de droit se matérialise par la protection juridictionnelle effective, consacrée à la fois en tant que principe fondamental par l'article 19 TUE et de droit fondamental par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. L'exercice de ce droit implique l'indépendance des juridictions nationales, valeur que la Pologne et la Hongrie ne respectent pas systématiquement [2]. Les deux États membres devront se conformer à ce principe fondamental et inhérent à l'État de droit s'ils souhaitent continuer à bénéficier de financements issus du budget de l'Union européenne.

Alexandra Ferentinou, « État de droit et conditionnalité des financements issus du budget de l'Union européenne », Actualité n°9/2022 du 1 avril 2022, www.ceje.ch.

22. La participation de l'Union européenne aux organisations internationales : précisions sur le champ d'application de l'article 17, paragraphe 1, TUE

Bien que l'Union européenne est dotée d'une personnalité juridique propre (article 47 TUE), elle doit souvent s'appuyer sur l'action de ses États membres pour défendre ses intérêts sur la scène internationale. La nécessité de coopérer étroitement avec ses États membres concerne notamment la participation de l'Union à certaines organisations internationales auxquelles seuls les États peuvent adhérer. Dans l'arrêt *Commission c. Conseil* (affaire C-161/20), rendu le 5 avril 2022, la Cour de justice de l'Union a eu l'occasion de se prononcer sur la question délicate touchant à la représentation externe de l'UE et la réalisation de ses objectifs au sein de l'Organisation maritime internationale (OMI).

En l'espèce, le Comité de l'OMI responsable de la mise en œuvre de la Convention Marpol (Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, l'une des conventions signées sous l'égide de l'OMI) a institué un groupe de travail chargé de réfléchir sur les propositions relatives, entre autres, au recours à de combustibles de substitution à émissions de carbone faibles. Dans le cadre de son mandat, le Groupe de travail a invité ses États membres et les organisations internationales « à présenter des propositions de projets de lignes directrices sur l'intensité en gaz à effet de serre/carbone au cours du cycle de vie, pour tous les types de combustibles pertinents. » En réponse à cet appel, la Commission européenne (Commission) a transmis au Conseil de l'UE (Conseil) un document de travail avec l'annexe contenant une contribution visant à l'établissement de la position

de l'UE en vue de sa transmission à l'OMI. Le document précisait que la contribution était « présentée par la Commission européenne au nom de l'Union européenne ». Le Conseil a considéré qu'un tel document ne pouvait pas être transmis à l'OMI. L'UE, contrairement à l'ensemble de ses États Membres, n'est partie ni à la Convention portant création de l'OMI ni à la Convention Marpol (l'adhésion à ces instruments étant réservée aux entités étatiques). Pour cette raison, le Conseil a préparé un autre projet de contribution qui serait présenté « au nom des 27 États membres et de la Commission. » Cette nouvelle contribution a été approuvée par le Coreper et transmise à l'OMI par la Croatie, assurant à l'époque la présidence de l'Union européenne. Estimant que la décision du Coreper empiétait sur ses prérogatives de représentation externe découlant de l'article 17, paragraphe 1, TUE, la Commission européenne a saisi la Cour de justice de l'Union pour demander l'annulation de ladite décision. Dans sa demande, elle soulevait deux moyens, le premier relatif à la possible violation de l'article 3 (2) TFUE sur les compétences exclusives de l'UE et le second tiré d'une violation de l'article 17, paragraphe 1, sixième phrase, TUE. C'est uniquement le second moyen qui a été examiné au fond par la Cour.

L'article 17, paragraphe 1, sixième phrase, dispose que la Commission européenne assure la représentation extérieure de l'Union à l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune et des autres cas prévus par les traités. La Commission soutenait qu'étant donné que la contribution litigieuse relevait du domaine de la compétence exclusive de l'Union, c'est à elle seule qu'il appartenait de présenter le document à l'OMI. Cet argument a été rejeté par la Cour. La Haute juridiction a rappelé que l'article 17, paragraphe 1, TUE « n'introduit aucune distinction selon que l'Union exerce sa compétence externe exclusive [...] ou qu'elle exerce une compétence externe partagée avec les États membres » (point 51). L'exercice de la compétence externe par la Commission européenne ne dépend pas de la nature de la compétence. Cet exercice est pourtant soumis aux exigences découlant du droit international pertinent. En l'espèce, l'Union n'étant pas membre de l'OMI, il n'était pas possible pour la Commission européenne de présenter la contribution litigieuse au nom de l'Union.

La Cour de justice a ensuite observé que le fait que l'Union ne soit pas membre de l'OMI « n'empêche pas que sa compétence externe puisse être effectivement exercée en la matière » (point 67). Elle a rappelé que la compétence externe de l'Union peut être exercée par les États membres, agissant conjointement, conformément au principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE). Le Conseil a ainsi pris une décision correcte en présentant la contribution en question en nom des États membres, agissant conjointement dans l'intérêt de l'Union. De même, il était tout à fait possible pour les États Membres de charger la Croatie de transmettre la contribution à l'OMI en leur nom et au nom de la Commission européenne. Finalement, la Cour a admis que les États membres ont la faculté d'attribuer à la Commission la charge d'assurer leur représentation externe à condition que le droit international pertinent ne s'y oppose pas.

