



Droits fondamentaux

Romain Tinière, Christophe Maubernard, Caroline Boiteux-Picheral, Claire Vial

► **To cite this version:**

Romain Tinière, Christophe Maubernard, Caroline Boiteux-Picheral, Claire Vial. Droits fondamentaux. Claude Blumann; Fabrice Picod. Annuaire de droit de l'Union européenne, Éd. Panthéon-Assas, pp.497-529, 2018, 2017. hal-01980073

HAL Id: hal-01980073

<http://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01980073>

Submitted on 14 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROITS FONDAMENTAUX

2017

SOUS LA DIRECTION DE

Romain TINIÈRE

Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes, CRJ, Grenoble / IDEDH, Montpellier

EN COLLABORATION AVEC

Caroline BOITEUX-PICHERAL, Université de Montpellier, IDEDH, Montpellier

Christophe MAUBERNARD, Université de Montpellier, IDEDH, Montpellier

et

Claire VIAL, Université de Montpellier, IDEDH, Montpellier¹

Introduction

La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne durant l'année 2017 semble marquée par une certaine continuité. On y débat d'articulation entre ordre juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux comme au temps de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (II) et les entreprises peinent à faire prévaloir leurs droits fondamentaux (III). Bref, on se croirait revenu aux débuts de la protection communautaire des droits fondamentaux. Et pourtant, qu'il s'agisse de l'arrêt dit « *Taricco II* » ou de la relation entre entreprises et droits fondamentaux, ces thématiques classiques voire datées paraissent abordées sous un angle légèrement différent en 2017. Peut-être est-ce là l'effet de « l'émergence d'une culture des droits fondamentaux de l'UE » relevée par l'Agence des droits fondamentaux dans le rapport qu'elle a publié pour ses dix années d'existence² ? Il faut en effet relever que la Charte est de mieux en mieux connue et donc invoquée devant les juges de l'Union permettant le développement d'un corpus jurisprudentiel déjà important, que les droits fondamentaux sont systématiquement cités dans les actes de l'Union présentant des liens même indirects avec ces derniers et qu'aucune politique de l'Union ne semble épargnée par un examen critique sous l'angle du respect effectif de ces droits. Formalisé par cette idée d'émergence d'un « culture des droits fondamentaux » traduisant les progrès incontestables de cette protection dans l'Union depuis l'accession à la force juridique contraignante de la Charte, ce phénomène s'exprime notamment par la progression de la prise en compte de la protection des droits fondamentaux dans les relations extérieures (I). Mais, outre le fait que cette émergence devra se poursuivre pour que s'impose véritablement une culture des droits fondamentaux dans l'Union, elle ne signifie pas nécessairement que les politiques de l'Union sont toutes respectueuses des droits fondamentaux, comme le démontre l'écart toujours important entre le discours et la protection effective des droits en matière de migration (III). Elle ne signifie pas non plus que l'ensemble des acteurs soient convaincus du bien fondé de cette évolution vers une Union de valeurs dotée des moyens de les faire respecter. La Pologne en tout cas ne l'est visiblement pas, au regard de la dernière saison de la série à rebondissements : « L'État de droit en Pologne » (V). Bref, assurer une protection effective des droits fondamentaux dans l'Union n'est toujours pas chose aisée !

I- Relations extérieures et protection des droits fondamentaux

A- Promotion internationale et protection interne des droits de l'homme par l'Union européenne dans les avis rendus par la Cour de justice

Deux avis majeurs ont été rendus par la Cour de justice en 2017, saisie sur le fondement de l'article 218, § 11, TFUE. Le premier est relatif à l'Accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne et la République de Singapour (avis 2/15)³, quand le second concerne le Projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert des données des dossiers passagers aériens depuis l'Union vers le Canada (dit accord « PNR ») (avis 1/15)⁴. Avant de discuter plus avant de leur contenu, l'on signalera que la Belgique a présenté le 13 octobre 2017 une demande d'avis (Avis 1/17) concernant la compatibilité du mécanisme de règlement des différends entre Etats et investisseurs contenu dans

1 Caroline BOITEUX-PICHERAL, Professeur de droit public à l'Université de Montpellier, Christophe MAUBERNARD, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Montpellier et Claire VIAL, Professeur de droit public à l'Université de Montpellier – directeur de l'IDEDH.

2 « Entre promesses et réalisations:10 ans de droits fondamentaux dans l'UE », disponible sur le site de l'Agence : <http://fra.europa.eu/fr/publication/2017/entre-promesses-et-realizations-10-ans-de-droits-fondamentaux-dans-lue>

3 CJUE, ass. pl., 16 mai 2017, Avis 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.

4 CJUE, gde ch., 26 juillet 2017, Avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592.

l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses Etats membres (accord dit « CETA ») au regard des traités « en ce compris les droits fondamentaux ».

Il ressort des avis 1/15 et 2/15 et de cette nouvelle demande que la Cour de justice est désormais amenée à s'interroger sur la compatibilité des accords internationaux conclus par l'Union avec les droits fondamentaux et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte ») en particulier. Si la problématique n'est pas entièrement nouvelle⁵, sa systématisation résulte de plusieurs facteurs dont il faut bien mesurer la portée. En premier lieu, les institutions étant tenues de respecter en toutes circonstances les dispositions de la Charte lorsqu'elles agissent, il n'existe pas au sens de ce texte de distinction entre la réalisation des objectifs au plan interne et l'action extérieure de l'organisation, malgré l'absence regrettable de référence explicite à ce texte dans l'article 21 TUE qui consacre les principes fondamentaux de l'action extérieure de l'Union. Les accords internationaux conclus par l'Union comportent en outre des références de plus en plus substantielles à la nécessaire protection des droits fondamentaux lors des échanges bilatéraux. Dès lors, il n'est pas surprenant de voir la Cour saisie de telles demandes d'avis. En second lieu, les avis rendus par la Cour de justice lèvent en partie le voile sur l'interrogation récurrente relative à la différence (de nature) qui existerait entre promotion des droits de l'homme au plan international et protection des droits fondamentaux par et au sein de l'Union⁶. Si la seconde fait l'objet depuis plusieurs décennies maintenant d'un contrôle effectif de la part du juge de Luxembourg et d'une codification dans le droit primaire, la première semblait relever d'une ambition plus souple ayant vocation à se couler dans les exigences des orientations stratégiques poursuivies par l'Union, avec par conséquent des variations notables selon que les droits de l'homme sont au cœur de l'action elle-même (par exemple au sein du Conseil des droits de l'homme de l'ONU ou de la coopération au développement) ou, au contraire, ne représentent que l'une des alternatives de l'action extérieure envisagée (notamment au cours de la mise en œuvre de la politique commerciale commune). Les avis démontrent de manière implicite qu'il n'existe pas de *hiatus* entre promotion et protection, car l'action extérieure de l'Union prend la forme, le plus souvent, d'accords internationaux, dont la conformité aux droits fondamentaux ne peut qu'être exigée, au même titre que pour les autres sources secondaires du droit de l'Union. En dernier lieu, cette jurisprudence laisse toutefois ouverte la question de la responsabilité internationale de l'Union du fait de ces exigences renforcées au titre de la protection des droits fondamentaux. En effet, si du point de vue européen le respect des droits fondamentaux, y compris dans les accords internationaux conclus par l'Union, s'inscrit parmi les devoirs constitutionnels de l'organisation, l'interprétation des dispositions de ces accords par la Cour à la lumière de ces droits peut aboutir à les modifier en profondeur ou, à tout le moins, à constituer de véritables réserves d'interprétation. Dès lors, l'avis peut obliger l'Union et ses Etats membres à renégocier le traité envisagé voire à renoncer à certaines ambitions. C'est l'une des raisons qui pourrait expliquer que si promotion et protection des droits de l'homme ne peuvent être distinguées par nature, l'intensité du contrôle au titre des droits fondamentaux pourrait malgré tout varier pour tenir compte de la marge d'appréciation politique étendue des institutions et des Etats dans le cadre de l'action extérieure⁷.