L'arrêt rendu en grande chambre apporte des clarifications précieuses sur le champ d'application de l'article 17, paragraphe 1, TUE. La Cour opère une nette séparation entre, d'une part, la question de l'existence d'une compétence externe de l'Union dans le domaine concerné et, d'autre part, la question de la représentation de l'Union au moment de l'exercice de ladite compétence. Elle rappelle que la nature de la compétence n'affecte pas les modalités de représentation. Pour cette raison, le premier moyen soulevé par la Commission européenne relatif à l'existence de la compétence exclusive dans le domaine concerné a été facilement écarté. L'imposition de limites quant au recours à l'article 17, paragraphe 1, TUE, conférant à la Commission la mission de représentation de l'Union européenne, se justifie par l'impératif d'assurer la coexistence harmonieuse entre l'ordre juridique de l'Union et les règles du droit international. Lors de la détermination des modalités de représentation de l'Union sur le plan externe, l'Union et les États Membres doivent dûment tenir compte des contraintes découlant du droit international.

Alicja Słowik, « La participation de l'Union européenne aux organisations internationales : précisions sur le champ d'application de l'article 17, paragraphe 1, TUE », Actualité n°10/2022 du 13 avril 2022, www.ceje.ch

23. La mise en place dans l'Union européenne d'un dispositif de lutte contre la coercition économique

Dans un contexte géoéconomique où le commerce est de plus en plus utilisé comme une arme, les institutions de l'Union européenne ont envisagé l'adoption d'un nouvel instrument de défense commerciale. La Commission européenne a adopté une proposition de règlement visant à permettre à l'Union européenne de faire face à la « coercition économique ».

Par ce terme, on entend « une situation dans laquelle un pays tiers cherche à faire pression sur l'Union ou sur un État membre pour l'inciter à opérer un choix stratégique particulier, en appliquant ou en menaçant d'appliquer, à l'égard de l'Union ou de l'État membre, des mesures qui affectent le commerce ou les investissements ». Ces pratiques cherchent plus spécifiquement, par des mesures affectant le commerce ou les investissements, à contraindre l'Union ou un État membre à adopter ou à s'abstenir d'adopter un acte particulier. La proposition de règlement envisage la mise en place d'un dispositif de lutte contre ces pratiques présentant de nombreux avantages : efficacité, flexibilité et proportionnalité.

Le premier avantage notable est l'effet dissuasif du mécanisme envisagé. Le simple fait pour l'Union d'acquérir de nouveaux pouvoirs lui permettant d'agir stratégiquement dans le domaine commercial et de faire face à des actions hostiles doit permettre de dissuader les pays tiers d'exercer une coercition économique. Grâce à cet effet dissuasif, il ne sera même pas nécessaire de recourir à cet instrument ou un recours limité sera suffisant.

Le second avantage de ce mécanisme est le processus en deux étapes qu'il vise à mettre en place. La première étape consiste à l'ouverture au dialogue avec le pays tiers et à l'adoption de mesures non interventionnistes (solutions convenues, recours à une procédure de règlement). La seconde étape est déclenchée uniquement si la première n'aboutit pas et consiste à l'adoption de contre-mesures. Il s'agit d'une solution de dernier ressort qui ne vise plus à dissuader mais à contrer la coercition économique.

Une annexe au règlement énumère les mesures de réaction possibles de la part de l'Union. Parmi ces mesures figurent notamment la suspension des concessions tarifaires, l'institution de droits de douane nouveaux ou accrus, l'introduction de restrictions à l'importation ou à l'exportation sur les marchandises, l'institution de mesures affectant le commerce des services (y compris les services financiers), l'imposition de restrictions à la protection des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, l'imposition de restrictions au droit de participer aux marchés publics, l'institution de mesures affectant l'investissement direct étranger ou encore l'institution de nouvelles mesures sanitaires et phytosanitaires en dérogation aux obligations internationales applicables. Ces mesures pourront également concerner les services fournis et les investissements directs réalisés à l'intérieur de l'Union par des personnes physiques ou morales associées à la coercition économique.

La base juridique pour le règlement proposé est l'article 207, paragraphe 2, TFUE qui prévoit l'adoption de mesures définissant le cadre dans lequel est mise en œuvre la politique commerciale commune. Selon la Commission européenne, dans la mesure où les « mesures de coercition » prises par les pays tiers visent à affecter le commerce européen et les investissements européens, la réponse de l'Union devra également prendre la forme de mesures de défense commerciale. Ces mesures relèvent par conséquent du champ de la politique commerciale commune et de la compétence exclusive de l'Union européenne.

L'adoption de ce dispositif entraînera inévitablement une extension, par voie législative, du champ de la politique commerciale commune (ci-après « PCC »). Si le règlement proposé est adopté, la Commission européenne sera en droit d'imposer des sanctions économiques à un ou plusieurs pays tiers ou à des personnes physiques ou morales contrôlées par ces pays sans devoir obtenir préalablement une décision PESC prise à l'unanimité et sans devoir obtenir le consentement du Conseil. Ces sanctions seront directement fondées sur les dispositions de la PCC (article 207 TFUE) et seront prises en dehors

du cadre de la PESC et de ses procédures spécifiques. Il doit cependant être noté que la Commission européenne dans l'exercice de ce pouvoir sera contrôlée par des comités composés de représentants des États membres.