L'avis 2/15, rendu en assemblée plénière, seules la Suède, l'Estonie et la Croatie s'abstenant de présenter des observations est, à bien des égards, un « grand » avis. Il concerne un accord stratégique de 17 chapitres avec Singapour qui a nécessité 6 ans de négociations. Si l'avis porte à titre principal sur la nature de la compétence exercée par l'Union - exclusive ou partagée - il n'en demeure pas moins que plusieurs dispositions de l'accord étaient susceptibles de soulever des questions relatives à la protection des droits fondamentaux. Il en va ainsi du respect de la compétence exclusive des Etats membres en matière de régimes juridiques de la propriété qui n'exclut pas que ces régimes respectent les droits fondamentaux et le principe de non-discrimination en particulier (à propos des expropriations, point 107), de l'engagement des parties à respecter les droits fondamentaux « au travail » (expression maladroite), tels que ceux contenus dans les instrument de l'Organisation internationale du travail (point 149), ou encore au titre de la transparence (principe de bonne administration et recours juridictionnel effectif, point 284). Il faut relever que cet accord avec Singapour n'a pas fait l'objet, comme l'accord négocié un peu avant avec le Vietnam mais non encore entré en vigueur, d'un dialogue bilatéral sur le développement durable et les droits de l'homme et d'un rapport substantiel de la Commission à cet égard⁸. Néanmoins, en tant qu'il constitue un modèle pour les nouveaux partenariats qu'entend conclure l'Union avec des Etats tiers voire d'autres communautés d'Etats comme l'ANASE ou le Mercosur, la portée de cet avis est immense. Tout d'abord, il clarifie très nettement la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres à propos de certaines matières sensibles, alors que la politique institutionnelle de la Commission était pour le moins ambiguë⁹. Ainsi la conclusion d'un accord de commerce pourra ne pas relever entièrement de la compétence exclusive de l'Union, même si la Cour retient en l'espèce une interprétation plus large que son avocat général de

5 Trib. UE, 10 décembre 2015, *Front Polisario*, aff. T-512/12, ECLI:EU:T:2015:953. Ch. MAUBERNARD, cette Chronique, *ADUE*, 2016, pp. 534-535. Voy. également R. TINIERE, « L'influence croissante de la Charte des droits fondamentaux sur la politique extérieure de l'Union européenne », *RDLF*, 2018, chr. 02.

6 Ch. MAUBERNARD, « Prendre la promotion externe des droits de l'homme par l'Union européenne 'au sérieux' », in R. TINIERE et C. VIAL, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 275-312.

7 L. BEKE, D. D'HOLLANDER, N. HACHEZ, B. PEREZ DE LAS HERAS, *Report on the integration of human rights in EU development and trade policies*, FRAME Project, Work Package n° 9, 2014, disponible à l'adresse suivante: <http://www.fp7-frame.eu>.

8 Commission Staff Working Document, *Human Rights and Sustainable Development in the EU-Vietnam Relations with specific regard to the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, SWD(2016)21 final du 26 janvier 2016.

9 D. SIMON, « Relations UE/Canada : zones de turbulence ? », *Europe*, novembre 2016, n° 11, repère 10. L'avocat général Sharpston a souligné le contentieux existant entre la Commission et le COREPER à propos de la manière dont la Commission a négocié l'accord, qui pose la question de la coopération loyale de cette dernière à l'égard des directives de négociations du Conseil, conclusions présentées le 21 décembre 2016, point 83. Voir aussi B. REMY, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI*, janvier 2018, chron. 2.

l'exclusivité. Ensuite, cet avis invite à reconsidérer la nature de la politique commerciale, qui n'est plus conçue aujourd'hui comme relevant du seul accès au marché du partenaire, mais comprend une dimension « durable » dans le sens où ces accords prennent en considération l'ensemble des opérateurs (y compris donc les personnes physiques) mais aussi les autres finalités qui peuvent entrer en contact –sinon en conflit - avec la politique commerciale comme l'environnement, les transports voire les droits de l'homme. Enfin, l'avis permet d'éclairer les enjeux des négociations actuelles mais aussi la stratégie suivie par l'Union, et à ce titre renforce la transparence de l'action extérieure de l'organisation.

L'avis 1/15, quant à lui, soulevait des questions relatives à la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un nouvel accord PNR conclu par l'Union avec le Canada. La Cour de justice étant particulièrement sensible depuis plusieurs années maintenant au droit à la protection effective des données à caractère personnel et ayant développé un véritable régime jurisprudentiel en la matière, elle ne pouvait que prendre au sérieux cette question à la suite de la négociation d'un tel accord. Celui-ci comporte en effet plusieurs dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux, condition du transfert de données de l'Europe vers le Canada. Les institutions de l'Union sont tenues non seulement de ne pas porter atteinte à la protection des données personnelles au titre des articles 7 et surtout 8 de la Charte, mais en outre de contribuer positivement à sa protection dans le cadre de l'action législative (article 16, § 2, TFUE). Suivant en cela les conclusions de l'avocat général Mengozzi, la Cour décidera de conditionner la validité de l'accord au respect de certaines interprétations strictes du droit à la protection des données personnelles. Le Parlement européen, à l'origine de la demande, avait émis des doutes quant à la validité de l'accord au regard des dispositions de la Charte, à la lumière, d'une part, de l'avis réservé voire négatif adopté par le contrôleur européen de la protection des données et, d'autre part, de la jurisprudence *Digital Rights Ireland*¹⁰ (point 35). La Cour de justice relève que l'accord « possède donc une double composante, l'une concernant la nécessité d'assurer la sécurité publique et l'autre concernant la protection des données PNR » (point 90). Au nom du principe d'équivalence rappelé avec force dans l'affaire *Schrems*¹¹, elle indique que le transfert ne peut avoir lieu que vers un Etat assurant un niveau « substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union » (point 93). Relevant l'ingérence particulièrement grave que représente le transfert « systématique » de données vers un Etat tiers mais aussi le transfert de données « sensibles » tant dans le droit au respect de la vie privée (point 125) que dans le droit à la protection des données à caractère personnel (point 126), la Cour conclut à l'incompatibilité du transfert de données sensibles (points 164 à 167) et précise sous quelles conditions les dispositions de l'accord seront valides au regard des traités et de la Charte. Cette jurisprudence est donc bienvenue au vu des risques de plus en plus grands de déséquilibre entre les impératifs de sécurité et la protection des droits fondamentaux et afin de renforcer la sécurité juridique des relations internationales puisque l'Union sera amenée à conclure à nouveau de tels accords avec des Etats tiers. Si la lutte contre le terrorisme constitue bien l'objectif principal de l'accord, la Cour de justice considère que cet objectif est légitime aussi longtemps que sa mise en œuvre obéit aux droits fondamentaux.

L'on mentionnera, enfin, que la Cour de justice dans un avis 3/15¹² a reconnu à l'Union une compétence exclusive pour conclure le traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées qui constitue une mise en œuvre particulière de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, première convention relative aux droits de l'homme à laquelle est partie l'Union¹³.