Ce nouveau pouvoir de sanction dans le champ de la PCC ne serait pas à percevoir de manière négative dans la mesure où elle permettrait une multiplication et un renforcement des moyens de défense de l'Union européenne contre les menaces commerciales, économiques ou autres venant de l'extérieur. L'objectif pour l'Union de devenir un « player » indépendant sur la scène internationale ne pourra se réaliser si celle-ci ne dispose pas d'une variété d'« armes » qui lui permettront de défendre rapidement et efficacement ses intérêts (et ceux de ses États membres) contre toute forme de coercition (économique ou autre) exercée par les pays tiers.

La France, qui assure la présidence au Conseil de l'Union le premier semestre de 2022, soutient pleinement la mise en œuvre de cet instrument. Elle considère qu'« avec cet instrument, l'UE franchit une nouvelle étape pour bâtir une politique commerciale moins naïve, en renforçant concrètement les moyens à notre disposition pour affirmer notre souveraineté et défendre nos intérêts avec fermeté ». Ce pays s'aligne avec la position de la Commission européenne qui considère que, dans la politique internationale, le temps est précieux et la crédibilité d'un acteur international dépend de sa capacité à réagir rapidement et de manière cohérente aux crises et aux événements internationaux.

Il reste à voir si le Parlement européen et les autres États membres partagent cette vision et s'ils réservent un accueil favorable à ce nouvel instrument contre la coercition économique qui autorise une réaction rapide, sans recours au vote à l'unanimité, de l'Union européenne contre les actions hostiles des pays tiers dans le domaine du commerce.

Alicja Slowik, « La mise en place dans l'Union européenne d'un dispositif de lutte contre la coercition économique », Actualité n°14/2022 du 13 juin 2022, www.ceje.ch

24. La compatibilité du traité sur la Charte de l'énergie modernisé avec les traités contestée devant la Cour de justice de l'Union européenne

Le traité sur la Charte de l'énergie (ci-après le « TCE ») n'a pas fait l'objet de révision majeure depuis le 16 avril 1998, date de son entrée en vigueur. En 2020, des négociations sur sa modernisation ont été entamées et portent sur une liste non-exhaustive de domaines ouverts à la négociation adoptée par la Conférence de la Charte.

Le 2 décembre 2020, le Royaume de Belgique a soumis à la Cour de justice de l'Union européenne une demande d'avis portant sur la compatibilité avec les traités du projet de TCE modernisé et, plus spécifiquement, du mécanisme de résolution des différends qu'il prévoit. La Belgique demande en particulier si ce mécanisme est applicable aux litiges intra-UE – question à laquelle l'arrêt Komstroy a déjà répondu – et si l'absence d'une clause excluant expressément les litiges intra-UE du champ de ce mécanisme rend le projet d'accord incompatible avec le droit de l'Union (notamment avec les articles 19 TUE et 344 TFUE).

Dans son avis du 16 juin 2022, la Cour de justice a déclaré la demande d'avis irrecevable en raison de son caractère prématuré. Elle a jugé que, dès lors que la demande d'avis concerne la question de la compatibilité d'un « accord envisagé » avec les traités, il est nécessaire que la Cour de justice dispose d'éléments suffisants sur le contenu même dudit accord [1]. Or, il n'existait, lors de l'introduction de la présente demande d'avis, aucun document comportant le texte du TCE, dans sa version modernisée, et la disposition relative au mécanisme de résolution de différends.

À cet égard, la Belgique a fait valoir que le TCE modernisé reprend l'article 26 TCE et le mécanisme de résolution des différends qu'il prévoit. Le contenu de cet article n'a pas été affecté par l'accord modificatif et était ainsi suffisamment connu pour permettre à la Cour de justice de répondre de manière utile à la demande.

La Cour de justice a rejeté cette argumentation. Elle a considéré que les éléments qui lui ont été soumis ne permettaient pas de considérer que l'article 26 TCE ne fera pas l'objet de modifications à l'issue des négociations. À la date d'introduction de la demande d'avis, les négociations se trouvaient à un stade très précoce et l'arrêt Komstroy n'avait pas encore été prononcé. Si un consensus est dégagé parmi les parties contractantes, les négociations pourront s'étendre à l'article 26 TCE. Il ne pouvait ainsi être exclu que cet article soit modifié.

De surcroît, la Cour de justice a constaté que la demande d'avis de la Belgique portait en substance sur l'article 26 du TCE, une disposition qui était déjà en vigueur, et par conséquent sur un accord conclu. Cette demande ne respectait pas la finalité de l'article 218, paragraphe 11, TFUE qui instaure un contrôle préventif. Enfin, elle a rappelé qu'il découle clairement de l'arrêt Komstroy que le respect du principe d'autonomie du droit de l'Union, consacré à l'article 344 TFUE, impose d'interpréter l'article 26, paragraphe 2, sous c), du TCE en ce sens qu'il n'est pas applicable aux différends opposant un État membre à un investisseur d'un autre État membre au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans le premier État membre.

Un grand nombre d'États membres souhaitait une prise de position de la part de la Cour de justice sur ce sujet afin de lever toute ambiguïté dans l'interprétation de l'article 26 TCE. Ces États, qui ont participé à la procédure écrite, ont fait valoir qu'au sein de l'Union européenne, les États membres restent divisés concernant la question de l'application de cet article aux litiges intra-UE. Ils ont en outre soutenu que les arbitres refusent systématiquement de se déclarer incompétents, même après le prononcé de l'arrêt du 6 mars 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158). Une prise de position de la Cour de justice sur ce point aurait l'effet d'obliger les États membres et les institutions, dans le cadre des négociations qui sont actuellement en cours, à préciser, dans le texte de l'accord modernisé, le champ d'application du mécanisme de résolution des différends.

La Cour de justice n'a pas cédé aux considérations d'opportunité soulevées par les États membres et a rappelé qu'une demande d'avis, au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, ne peut pas porter sur une disposition déjà en vigueur ou sur une disposition dont le contenu n'est pas suffisamment connu et susceptible d'être modifié au cours des négociations.

Alexandra Ferentinou, « La compatibilité du traité sur la Charte de l'énergie modernisé avec les traités contestés devant la Cour de justice de l'Union européenne », Actualité n°17/2022 du 27 juin 2022, www.ceje.ch

25. Admission d'une indemnisation d'une lésion psychique en vertu de la convention de Montréal

Dans son arrêt *Laudamotion* (C-111/21), la Cour de justice a eu l'occasion d'interpréter pour la première fois la notion de « lésion corporelle » au sens de l'article 17, paragraphe 1, de la convention de Montréal, qui a été mise en œuvre en droit de l'UE par le règlement no 2027/97 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident.

En l'espèce, le 1er mars 2019, BT a embarqué sur un vol opéré par Laudamotion reliant Londres (Royaume-Uni) à Vienne (Autriche). Au décollage, le réacteur gauche de l'aéronef qui devait effectuer ce vol a explosé, entraînant l'évacuation des passagers. BT a quitté cet aéronef en utilisant une sortie de secours et a été projetée à plusieurs mètres en l'air par le souffle du réacteur droit qui n'était pas encore coupé. Depuis, il lui a été diagnostiqué un trouble de stress post-traumatique, pour lequel elle est suivie médicalement.

BT a introduit un recours en responsabilité contre Laudamotion en vertu de l'article 17, paragraphe 1, de la convention de Montréal. Ladite disposition stipule que « [l]e transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, par cela seul que l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement ». En défense, Laudamotion a soutenu que cette disposition ne couvre que les lésions corporelles au sens strict, et non les troubles purement psychiques.

Dans ces circonstances, le juge autrichien, saisi de ce recours, a décidé d'interroger la Cour de Justice sur l'interprétation de l'article 17, paragraphe 1, de la convention de Montréal afin de savoir si une lésion psychique telle que celle au principal doit être indemnisée conformément à cette disposition.

La Cour a jugé que la notion de « lésion corporelle » doit recevoir une interprétation uniforme et autonome pour l'Union et ses États Membres qui tiendra compte des règles d'interprétation générales qui s'imposent à l'Union. En se référant à la convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour a rappelé qu'un traité international doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

La Cour a souligné que la notion de lésion corporelle au sens ordinaire de ce terme est distincte de la lésion physique. En outre, il ressort des travaux préparatoires de la convention de Montréal qu'aucune des propositions visant à inclure expressément la notion de « lésion psychique » n'a abouti. Toutefois, aux termes des deuxième et troisième considérants de la convention de Montréal, l'objectif de cette convention est d'assurer « la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international et la nécessité d'une indemnisation équitable fondée sur le principe de réparation ». Pour la Cour, une « indemnisation équitable » requiert d'assurer l'égalité de traitement des passagers ayant subi des lésions, qu'elles soient physiques ou psychiques, car dans les deux cas, les passagers se trouvent dans une situation comparable. La Cour en a conclu qu'en vertu de l'article 17, paragraphe 1, de la convention de Montréal une lésion psychique doit être indemnisée au même titre qu'une lésion corporelle, pour autant que le passager lésé démontre l'existence d'une atteinte à son intégrité psychique d'une gravité ou d'une intensité telle qu'elle affecte son état général de santé et qu'elle ne peut s'estomper sans traitement médical.

Il convient de noter que le raisonnement de la Cour dans cet arrêt ressemble beaucoup à celui présenté dans le fameux arrêt *Sturgeon* rendu en interprétation du règlement n° 261/2004 sur l'indemnisation des passagers aériens. Dans ce dernier arrêt, la Cour s'était également basée sur le principe d'égalité de traitement pour en conclure que des passagers de vols retardés pouvaient invoquer le droit à l'indemnisation prévu dans ce règlement au même titre que des passagers de vols annulés, même si le libellé du règlement ne prévoyait l'indemnisation que dans cette deuxième situation. Un tel activisme judiciaire demeure polémique.