B- Politique étrangère et de sécurité commune et droits fondamentaux – Par-delà les traités, la logique préjudicielle de la Cour de justice

L'arrêt *Rosneft* constitue lui aussi un arrêt majeur rendu par la Cour de justice, au regard principalement de l'interprétation qu'elle retient en l'espèce de sa compétence en matière de renvoi préjudiciel¹⁴. L'entreprise Rosneft a fait l'objet, comme d'autres personnes physiques et morales, de mesures restrictives de la part de l'Union à la suite de l'intervention militaire russe en Ukraine. Devant le juge britannique compétent, l'oligopole gazier contestait non seulement la validité des actes nationaux de mise en œuvre des mesures restrictives, mais aussi ces dernières. Invoquant la jurisprudence *Foto-Frost*, le juge national se déclara incompétent pour contrôler la validité des actes de l'Union et renvoya une question préjudicielle en appréciation de validité relative aux mesures adoptées dans le cadre de la PESC. Néanmoins, en vertu de l'article 24 TUE, la Cour n'est en principe compétente que pour contrôler la légalité des mesures restrictives adoptées sur le fondement de l'article 275, second alinéa, TFUE¹⁵. La Cour de justice va estimer, toutefois, que si « l'article 47 de la Charte ne peut créer une compétence pour la Cour, lorsque les traités l'excluent, le principe de protection juridictionnelle effective implique toutefois que l'exclusion de la compétence de la Cour en

10 CJUE, gde ch., 8 avril 2014, aff. jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

11 CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

12 CJUE, gde ch., 14 février 2017, ECLI:EU:C:2017:114. G. BUTLER, « The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy », *European Constitutional Law Review*, Dec. 2017, vol. 13, pp. 673-703.

13 Décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, *JOUE*, n° L23 p. 35 du 27 janvier 2010.

14 CJUE, gde ch., 28 mars 2017, ECLI:EU:C:2017:236. L. COUTRON, « Consécration de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le contentieux des mesures restrictives », *RTDE*, 2017, p. 418.

15 I. BOSSE-PLATIERE, « Après l'arrêt *Elitaliana* et avant l'arrêt *Rosneft* la Cour restreint les limites de son incompétence en matière de PESC », *RTDE*, 2017, p. 123.

matière de PESC soit interprétée de manière restrictive » (point 74), et que « [d]ans ces conditions, pour autant que la Cour dispose, en vertu de l'article 24, paragraphe 1, TUE et de l'article 275, second alinéa, TFUE, d'une compétence matérielle pour statuer sur la validité d'actes de l'Union, à savoir, notamment, lorsqu'il s'agit de mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, il irait à l'encontre de l'économie du système de protection juridictionnelle effective institué par les traités d'interpréter cette dernière disposition comme excluant la possibilité pour les juridictions des États membres d'interroger la Cour sur la validité des décisions du Conseil prévoyant l'adoption de telles mesures. » (point 76). La Cour nuancera cette solution qui constitue, au mieux, une interprétation finaliste extrêmement extensive des traités, en indiquant qu'elle ne se reconnaîtra compétente que « pour autant que la demande de décision préjudicielle porte soit sur le contrôle du respect de l'article 40 TUE (...), soit sur le contrôle de la légalité des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales. » (point 81). Si l'on peut considérer par conséquent que cette jurisprudence s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Kadi I*, la portée de l'arrêt *Rosneft* est potentiellement bien plus étendue dans la mesure où le mécanisme du renvoi préjudiciel constitue la « pierre angulaire » de la collaboration judiciaire mais aussi de l'articulation des systèmes normatifs.

Il faut signaler, enfin, l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire *Kiselev*¹⁶. Le requérant, directeur de la principale agence de presse de la Fédération de Russie et nommé personnellement par le président Vladimir Poutine, estimait que les mesures restrictives prises à son encontre à la suite de l'intervention russe en Ukraine, portait atteinte à sa liberté d'expression dont la protection est renforcée dans le contexte politique et à l'égard des journalistes. Cependant, de manière originale, le requérant invoquait l'exercice de cette liberté au profit d'une propagande d'Etat visant à légitimer l'intervention des forces russes en Ukraine. Le Tribunal a considéré que la propagande d'Etat ne peut être en soi protégée au titre de la liberté d'expression dès lors que les « principes » dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme sont inapplicables puisqu'ils ont pour objet, à l'opposé de l'affaire soumise au Tribunal, de protéger la liberté des personnes *contre* l'Etat et non à son profit.

A la lumière de ces jurisprudences, la politique étrangère et de sécurité commune apparaît de moins en moins comme une politique dérogatoire échappant en grande partie au droit commun. Outre que les principes fondamentaux de l'action extérieure de l'Union consacrés à l'article 21 TUE s'appliquent également à la PESC et à la politique de sécurité et de défense commune, les actes adoptés dans le cadre de la PESC sont pour l'essentiel des mesures restrictives. Les autres catégories d'actes ne peuvent avoir de portée législative au sens de l'article 24 TUE et/ou sont des décisions qui visent à définir les actions ou les missions à mener par l'Union et leurs modalités (art. 25 TUE). Le contrôle de légalité qu'exerce désormais en la matière, à l'aune de l'article 40 TUE (acquis du traité sur le fonctionnement de l'Union) et des droits fondamentaux, constitue sans conteste une étape essentielle dans l'effectivité de la protection des droits. En effet, l'action diplomatique et militaire de l'Etat est traditionnellement soustraite au contrôle du juge voire du Parlement. La Cour de justice défend au contraire la « valeur de l'Etat de droit » (*Rosneft*, point 72) qui s'oppose à toute forme d'immunité juridictionnelle, y compris dans des domaines relevant d'appréciations politiques complexes et souveraines de la part des Etats et des institutions.

C- L'Union européenne et la paix et la sécurité internationales – entre ambition et attentisme

Le 7 juin 2017 les Etats membres, le Conseil, le Parlement européen et la Commission européenne ont adopté un nouveau texte sur le « consensus européen pour le développement »¹⁷. Ce document politique important qui trace les grands principes de l'action de l'Union dans le domaine du développement, rappelle que « [g]ood governance, democracy and the rule of law are vital for sustainable development. The rule of law is a prerequisite for the protection of all fundamental rights »¹⁸. La politique de coopération au développement joue un rôle très important dans la promotion des droits de l'homme¹⁹. En effet, l'Union et en particulier la Commission cherchent à renforcer la prise en compte effective des droits de l'homme à travers en particulier l'abandon progressif de la « conditionnalité politique » au profit du *Rights-based approach*. Le *Rights-based approach* consiste, schématiquement, à prendre en compte l'impact du projet sur les droits de l'homme à chaque étape de sa réalisation et non pas au terme de celle-ci²⁰. Cette approche implique donc de travailler en collaboration plus étroite avec la société civile (*grassroots*), ce qui a pour effet de contourner la logique parfois perçue comme « punitive » ou négative de la conditionnalité. Dans la mesure, en outre, où l'Union entretient des liens étroits et supporte l'organisation des Nations unies dans la plupart de ses actions, elle fait sienne l'idée que la protection des droits de l'homme et de la démocratie constitue l'une des conditions essentielles de la

16 Tribunal de l'UE, 15 juin 2017, aff. T-262/15. Voy. Ch. MAUBERNARD, « Propagande d'Etat et liberté d'expression », *RTDH*, 2018, n° 113, pp. 275-289.

17 Disponible en anglais à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/european-consensus-on-development-final-20170626_en.pdf.

18 *Ibid.* p. 32.

19 Voir par exemple la Décision du Conseil du 12 décembre 2017 autorisant l'ouverture de négociations relatives à un accord de partenariat entre l'UE et le groupe des Etats ACP, COM(2017) 763 final, pp. 6-7 : « Si la nature juridiquement contraignante du partenariat venait à être abandonnée, ces engagements [concernant les droits fondamentaux] seraient perdus, ce qui ne serait pas souhaitable dans un monde en mutation, où les puissances émergentes ne partagent pas nécessairement ces valeurs et ces principes. La proposition actuelle donne également la possibilité de mieux ancrer les droits fondamentaux et le dialogue politique dans les cadres et systèmes régionaux. »

20 D. D'HOLLANDER, A. MARX and J. WOUTERS, *Integrating Human Rights in Development Policy: Mapping Donor Strategies and Practices*, Leuven Centre for Global Governance, working paper n° 108 – June 2013, disponible à l'adresse : <http://www.fp7-frame.eu/wp-content/materiale/w-papers/WP108-Dhollander-Marx-Wouters.pdf>.

paix et de la sécurité internationales. Cette idée se retrouve dans les conclusions adoptées par le Conseil le 27 février 2017 sur les priorités de l'UE en 2017 dans les enceintes des Nations unies compétentes en matière de droits de l'homme²¹. Si l'on ne trouvera pas dans ces prises de position de perspectives véritablement novatrices, il faut rappeler l'importance que revêt pour certains territoires et populations l'action de l'Union, tant au plan matériel que politique.

D- Action extérieure de l'Union européenne et crises internes

Si l'Union européenne continue d'assurer la promotion internationale de droits qualifiés d'universels (article 21 TUE), il faut convenir que celle-ci est rendue bien difficile aujourd'hui, sous l'effet de phénomènes externes et internes à l'Union. Au plan externe, la contestation de l'universalité des droits de l'homme, le repli de certains Etats (y compris de grandes démocraties comme les Etats-Unis), les violations massives des droits de l'homme (Syrie, Birmanie, Centrafrique, etc.) mettent à mal le discours porté par l'Union. La grande discrétion pour ne pas dire l'effacement complet du Représentant spécial de l'Union pour les droits de l'homme en est sans doute l'un des signes les plus marquants²². Au plan interne, l'Union est confrontée à plusieurs crises²³, humanitaire (réfugiés et demandeurs d'asile) et démocratique (Pologne, Hongrie, République tchèque) voire à une crise identitaire (*Brexit*), qui ne peuvent qu'affaiblir son statut et sa légitimité politiques vis-à-vis de ses partenaires.

Ch. MAUBERNARD

II – Articulation entre les ordres juridiques. L'affaire «Taricco II»: du «même si» au «sauf si» permettant de concilier principe de primauté et protection des droits fondamentaux

Le dialogue des juges instauré par la procédure du renvoi préjudiciel est toujours éclairant, s'agissant des relations qu'ils entretiennent, lorsqu'il faut protéger les droits fondamentaux et que le ton monte à ce sujet :

« — Ai-je bien compris ? Avez-vous rendu un arrêt imposant aux juridictions italiennes de laisser inappliquée une réglementation italienne, *même si* une telle inapplication est contraire aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel de l'Italie ou aux droits inaliénables de la personne reconnus par la Constitution de l'Italie ? » Un peu plus d'un an après le prononcé de l'arrêt *Taricco* par la Cour de justice de l'Union européenne²⁴, la Cour constitutionnelle italienne se fait menaçante.

« — Ce n'est pas la question. L'arrêt rendu imposait et impose toujours aux juridictions nationales de laisser inappliquées des dispositions internes qui ne protègent pas les intérêts financiers de l'Union européenne, *à moins qu'une telle inapplication entraîne une violation du principe de légalité des délits et des peines.* » Dans son arrêt *M.A.S. et M.B.* du 5 décembre 2017²⁵, la Cour de justice joue la carte de l'apaisement.

L'affaire est étonnante. Née d'un arrêt rendu par la Cour en grande chambre mais dans une relative indifférence, elle a pris des proportions dont on ne sait si elles avaient été envisagées au moment où l'avocat général Juliane Kokott, présentant ses conclusions dans l'affaire *Taricco*, encourageait le juge de l'Union à répondre à une autre question que celles formulées par le juge ordinaire italien : « le droit de l'Union impose-t-il aux juridictions des États membres de laisser inappliquées certaines dispositions de leur droit national relatives à la prescription des infractions pour garantir une répression effective des délits fiscaux »²⁶ ? La Cour dit alors pour droit qu'« une réglementation nationale en matière de prescription des infractions pénales, telle que celle établie par l'article 160, dernier alinéa, du code pénal, tel que modifié par la loi n° 251, du 5 décembre 2005, lu en combinaison avec l'article 161 de ce code, qui prévoyait, à la date des faits au principal, que l'acte interruptif intervenant dans le cadre de poursuites pénales portant sur des fraudes graves en matière de taxe sur la valeur ajoutée a pour effet de prolonger le délai de prescription de seulement un quart de sa durée initiale, est susceptible de porter atteinte aux obligations mises à la charge des États membres par l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, dans l'hypothèse où cette réglementation nationale empêcherait l'infliction de sanctions effectives et dissuasives dans un nombre considérable des cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de

21 Conseil de l'UE, document n° 5689/17.

22 Le Représentant spécial de l'Union européenne pour les droits de l'homme ne dispose d'aucune page dédiée sur le site officiel de l'Union européenne, quelques rares points presse mentionnent qu'en 2017 il a visité le Ghana, le Nigéria et le Burkina Faso. Son action semble très secondaire par rapport à celle du Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité voire même du COHOM au sein du Conseil.

23 A. SICILIANOS, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », conférence donnée à la Cour européenne des droits de l'homme le 16 octobre 2015, Strasbourg, disponible à l'adresse suivante : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_Judge_Sicilianos_Lecture_ESIL_20151016_FRA.pdf.

24 CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 ; Obs. A. MAFFEO, « Le système italien de la prescription des poursuites pénales entre Charybde et Scylla », *RAE*, 2015, n° 3, p. 589.

25 CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 ; Obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2017. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2018, p. 123 ; D. SIMON, « Primauté du droit de l'Union versus principe de légalité des délits et des peines dans le contexte du régime de la prescription en matière pénale : un nouveau cercle de craie caucasien ? », *Europe*, 2018, n° 2, comm. 48.

26 Conclusions présentées le 30 avril 2015, ECLI:EU:C:2015:293, point 1.

L'Union européenne, ou prévoirait des délais de prescription plus longs pour les cas de fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'État membre concerné que pour ceux portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier. Il incombe à la juridiction nationale de donner plein effet à l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE, en laissant au besoin, inappliquées les dispositions de droit national qui auraient pour effet d'empêcher l'État membre concerné de respecter les obligations mises à sa charge par l'article 325, paragraphes 1 et 2, TFUE ».

La solution n'appelait alors que peu de commentaires, la Cour ayant déjà mis en lumière, dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*, l'obligation pour les États de lutter contre la fraude en matière de TVA, en ce qu'elle porte atteinte aux intérêts financiers de l'Union, par l'instauration de mesures dissuasives et effectives, telles que des sanctions fiscales et des poursuites pénales²⁷. Une fois l'obligation posée, il était évident que la Cour demanderait aux juridictions nationales, ici le juge italien, de garantir le respect du principe de la primauté du droit de l'Union et de laisser inappliquée une réglementation nationale qui lui serait contraire. On relèvera par ailleurs que tout l'intérêt de l'arrêt *Åkerberg Fransson* ayant été, grâce à une interprétation compréhensive de la Cour en l'espèce, de faire tomber dans le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux les sanctions et poursuites, sur le plan national, en matière de fraude à la TVA, il était logique que la question de la protection des droits fondamentaux soit aussi prise en considération dans l'arrêt *Taricco*. À cet égard, la Cour a indiqué que « si la juridiction nationale devait décider de laisser inappliquées les dispositions nationales en cause, elle devra également veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes concernées soient respectés. En effet, ces dernières pourraient ainsi se voir infliger des sanctions auxquelles, selon toute probabilité, elles auraient échappé si ces dispositions de droit national avaient été appliquées »²⁸. L'article 49 de la Charte obligeant au respect du principe de légalité des délits et des peines dans le champ du droit de l'Union, la Cour examine si l'inapplication du droit italien emporterait violation de cette disposition en l'espèce. Son analyse de la situation, dont la conclusion est « corroborée » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)²⁹, est la suivante : « l'inapplication des dispositions nationales en cause aurait uniquement pour effet de ne pas écarter le délai de prescription général dans le cadre d'une procédure pénale pendante, de permettre une poursuite effective des crimes incriminés ainsi que d'assurer, le cas échéant, l'égalité de traitement entre les sanctions visant à protéger respectivement les intérêts financiers de l'Union et ceux de la République italienne. Une telle inapplication du droit national ne violerait pas les droits des accusés, tels que garantis par l'article 49 de la Charte. En effet, il n'en résulterait aucunement une condamnation des accusés pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction réprimée pénalement par le droit national [...], ni l'application d'une sanction qui, à ce même moment, n'était pas prévue par ce droit. Au contraire, les faits reprochés aux accusés dans l'affaire au principal étaient, à la date de leur commission, constitutifs de la même infraction et étaient passibles des mêmes sanctions pénales que celles prévues actuellement »³⁰.