Mateusz Milek, « Admission d'une indemnisation d'une lésion psychique en vertu de la convention de Montréal », Actualité n°26/2022 du 4 novembre 2022, www.ceje.ch

26. Signature par l'Union européenne de l'accord concernant les activités opérationnelles menées par (Frontex) en République de Macédoine du Nord

Le 26 octobre 2022, l'Union européenne et la Macédoine du Nord ont signé un accord concernant les activités opérationnelles menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes en République de Macédoine du Nord (l'accord). Le projet de décision relative à la conclusion de l'accord devra recevoir l'approbation du Parlement européen et ensuite être adopté par le Conseil de l'Union européenne. Cet accord a pour objet de régir tous les aspects nécessaires au déploiement des équipes affectées à la gestion des frontières issues du contingent permanent du corps de garde-frontières et de garde-côtes européens en République de Macédoine du Nord, où les membres des équipes peuvent exercer des pouvoirs exécutifs. Le préambule de l'accord mentionne également l'objectif de prévenir l'augmentation de l'immigration irrégulière et de la criminalité transfrontière. Pour la mise en œuvre de l'accord, un plan opérationnel contraignant est convenu entre les deux parties contractantes (article 4 de l'accord), au sens des articles 38 et 74 du règlement 2019/1896 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, qui permettra à Frontex d'aider la Macédoine du Nord dans la gestion des frontières, de mener des opérations conjointes et de déployer du personnel à la frontière de l'UE et à la frontière de la Macédoine du Nord.

Le plan opérationnel expose de manière détaillée les aspects organisationnels et procéduraux sur des domaines essentiels tels que la sécurité ou les droits fondamentaux. Il prévoit notamment un système de rapports et d'évaluation concernant la protection des droits fondamentaux, des instructions générales sur la manière de garantir la protection des droits fondamentaux pendant les activités opérationnelles de l'Agence Frontex, un système concernant la notification immédiate aux autorités compétentes de tout incident survenu dans le cadre d'une activité opérationnelle et des procédures établissant un mécanisme pour recevoir et transmettre aux deux parties contractantes les plaintes contre toute personne participant aux activités opérationnelles.

L'accord met l'accent sur la nécessité de respecter les droits fondamentaux dans le cadre des activités opérationnelles. L'article 8 de l'accord prévoit que les deux parties doivent agir en conformité avec les instruments internationaux protégeant les droits de l'homme tels que la Convention européenne des droits de l'Homme, la convention relative au statut des réfugiés et son protocole, la convention relative aux droits des personnes handicapées, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Cependant, lors de leurs activités opérationnelles, les équipes affectées à la gestion des frontières peuvent prendre des mesures, tel que l'usage des forces, lesquelles peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux. Les actions doivent cependant être nécessaires et proportionnelles aux objectifs poursuivis par ces mesures. Le respect des droits fondamentaux est assuré par « des contrôleurs des droits fondamentaux » qui doivent être affectés à chaque activité opérationnelle (article 9 de l'accord).

L'article 12 de l'accord prévoit que les membres des équipes sont bénéficiaires de privilèges et d'immunités au sein de la Macédoine du Nord. En effet, ils ne peuvent pas faire l'objet d'enquête ou de procédure judiciaire en République de Macédoine du Nord sauf dans les circonstances prévues à l'article 12, paragraphe 2, de l'accord. Lorsque la Macédoine du Nord a l'intention d'engager une procédure judiciaire contre un membre des équipes devant une juridiction dudit pays, il faut que les autorités compétentes le notifient immédiatement au directeur exécutif de l'Agence Frontex. Ce dernier indiquera ensuite si le membre des équipes a accompli l'acte en question dans l'exercice de ses fonctions officielles. Si cela est le cas, la procédure ne peut être engagée par la Macédoine du Nord. En d'autres termes, le directeur exécutif décide unilatéralement s'il renonce aux privilèges et aux immunités du membre de l'équipe mis en cause par la Macédoine du Nord.

L'article 12, paragraphe 5, de l'accord stipule que la Macédoine du Nord sera responsable en cas de dommages causés par les équipes à des tiers. Il existe cependant des exceptions dans le cas de dommage causé par négligence grave ou faute intentionnelle (article 12, paragraphe 6, de l'accord) où l'Agence serait responsable.

En cas de violation de l'accord, le directeur exécutif de l'Agence Frontex peut, en vertu de l'article 18 de l'accord, suspendre ou mettre fin aux financements ou aux activités opérationnelles. La Macédoine du Nord peut également demander de suspendre ou mettre fin à une activité opérationnelle en cas de violation de l'accord par un membre des équipes. Cependant, la Macédoine du Nord doit faire cette demande par écrit et doit préciser les motifs au directeur exécutif de l'Agence.

En vertu de l'article 21 de l'accord, les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation de l'accord ne seront pas réglés de manière contentieuse, mais par négociation entre l'Union européenne et la Macédoine du Nord.

Il convient de se poser la question si le système de plainte instauré par l'accord est efficace en cas de violations des droits fondamentaux par des membres des équipes de l'Agence Frontex. En effet, premièrement, les membres des équipes ne peuvent faire l'objet d'enquête ou de procédure judiciaire par les autorités de la Macédoine du Nord que dans certains cas prévus à l'article 12, paragraphe 2, de l'accord. Par exemple, les membres des équipes jouissent de l'immunité de la juridiction civile et administrative de la Macédoine du Nord en ce qui concerne tous les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cependant, l'accord ne précise pas si les membres des équipes peuvent faire

l'objet d'enquête ou de procédure judiciaire par les autorités de l'Agence Frontex. Deuxièmement, la décision d'engager une procédure de plainte par les autorités de la Macédoine du Nord ne sera acceptée que dans la situation où le directeur exécutif de l'Agence approuve unilatéralement l'enquête ou la procédure judiciaire.