La Cour de justice savait-elle que son arrêt présentait un risque, celui de la disparité des décisions rendues ultérieurement par les juridictions sur le territoire italien ? C'est difficile à dire. En tout état de cause, l'arrêt *Taricco* ayant été prononcé à la suite d'un renvoi préjudiciel, la Cour avait pris le soin de préserver le pouvoir d'appréciation du juge national, au moins en apparence. Pour claires qu'aient été les intentions de la Cour, préserver les intérêts financiers de l'Union, les juridictions italiennes pouvaient passer outre, en s'appuyant notamment sur le principe de légalité des délits et des peines, et certaines l'ont fait³¹.

Le juge de l'Union se doutait-il par ailleurs que sa position heurterait le juge constitutionnel italien au point que ce dernier irait jusqu'à le saisir ? Cela est fort possible³². Et les conclusions présentées par l'avocat général Yves Bot, dans l'affaire *M.A.S. et M.B.*, affaire dite « *Taricco II* », laissaient augurer d'une crispation des relations entre les deux juges, voire d'une crispation des relations entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles des États membres. La Cour constitutionnelle italienne ayant demandé à la Cour de justice d'interpréter l'article 325, paragraphes 1 et 2, du TFUE, tel qu'interprété par l'arrêt *Taricco*, l'Avocat général présentait les enjeux de l'affaire de telle façon que l'attitude du juge constitutionnel soit bien comprise par le juge de l'Union. Il mettait ainsi en lumière le fait que les éléments apportés par la Cour constitutionnelle conduisaient à venir sur un terrain glissant pour la Cour de justice, celui de l'affectation de l'identité constitutionnelle de la République italienne, de l'entrave à la garantie d'un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé par la Constitution italienne et de l'enclenchement de la procédure dite des contre-limites dans le cas où le juge de l'Union maintiendrait son interprétation de l'article 325 du TFUE dans des termes identiques à ceux employés dans l'arrêt *Taricco*. Malgré le danger, l'Avocat général se montrait ferme, expliquant d'emblée qu'« il [n'était] pas question de remettre en cause le principe même dégagé par la Cour dans cet arrêt »³³. Primauté, mais plus largement spécificité et autonomie du droit de l'Union, voilà ce qui devait guider la Cour de justice, selon l'Avocat général, dans sa réponse à la Cour constitutionnelle italienne.

27 CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

28 Arrêt *Taricco*, précité, point 53.

29 *Ibid.*, point 57.

30 *Ibid.*, points 55 et 56.

31 À ce sujet, L. D'AMBROSIO et D. VOZZA, « Règles de prescription en matière pénale et protection des intérêts financiers de l'Union : le chemin étroit du juge italien suite à l'arrêt *Taricco* de la CJUE », *RTDE*, 2016, n° 1, p. 162.

32 En ce sens, N. PERLO, « L'affaire *Taricco* : la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l'Union européenne », *RTDE*, 2017, n° 4, p. 739.

33 Conclusions présentées le 18 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:564, point 11.

Et c'est l'esprit dans lequel semble effectivement raisonner la Cour, réunie en grande chambre, lorsqu'elle qu'elle éprouve le besoin, dans l'arrêt *M.A.S. et M.B.*, de débiter par des considérations liminaires citant l'avis 2/13³⁴ pour souligner que « la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE instaure un dialogue de juge à juge entre la Cour et les juridictions des États membres ayant pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, ainsi que sa cohérence, son plein effet et son autonomie »³⁵. Nous pensons qu'il ne s'agit pas seulement de rappeler alors à la Cour constitutionnelle les conditions particulières dans lesquelles a été rendu l'arrêt *Taricco*. Certes, il peut être utile de mettre en lumière le fait que l'arrêt *Taricco* répondait à une autre question que celles posées par le juge de renvoi et que la Cour de justice ne disposait pas, à l'époque, des éléments que le juge constitutionnel lui apporte maintenant : l'interprétation de l'article 325, paragraphes 1 et 2, du TFUE opérée par l'arrêt *Taricco* doit bien évidemment être précisée. Mais il nous semble qu'il y a plus, qu'il s'agit aussi de rappeler au juge constitutionnel italien qu'il participe, comme tout juge de droit commun du droit de l'Union, comme la Cour de justice elle-même, à un système dans lequel l'intégrité du droit de l'Union, voire l'intégrité de l'Union, doivent être préservées.

La Cour constitutionnelle doit ainsi entendre que « les États membres méconnaissent les obligations qui leur sont imposées par l'article 325, paragraphe 1, TFUE lorsque les sanctions pénales adoptées afin de réprimer les fraudes graves à la TVA ne permettent pas d'assurer de manière efficace la perception de l'intégralité de la taxe » et qu'ils doivent « veiller à ce que les règles de prescription prévues par le droit national permettent une répression effective des infractions liées à de telles fraudes »³⁶. Elle doit alors convenir que le principe posé par l'arrêt *Taricco* doit être maintenu, même si la Cour de justice, après avoir appelé l'obligation pesant sur les juridictions nationales d'assurer la primauté du droit de l'Union, précise que c'est « au premier chef, au législateur national de prévoir des règles de prescription permettant de satisfaire aux obligations découlant de l'article 325 TFUE, à la lumière des considérations exposées par la Cour [dans] l'arrêt *Taricco* »³⁷.

Cela étant, le juge de l'Union se montre disposé à composer, observant que « le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union par l'édition de sanctions pénales relève d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres »³⁸ et qu'à l'époque des faits, l'Union n'avait pas encore agi en adoptant une mesure d'harmonisation, même partielle comme celle réalisée depuis par la directive (UE) 2017/1371³⁹. En l'absence de préemption de la part de l'Union, l'État italien était libre « de prévoir que, dans son ordre juridique, [le régime de prescription] relève, à l'instar des règles relatives à la définition des infractions et à la détermination des peines, du droit pénal matériel et est, à ce titre, soumis, comme ces dernières règles, au principe de légalité des délits et des peines »⁴⁰. S'agissant du respect de ce principe, la Cour admet qu'« il est loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux »⁴¹. Cependant, « cette application [ne doit pas compromettre] le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union »⁴². L'arrêt *Melloni*⁴³ est ainsi cité sans l'être, la Cour préférant s'appuyer sur l'arrêt *Åkerberg Fransson* rendu le même jour ainsi que la « jurisprudence citée » dans cet arrêt, à savoir le seul arrêt *Melloni*⁴⁴ – ça tombe bien.

La principale difficulté tenant à l'articulation des normes de protection des droits fondamentaux étant levée, la Cour n'a plus qu'à examiner la question du respect du principe de légalité des délits et des peines en l'espèce, principe dont elle rappelle « l'importance, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux »⁴⁵. La source mobilisée est le seul article 49 de la Charte des droits fondamentaux, quand bien même le juge de l'Union se réfère aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux traités internationaux, en particulier la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). À notre avis, la référence à des sources externes au système de l'Union ne permet pas d'affirmer que la Cour raisonnerait en dehors de ce système. La prise en considération des traditions constitutionnelles communes se justifie par le fait que ces dernières ont été utilisées en tant que sources d'inspiration pour l'établissement des principes généraux du droit permettant de protéger les droits fondamentaux dans l'Union avant que la Charte n'acquière une valeur contraignante⁴⁶. La Cour aurait d'ailleurs également pu citer, sans prendre trop de risques vu les explications relatives à cette disposition, l'article 52, paragraphe 4, de la Charte qui dispose que « dans la mesure où [cette dernière] reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions »⁴⁷. Quant à la prise en considération de la jurisprudence de la Cour EDH rendue sous l'article 7 de la CEDH, elle se justifie par le mécanisme des droits correspondants institué à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte. Dans les deux cas, le procédé est adroit : seule la Charte s'applique, mais en harmonie avec les traditions constitutionnelles et la

34 CJUE, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, point 176.

35 Arrêt *M.A.S. et M.B.*, précité, point 22, nous soulignons.

36 *Ibid.*, point 36.

37 *Ibid.*, point 41.

38 *Ibid.*, point 43.

39 Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2017, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, *JOUE* n° L 198 du 28 juillet 2017, p. 29.

40 Arrêt *M.A.S. et M.B.*, précité, point 45.

41 *Ibid.*, point 47.

42 *Ibid.*, point 47.

43 CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

44 Arrêt *Åkerberg Fransson*, précité, point 29, renvoyant à l'arrêt *Melloni*, précité, point 60.

45 Arrêt *M.A.S. et M.B.*, précité, point 51.

46 V. ainsi CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, point 4.

47 Nous soulignons.

CEDH ; le standard de protection retenu est celui de la Charte, dès lors qu'il est établi sans méconnaître gravement celui des systèmes nationaux et celui de la CEDH. Ce qui explique qu'après avoir rappelé toutes les exigences s'attachant au principe de légalité des délits et des peines dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice puisse simplement adapter la réponse qu'elle avait donnée dans l'arrêt *Taricco* à la spécificité de « l'ordre juridique italien », spécificité tenant au fait que « les exigences de prévisibilité, de précision et de non-rétroactivité inhérentes au principe de légalité des délits et des peines s'appliquent [...] également au régime de prescription relatif aux infractions pénales en matière de TVA »⁴⁸.

Sa réponse, circonstanciée, est la suivante : « d'une part, [il] incombe au juge national de vérifier si le constat requis par le point 58 de l'arrêt *Taricco*, selon lequel les dispositions du code pénal en cause empêchent l'infliction de sanctions pénales effectives et dissuasives dans un nombre considérable de cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, conduit à une situation d'incertitude dans l'ordre juridique italien, quant à la détermination du régime de prescription applicable, qui méconnaîtrait le principe de précision de la loi applicable. Si tel est effectivement le cas, le juge national n'est pas tenu de laisser inappliquées les dispositions du code pénal en cause. D'autre part, les exigences [de prévisibilité, de précision et de non-rétroactivité] font obstacle à ce que, dans des procédures concernant des personnes accusées d'avoir commis des infractions en matière de TVA avant le prononcé de l'arrêt *Taricco*, le juge national laisse inappliquées les dispositions du code pénal en cause. En effet, [...] ces personnes pourraient, en raison de la non application de ces dispositions, se voir infliger des sanctions auxquelles, selon toute probabilité, elles auraient échappé si lesdites dispositions avaient été appliquées. Ainsi, lesdites personnes pourraient être rétroactivement soumises à des conditions d'incrimination plus sévères que celles en vigueur au moment de la commission de l'infraction. Si le juge national était ainsi amené à considérer que l'obligation de laisser inappliquées les dispositions du code pénal en cause se heurte au principe de légalité des délits et des peines, il ne serait pas tenu de se conformer à cette obligation, et ce même si le respect de celle-ci permettrait de remédier à une situation nationale incompatible avec le droit de l'Union [...]. Il incombe alors au législateur national de prendre les mesures nécessaires [...] »⁴⁹.

C'est la bonne solution parce que c'est le bon compromis. La Cour de justice a su piocher dans les conclusions de son avocat général ce qui lui permettrait de préserver le principe de la primauté du droit de l'Union, tout en assurant la protection des droits fondamentaux. Refusant de venir sur le terrain préparé par la Cour constitutionnelle italienne de telle façon qu'elle s'y enlise, elle a su justifier ce que l'on peut considérer, il est vrai, comme une brèche dans le respect du principe de primauté. Nous pensons que l'intangibilité du principe de légalité des délits et des peines, à laquelle la Cour aurait d'ailleurs pu faire référence, oblige à ce que le principe de primauté cède. Du moins à ce qu'il cède dans les circonstances de l'espèce, qui ne sont pas seulement celles dans lesquelles un juge constitutionnel menace de faire primer sa constitution sur le droit de l'Union, mais qui sont aussi celles où, si le juge national n'est pas en mesure d'assurer la primauté du droit de l'Union, le législateur national, qui est à l'origine de l'incompatibilité du droit interne avec le droit de l'Union, peut et doit le faire. La hiérarchie des normes n'a pas ici été remise en question. On pourra toujours se plaindre du fait que l'article 53 de la Charte semble privé de portée. On pourra toujours se réjouir du fait que la conciliation des normes de protection des droits fondamentaux se fait sur un plan horizontal plutôt que sur un plan vertical. Et puis on attendra les suites qui dépendront largement de la manière dont le législateur italien transposera la directive (UE) 2017/1371, puisque l'occasion lui sera ainsi très clairement offerte de revenir sur la législation de 2005. Les réponses données par la Cour dans les affaires *Taricco* n'intéressent pas seulement les juges : dans le cas où la protection des intérêts financiers de l'Union continuerait d'être insuffisamment assurée sur le territoire italien, les propos de la Cour pourraient également intéresser la Commission.

CLAIRE VIAL

III- Les dissymétries de la gestion européenne des flux migratoires

La gestion d'un espace commun, qui tend à se refragmenter⁵⁰ sous le double effet de la pression migratoire d'une part et des menaces sécuritaires d'autre part, pourrait susciter bien des images désabusées : « double inconstance » de certains États membres⁵¹, au regard tant du principe de solidarité que du respect du droit d'asile ; « nœud gordien » formé par la redoutable intrication de la sécurisation de l'Espace Schengen et de la réforme du régime d'asile européen commun (RAEC), sur fond de lutte contre l'immigration irrégulière... Mais quelle que soit la métaphore utilisée, le sentiment s'installe que décidément, les droits de l'homme peinent à s'imposer quand la survie même de l'espace « sans frontières intérieures » est en jeu, comme si, dans la précarité de la situation actuelle, les valeurs communes, censées être au fondement de l'Union, devenaient une considération secondaire. Certes, la mise en œuvre de dispositifs aussi emblématiques que le « système Dublin » s'y voit mieux soumise (A). Cependant, l'empreinte des enjeux sécuritaires reste forte, sinon prépondérante (B).

48 Arrêt *M.A.S. et M.B.*, précité, point 58.

49 *Ibid.*, points 59 à 61.

50 Recommandation 2017/1804 de la Commission du 3 oct. 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ; proposition de modification du règlement (UE) 2016/399, portant Code communautaire des frontières, en ce qui concerne les règles applicables à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures, COM (2017) 571, 27 sept. 2017.

51 Voir les arguments développés par la Hongrie et la Slovaquie, soutenues par la Pologne, dans leur recours en annulation contre les décisions de relocalisation des demandeurs d'asile à partir de la Grèce et de l'Italie (CJUE, Gde ch., 6 sept. 2017, aff. C-643/15, ECLI:EU:C:2017:631).

A- L'impact élargi du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du « système Dublin »

Il est acquis depuis l'arrêt *Ghezelbash*⁵² qu'à la différence du précédent Règlement 343/2003 (dit Dublin II)⁵³, l'actuel Règlement 604/2013 (dit Dublin III)⁵⁴ « ne se limite pas à instituer des règles organisationnelles gouvernant uniquement les relations entre les États membres », mais vise à améliorer la protection des demandeurs d'asile. Or, l'enregistrement de cette évolution législative dans la jurisprudence européenne ne bénéficie pas seulement au droit à un recours effectif, à travers une extension soutenue des moyens invocables pour contester une décision de transfert vers l'État membre désigné comme responsable de l'examen d'une demande de protection internationale⁵⁵. Cette considération contribue également à la consécration prétorienne d'un nouveau motif d'opposition à la réalisation d'une telle opération.