Saud Ahmed, « Signature par l'Union européenne de l'accord concernant les activités opérationnelles menées par (Frontex) en République de Macédoine du Nord », Actualité n°27/2022 du 18 novembre 2022, www.ceje.ch

27. L'adhésion de l'Union européenne à l'acte de Genève : précisions sur la division des compétences

Dans son arrêt *Commission c. Conseil* (Adhésion à l'acte de Genève), la grande chambre de la Cour de justice a précisé la marge de manœuvre du Conseil pour modifier la proposition de la Commission d'une décision portant conclusion d'un accord international en vertu de l'article 218, paragraphe 6, TFUE. Dans le cadre du recours en annulation contre la décision (UE) 2019/1574 relative à l'adhésion de l'Union à l'acte de Genève (ci-après la « décision attaquée »), la Cour a établi que le Conseil n'est pas autorisé à modifier une proposition de la Commission qui agit en tant que négociateur d'un accord international au point de dénaturer l'objet ou la finalité de cette proposition.

L'acte de Genève, adopté en 2015, constitue une révision de l'arrangement de Lisbonne qui a permis l'adhésion à ce dernier de certaines organisations intergouvernementales. L'arrangement de Lisbonne, quant à lui, est un accord international en vertu duquel les États parties à cet arrangement, constituant l'« Union particulière » au sens de l'article 1, de cet arrangement, s'engagent à protéger, sur leurs territoires et selon les termes de cet arrangement, les appellations d'origine des produits des autres États de l'Union particulière, reconnues et protégées à ce titre dans le pays d'origine et enregistrées au bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Sept États membres de l'UE sont parties à l'arrangement de Lisbonne, à savoir la Bulgarie (depuis 1975), la République tchèque (depuis 1993), la France (depuis 1966), l'Italie (depuis 1968), la Hongrie (depuis 1967), le Portugal (depuis 1966) et la Slovaquie (depuis 1993). L'UE elle-même n'était pas partie à l'arrangement de Lisbonne étant donné que celui-ci prévoyait que seuls les États pouvaient y adhérer. En même temps, par son arrêt C-389/15 *Commission / Conseil* (Arrangement de Lisbonne révisé), la Cour avait jugé que le projet de l'acte de Genève, était essentiellement destiné à faciliter et à régir les échanges commerciaux entre l'Union et des États tiers parties à l'arrangement de Lisbonne et qu'il avait des effets directs et immédiats sur ces échanges. Par conséquent, la négociation de l'acte de Genève relevait de la compétence exclusive de l'Union en application de l'article 3, paragraphe 1, point e), TFUE puisqu'elle s'inscrivait dans le domaine de la politique commerciale commune (l'article 207, paragraphe 1, TFUE).

En l'espèce, eu égard à la compétence exclusive de l'Union, la Commission a soumis au Conseil une proposition de décision portant conclusion de l'accord proposé selon laquelle seule l'Union adhérerait à cet acte. En revanche, le Conseil a adopté la décision attaquée qui prévoyait, outre l'approbation de l'adhésion de l'Union à l'acte de Genève, l'autorisation pour les États membres qui le souhaitent d'y adhérer. Voulant s'opposer à cette décision, la Commission a introduit un recours en annulation devant la Cour de justice en invoquant deux moyens.

Par son premier moyen, la Commission a reproché au Conseil d'avoir agi en dehors de toute initiative de la Commission, violant ainsi l'article 218, paragraphe 6, et l'article 293, paragraphe 1, TFUE et portant préjudice à l'équilibre institutionnel résultant de l'article 13, paragraphe 2, TUE. En examinant ce moyen, la Cour de justice a considéré que l'article 293, paragraphe 1, TFUE en vertu duquel lorsque le Conseil statue sur proposition de la Commission, il ne peut amender la proposition de la Commission qu'en statuant à l'unanimité sauf dans les cas visés à certaines dispositions mentionnées à cet article s'applique à tous les actes juridiques de l'Union indépendamment du point de savoir si ces actes relèvent de l'action intérieure de l'Union ou de son action extérieure. Tel est également le cas de la

décision du Conseil portant conclusion de l'accord sur proposition du négociateur prise sur le fondement de l'article 218, paragraphe 6, TFUE lorsque, comme en l'espèce, le Conseil avait désigné la Commission en tant que négociateur de l'acte de Genève. Ensuite, après avoir invoqué sa jurisprudence relative au pouvoir d'initiative reconnu à la Commission par l'article 17, paragraphe 2, seconde phrase, TUE lu à la lumière du principe de l'équilibre institutionnel institué par l'article 13, paragraphe 2, TUE qui s'est développée dans l'action intérieure de l'UE, la Cour a rappelé que le pouvoir d'amendement du Conseil ne saurait s'étendre jusqu'à permettre à celui-ci de dénaturer la proposition de la Commission dans un sens qui la priverait de sa raison d'être. La Cour a constaté que l'objet de la proposition de la Commission consistait en l'adhésion de l'Union seule à l'acte de Genève (sans ses États membres) afin de permettre à l'UE d'exercer correctement sa compétence exclusive dans le domaine de la politique commerciale commune, dont relève l'acte de Genève. La Cour en a conclu que par l'introduction de la disposition qui autorisait les États membres qui le souhaitent à ratifier l'acte de Genève ou à y adhérer, le Conseil a dénaturé l'objet et la finalité de la proposition de la Commission. Pour cette raison, la Cour a partiellement annulé la décision attaquée dans la mesure où elle contenait des références à l'adhésion des États membres. En même temps, la Cour de justice a décidé de maintenir les effets des parties annulées de la décision attaquée, dans la seule mesure où ils concernent des États membres ayant, à la date du prononcé du présent arrêt, déjà fait usage de l'autorisation de ratifier l'acte de Genève.