En établissant *in fine* que, même en l'absence de raisons sérieuses de croire à l'existence de défaillances systémiques dans l'État membre de destination, l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union interdit de procéder au transfert d'un demandeur d'asile présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave si et tant qu'il risquerait d'entraîner une détérioration significative et irrémédiable de l'état de santé de l'intéressé, l'arrêt *C.K. et autres*⁵⁶ opère un recadrage salutaire à deux niveaux.

Au sein du droit de l'Union, en premier lieu, son mérite est d'acter la portée générale et absolue de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants et de battre donc en brèche toute velléité d'en circonscire les effets à la seule (et restrictive) hypothèse, consacrée par l'article 3§2 du règlement 604/2013, de dysfonctionnements structurels des procédures et des dispositifs de l'asile dans l'État membre normalement responsable. Outre que les ambiguïtés entretenues à cet égard par l'arrêt *Abdullahi*⁵⁷ se voient heureusement dissipées, c'est un signal fort au moment où, dans les laborieuses négociations de refonte, les débats entre les institutions tendent à se cristalliser sur les mécanismes de répartition des responsabilités entre les États membres et la pondération avec le principe de solidarité, sans guère faire de place aux droits humains⁵⁸. En engageant au contraire à prendre en considération les droits et la vulnérabilité particulière de certains demandeurs, bien au-delà de ce que prévoit le règlement actuel, la Cour de justice ne renforce pas seulement la cohérence de la législation en vigueur⁵⁹ : ses interprétations pourraient également inspirer les normes en préparation.

Dans les relations avec le droit de la CEDH, en second lieu, la clarification des « circonstances exceptionnelles », propres à empêcher un transfert, permet de réduire les germes de conflit, aussi bien avec des juridictions constitutionnelles soucieuses de respecter les engagements internationaux de leur État, qu'avec la Cour de Strasbourg elle-même. Implicites ou explicites, les références à la jurisprudence de cette dernière jalonnent en effet les analyses du juge de l'Union, dans un esprit de convergence revendiqué. S'il n'est pas cité, l'arrêt de Grande chambre *Paposhvili c. Belgique*⁶⁰ inspire une interprétation du droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants non seulement congruente (en tant qu'elle prend en compte le risque d'« une détérioration significative et irrémédiable de [l'] état de santé » de l'intéressé) mais aussi relativement constructive (en tant qu'elle s'affranchit en l'occurrence du critère de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, pour s'attacher aux seuls effets du transfert en tant que tel).

A partir de là, c'est ensuite un échantillon choisi de décisions d'irrecevabilité qui est expressément mobilisé⁶¹, pour mesurer la portée et la nature des obligations incombant aux autorités de l'État membre requérant la prise ou reprise en charge du demandeur (pt. 76 à 89). Sur ce terrain, néanmoins, l'arrêt *C.K. et autres* témoigne corollairement d'un souci

52 CJUE, 7 juin 2016, *Ghezelbash*, aff. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409, pts 51-52.

53 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, *JOCE*, 2003, L 50, p. 1.

54 Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, *JOUE*, 2013, L 180, p. 31.

55 CJUE, Gde ch., 26 juil. 2017, *A.S.*, aff. C-490/16, ECLI:EU:C:2017:585, pt. 35 ; Gde ch., 26 juil. 2017, *Mengesteab*, aff. C- 670/16, ECLI:EU:C:2017:587, pt. 62 ; CJUE, Gde ch., 25 oct. 2017, *Shiri*, aff. C-201/16, ECLI:EU:C:2017:805, pt. 40.

56 CJUE, 16 fév. 2017, aff. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

57 CJUE, 10 déc. 2013, *Abdullahi*, aff. C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, pt 60.

58 En ce sens, le rapport Wickström du 6 novembre 2017 (A8-0345/2017), qui constitue une forme de contre-proposition du Parlement européen, fait certes davantage place au critère des liens réels dans la désignation de l'État membre responsable mais partage avec la proposition de la Commission (COM (2016)270 du 4 mai 2016) le souci de limiter les « mouvements secondaires » et les demandes abusives.

59 Au regard notamment des dispositions spécifiques qui sont consacrées aux personnes vulnérables au titre des conditions d'accueil (Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE*, 2013, L 180, p. 96, art. 21 et s.) ou des procédures d'asile (Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi ou le retrait de la protection internationale, *JOUE*, 2013, L 180, p. 60, art. 24).

60 Cour EDH, 13 déc. 2016, req. n° 41738/10, § 183

61 Cour EDH, déc., 7 oct. 2004, *Dragan e.a. c. Allemagne*, req. n° 33743/03, § 1 ; Cour EDH, déc., 4 juil. 2006, *Karim c. Suède*, req. n° 24171/05, § 2 ; Cour EDH, déc., 30 avr. 2013, *Kochieva e.a. c. Suède*, req. n° 75203/12, § 35.

récurrent de préserver l'économie générale du système Dublin, jusque dans sa soumission aux droits fondamentaux. Si le respect de l'article 4 de la Charte fonde un devoir protéiforme de précaution dans l'organisation du transfert ainsi que, le cas échéant, une obligation d'en reporter l'exécution, il ne l'exclut pas par principe, ni n'oblige l'Etat requérant à couper court à la procédure en usant de la « clause de souveraineté » (art. 17 § 1, règlement Dublin III) pour se saisir de la demande d'asile. Dans le droit fil de la jurisprudence *N.S.*⁶², la Cour lui conserve une nature purement discrétionnaire (pt. 88), l'état de santé du sujet ne provoquant donc en soi aucune redistribution des responsabilités entre Etats membres, sinon dans le cadre de l'article 29§2 du règlement 604/2013, s'il ne devait pas permettre de procéder au transfert avant l'échéance d'un délai impératif de six mois. C'est dire que loin d'y faire exception, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est ici coulée dans les mécanismes ordinaires du règlement Dublin III, sans égard pour les répercussions qu'une incertitude persistante pourrait avoir sur une personne souffrant de graves difficultés psychiatriques⁶³.

Bien plus, les précautions qui s'imposent ne s'entendent pas comme un désaveu de la confiance mutuelle, érigée en principe fondamental dans l'avis 2/13. Indépendantes de tout soupçon de défaillance de l'Etat de destination dans la garantie de soins essentiels mais destinées à assurer la prise en compte de circonstances exceptionnelles d'ordre personnel, elles tendraient au contraire – si l'on suit bien la conclusion de la Cour – à consolider la présomption selon laquelle chaque membre ou associé du système Dublin respecte dûment les droits fondamentaux⁶⁴ ! Ainsi que la jurisprudence *N.S.* avait pu le laisser pressentir⁶⁵, une source apparente de fragilisation recouvrerait donc un facteur de légitimation des logiques en place... *Quod erat demonstrandum* !

B- L'empreinte accentuée des enjeux sécuritaires dans la gestion de l'espace commun

Le double traumatisme de la crise migratoire et des attentats terroristes a fatalement ravivé, depuis 2015, le problème de la sécurité et de la gestion des flux dans un espace sans frontières intérieures. Les thèmes sont plus que jamais prégnants, que leur influence se dissimule dans le « bon fonctionnement du RAEC » en matière de rétention ou qu'elle se dévoile, plus largement, à travers une conception parfois minimaliste de ce qu'exige en contrepoint le respect des droits fondamentaux.