Par son second moyen, la Commission a reproché au Conseil une violation de l'article 2, paragraphe 2, TFUE disposant que dans le domaine des compétences exclusives, tels que la politique commerciale commune, les États membres ne peuvent agir que s'ils sont habilités par l'Union. Dans ses conclusions, l'avocat général M. Szpunar a considéré que pour avoir recours à ce pouvoir d'habilitation, il est nécessaire qu'il existe des justifications objectives. En l'espèce, deux justifications tirées, la première, de la nécessité d'assurer que l'Union dispose du droit de vote à l'Assemblée de l'Union particulière (étant donné qu'en vertu des dispositions de l'acte de Genève, l'Union en tant qu'organisation intergouvernementale ne dispose pas de voix si aucun des États membres n'est partie à cet acte) et, la seconde, de la nécessité d'assurer la protection des droits acquis résultant des enregistrements effectués dans les sept États membres, déjà partis à l'arrangement de Lisbonne, plaident, selon l'avocat général, en faveur d'une habilitation de ces sept États membres d'adhérer à l'acte de Genève. Quant à la Cour, elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le second moyen, étant donné qu'elle avait déjà accueilli le premier.

En conclusion, il convient de noter que c'est pour la première fois que la Cour de justice a considéré que l'article 293, paragraphe 1, TFUE ainsi que la jurisprudence de la Cour relative au monopole d'initiative de la Commission trouve à s'appliquer non seulement dans l'action intérieure de l'Union mais également dans son action extérieure. Par ailleurs, même si la Cour ne s'est pas prononcée expressément, il est fort probable que la Commission suivra les conclusions de l'avocat général M. Szpunar et soumettra au Conseil une nouvelle proposition de décision portant conclusion de l'adhésion de l'UE à l'acte de Genève qui prévoira que les sept États membres, déjà parties à l'arrangement de Lisbonne, pourront adhérer à l'acte de Genève aux côtés de l'Union. Cette position s'inscrirait dans une ligne jurisprudentielle de la Cour d'après laquelle certains éléments de nature objective, découlant notamment des règles de droit international, justifieraient une mixité partielle même dans la situation où la conclusion de l'accord relève de la compétence exclusive de l'Union.

Mateusz Milek, « L'adhésion de l'Union européenne à l'acte de Genève : précisions sur la division des compétences », Actualité n°30/2022 du 14 décembre 2022, www.ceje.ch

X. Politique étrangère et de sécurité commune

28. 2022 Enlargement Package: a new assessment of EU accession-related reforms in Western Balkans and Turkey (in relation to EU foreign and security policy)

On 12 October 2022, the European Commission (the “Commission”) adopted the 2022 Enlargement Package providing insights into the recent developments regarding the EU enlargement policy and progress made by the Western Balkans countries and Turkey on their way towards the EU. The Commission assessed in detail the reforms in the particular countries and recommended granting the “candidate status” for Bosnia and Herzegovina.

The package consists of Communication on EU enlargement policy and seven country reports. It was presented by Commissioner for Neighbourhood and Enlargement, Olivér Várhelyi, who emphasised the key role of the EU’s enlargement policy in building long-term peace and security, in particular, in light of the current geopolitical situation marked by Russia’s war against Ukraine. Commenting on the recommendation of the candidate status to Bosnia and Herzegovina, the Commissioner underlined that it was “a historic moment for the citizens of Bosnia and Herzegovina”. He observed that granting candidate status comes with high expectations. In particular, several constitutional and electoral reforms recommended by the European Council in June 2022 should be advanced “as an utmost priority”. 14 key priorities identified in the Commission Opinion of 2019 remain unchanged: their fulfilment is strictly necessary for starting the EU accession negotiations.

In its Communication, the Commission recognised the efforts made by Albania and North Macedonia in implementing EU reforms. The accession negotiations process with both countries started on 19 July 2022 with the holding of the first political intergovernmental conference. The countries will need to conduct a number of reforms in key areas of rule of law, the fight against corruption and the fight against organised crime. For Montenegro, the fulfilment of the rule of law interim benchmarks constitutes the priority for further progress in negotiations. The Commission expressed its satisfaction with regard to the country’s alignment with the EU foreign and security policy. As for Serbia, the Commission recognised the progress made in the field of the fight against corruption and pointed out that the country should continue implementing EU accession-related reforms. As a matter of priority, Serbia needs to enhance its efforts in aligning with the EU's position on foreign policy. Concerning Kosovo, a due account was taken of its efforts in strengthening democracy, rule of law and the fight against corruption. The EU expects both Serbia and Kosovo to engage actively in the process of normalisation of the relations between the two countries.

The relations between the EU and Turkey remain complex. The Commission’s assessment reveals that the country has not reversed the negative trends concerning backsliding in the areas of the rule of law, democracy and fundamental rights. In relation to the situation in the Eastern Mediterranean, the Commission recalled that Turkey must respect the sovereignty and territorial integrity of all EU Member States. In the field of foreign policy, Turkey needs, in particular, to align with restrictive measures against Russia.

The recommendations included in the Package will be now examined by the Council which will take the decisions on the future steps in the EU enlargement process. As Commissioner Várhelyi observed, this year’s Package has been adopted in a particular geopolitical context. Only several months ago, in the aftermath of the Russian invasion of Ukraine, Ukraine, Moldova and Georgia formally submitted their request to join the EU. In June 2022, the European Council decided to grant the status of candidate country to Ukraine and Moldova and the status of “potential candidate” to Georgia. Mr Várhelyi announced that by the end of this year, the Commission will present the assessment of the situation in these three countries with regard to their readiness to join the EU.

Alicja Słowik, « 2022 Enlargement Package: a new assessment of EU accession-related reforms in Western Balkans and Turkey », Actualité n°24/2022 du 24 octobre 2022, www.ceje.ch

29. Facilité européenne pour la paix : élargissement de la portée géographique et première contribution volontaire d'un pays tiers

Le 1er décembre 2022, le Conseil a adopté cinq mesures d'assistance dans le cadre de la Facilité européenne pour la paix (« FEP ») en faveur des forces armées de la Bosnie-Herzégovine (10 millions d'euros), des forces de défense géorgiennes (20 millions d'euros), des forces armées libanaises (6 millions d'euros), des forces armées de la Mauritanie (12 millions d'euros) et des forces de défense rwandaises (20 millions d'euros) dans la province de Cabo Delgado au Mozambique. Cinq jours après l'adoption de ces mesures d'assistance visant la fourniture d'équipements militaires, d'infrastructures et d'assistance technique, l'Union européenne (« UE ») et la Norvège ont conclu un accord administratif pour permettre à ce pays tiers de fournir, en vertu de l'article 30 de la décision (PESC) 2021/509, une contribution volontaire d'approximativement 14,5 millions d'euros en faveur de la mission EUAM Ukraine. Pour la première fois depuis la création de la FEP, un État tiers a décidé de contribuer de manière volontaire aux mesures d'assistance en faveur d'un pays faisant l'objet d'une agression armée.

La FEP est un fonds créé par le Conseil en mars 2021 pour la prévention des conflits, la consolidation de la paix et le renforcement de la sécurité internationale qui est déjà actif dans plusieurs régions du monde (Mozambique, Géorgie, Moldavie, Ukraine, Mali, Somalie, Balkans et Nigéria). Cet instrument relève de la Politique étrangère et de sécurité commune (« PESC ») et remplace les anciens instruments financiers dans le domaine de la défense : le mécanisme ATHENA et la facilité de soutien à la paix pour l'Afrique. Ayant des implications militaires, la Facilité est financée par les contributions des États membres sur la base de leur revenu national brut en dehors du budget pluriannuel de l'UE et bénéficie pour la période 2021-2027 d'un plafond financier de 5,692 milliards d'euros. Ce plafond est réparti en deux piliers : le pilier « Opérations » visant le financement des missions et des opérations de politique de sécurité et de défense commune (« PSDC ») en vertu de l'article 42, paragraphe 4 et l'article 43, paragraphe 2, TUE (actuellement, sept opérations militaires de l'UE sont financées par la FEP : EUFOR ALTHEA, EUNAVFOR ATALANTA, EUTM Somalie, EUTM Mali, EUTM RCA, EUNAVFOR MED IRINI, EUTM Mozambique), et le pilier « Mesures d'assistance » en faveur de tiers (États, organisations régionales ou internationales) en vertu des articles 28 et 30 TUE. Le comité de la Facilité, composé de représentants de chaque État membre et présidé par un représentant de la présidence du Conseil, dirige les activités de la FEP.

L'élargissement de la portée géographique des mesures d'assistance FEP ainsi que la participation d'un État tiers à ce mécanisme représentent une évolution substantielle en matière d'augmentation des capacités de défense de l'UE et de ses États dans le cadre de la PSDC. Par ces efforts, l'UE et, depuis le 6 décembre, la Norvège en tant que tierce partie, se positionnent sur la scène internationale en réaffirmant la notion de neutralité dans son acception post-1945 - aussi codifiée dans la Charte ONU - dans un esprit de coopération internationale contre l'agresseur. Cette évolution soulève des enjeux intéressants tant sur le plan interne que sur le plan extérieur de l'UE : au niveau interne, concernant la participation du Parlement européen dans la mise en œuvre et l'examen de la FEP ; au niveau international, concernant un possible engagement de la responsabilité indirecte de l'Union et de ses États membres (ainsi que de la Norvège en ce qui concerne la situation en Ukraine) liée aux risques de détournement et d'abus d'équipement fourni. Il n'en demeure pas moins que le caractère de ces avancées est considérable, spécialement dans un domaine sensible comme celui de la défense.

Sara Notario, « Facilité européenne pour la paix : élargissement de la portée géographique et première contribution volontaire d'un pays tiers », Actualité n°31/2022 du 23 décembre 2022, 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