Mesure emblématique de police, la rétention ne cesse d'interroger lorsqu'elle s'applique à des personnes – les demandeurs d'asile – dont la situation irrégulière ne saurait être tenue pour acquise tant qu'ils ne sont pas déboutés. Statuant à nouveau sur la validité des dispositions de la directive Accueil⁶⁶ qui l'autorisent néanmoins pour six motifs différents, l'arrêt *K*⁶⁷ n'est pas de nature à dissuader les institutions d'en introduire encore un septième⁶⁸ et de renforcer la « *synergie* » (sic) entre les procédures de retour et d'asile⁶⁹. Car suivant le cadre de contrôle établi dans l'arrêt *J.N*⁷⁰ (principalement axé sur une confrontation avec les exigences de l'article 52 §1 de la Charte, relatif au régime des restrictions aux droits fondamentaux et plus accessoirement sur la règle des droits correspondants), la Cour de justice retient en l'occurrence une conception particulière du « *bon fonctionnement du régime d'asile européen commun* », érigé en objectif légitimant d'intérêt général, qui agrège des éléments de lutte contre l'immigration irrégulière⁷¹. Si conformément au principe de proportionnalité, la compatibilité des dispositions litigieuses avec le droit à la liberté n'est pour autant établie qu'à la lumière des nombreuses conditions et garanties instituées par le législateur (la rétention n'étant permise qu'à titre d'exception, dans des circonstances justifiées par le comportement individuel de l'intéressé et à défaut de mesures alternatives aussi efficaces), et si de ce point de vue, les analyses du juge n'appellent pas la critique, ce n'est pas moins entériner une logique visant en priorité à expurger le système de ceux qui, de l'avis des autorités, l'engorgeraient indûment. En outre, les limites de l'équivalence avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme s'illustrent alors crûment. En effet, au regard du droit à la liberté, la principale difficulté soulevée par les

62 CJUE, 21 déc. 2011, *N. S. e.a.*, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, point 96.

63 La règle du transfert automatique de responsabilité pour le traitement d'une demande d'asile en cas de non-respect du délai d'exécution du transfert semble une garantie d'autant plus fragile qu'il est proposé de la supprimer dans le futur règlement Dublin IV (voir COM (2016) 270, précité, nouvel article 30).

64 CJUE, 16 fév. 2017, *C.K. et autres*, préc., point 95.

65 C. PICHERAL, « Les Etats membres de l'Union, des Etats sûrs au regard de l'asile ? Regards croisés sur une présomption recadrée », *Mélanges Masclat*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, spéc. p. 886.

66 Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, préc., art. 8 § 3.

67 CJUE, 14 sept. 2017, aff. C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680.

68 COM (2016) 465, 13 juil. 2016, art. 8.

69 « Contribution de la Commission sur la voie à suivre concernant la dimension interne et externe de la politique migratoire », COM (2017)820, 7 déc. 2017, spéc. p. 4 ; également « Plan d'action renouvelé en matière de retour », COM (2017)200, 2 mars 2017 : « *il est essentiel que les procédures d'asile et de retour se complètent parfaitement* ».

70 CJUE, Gde ch., 15 fév. 2016, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, obs. C. VIAL, in F. PICOD (Dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2016 – Décisions et commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 45.

71 CJUE, 14 sept. 2017, *K*, préc., pts. 36 et 39.

dispositions litigieuses est de permettre une rétention pour établir ou vérifier l'identité du requérant (art. 8 § 3 sous a, Directive 2013/33) et déterminer les éléments sur lesquels la demande de protection internationale se fonde, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite (art. 8§3 sous b, Directive 2013/33). En l'absence de toute procédure d'éloignement en cours contre l'intéressé, la règle des droits correspondants suppose donc que la privation de liberté soit destinée à « empêcher un étranger de pénétrer irrégulièrement sur le territoire », au sens de l'article 5§1 sous f de la CEDH. Or, le rattachement manque de prime abord d'évidence, dès lors qu'en dehors des procédures à la frontière, la vérification de l'identité et des éléments qui fondent la demande de protection internationale s'articulent autour des besoins de la procédure d'asile bien plus que du contrôle des entrées (visé comme motif distinct à l'article 8 § 3 sous c de la norme européenne). Sans s'embarrasser de ces nuances, la Cour renvoie toutefois à la jurisprudence *Saadi c/ Royaume-Uni*⁷², selon laquelle une entrée est irrégulière tant qu'elle n'a pas été officiellement autorisée par l'Etat, pour en déduire que « l'article 5§1 sous f) ne s'opposerait donc pas à ce que des mesures nécessaires de rétention puissent être prononcées contre un ressortissant de pays tiers présentant une demande de protection internationale » – ce qui lui permet d'étayer l'absence affirmée de méconnaissance du niveau de protection offert par la CEDH mais postule une interprétation passablement élastique de ses termes, qui ne serait pas mieux venue si elle était due à la Cour de Strasbourg.

Non sans quelque volontarisme, l'arrêt *K* semble ainsi devoir définitivement asseoir la compatibilité du régime européen de rétention des demandeurs d'asile avec le droit à la liberté...

Sur d'autres aspects des politiques d'asile et de franchissement des frontières, les enjeux tenant au respect des droits fondamentaux semblent proprement négligés.

On regrettera à ce titre que, saisie de la question de savoir si un risque avéré de violation de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et / ou du droit d'asile impose aux Etats membres de délivrer un visa à validité territoriale limitée sur la base de l'article 25 du Code communautaire des visas⁷³, la Cour de justice ait cédé à la facilité de camper sur la répartition des compétences, pour couper sèchement court au débat, en posant qu'en l'état actuel du droit de l'Union, une demande de visa humanitaire introduite dans l'intention de solliciter une protection internationale dès l'arrivée dans l'Etat membre concerné « et, par suite, de séjourner dans ledit Etat membre plus de 90 jours sur une période de 180 jours » ne relève pas de l'application du Code (qui régit seulement des visas de transit et de court séjour)⁷⁴ – ce qui entraîne l'inapplicabilité *de jure* de la Charte des droits fondamentaux et dispense donc de statuer sur ses éventuelles exigences⁷⁵. A rebours des pistes suggérées par l'Avocat général P. Mengozzi, la réponse s'avère aussi stérile que la démonstration se veut imparable et en laissant en définitive liberté à chaque Etat de juger de ses obligations internationales, ne favorise ni l'édification d'une véritable politique commune, ni l'institution de voies légales et sûres d'accès à l'asile... Un juridisme similaire caractérise l'ordonnance du Tribunal de l'Union, qui soustrait la très controversée Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016⁷⁶ à tout contrôle de légalité en réfutant sa qualité d'acte du Conseil européen visant à conclure un accord avec le gouvernement turc et engageant l'Union⁷⁷. S'il n'est pas nouveau que le droit à un recours effectif soit privé d'une capacité réformatrice à l'égard des règles de recevabilité fixées par le TFUE, l'indifférence aux effets concrets de ce « non-accord » n'en fait pas moins le jeu du pragmatisme politique au détriment des valeurs de l'état de droit.

A cette aune, la multiplication des arrangements pratiques, afin de faciliter la réadmission de migrants en situation irrégulière et de renforcer l'efficacité de la politique européenne « de retour »⁷⁸, n'est d'ailleurs pas sans suggérer un double contournement. Car tout en compromettant leur justiciabilité, leur caractère non-contraignant suffit apparemment à justifier qu'aucune véritable évaluation ne soit menée par la Commission sur l'impact de leur mise en œuvre au regard des droits des intéressés. Toutefois, l'impasse est encore plus préoccupante lorsqu'elle se retrouve dans la législation en préparation, alors que l'institution s'est engagée dès 2005 à un contrôle « rigoureux » et « systématique » de la compatibilité de ses propositions avec la Charte⁷⁹. L'avis rendu, à la demande du Parlement européen, par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union sur le projet ETIAS⁸⁰ offre ainsi une conclusion édifiante à notre rapide survol. A travers la création d'un Système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages

72 Cour EDH, Gde ch., 29 janv. 2008, req. n° 13229/03, §§ 64-65.

73 Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, établissant un code communautaire des visas, modifié par le règlement (UE) n° 610/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013.

74 CJUE, Gde ch., 7 mars 2017, X et X c/ Belgique, aff. C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

75 *Ibid.*, point. 45.

76 Cette Chron., *ADUE*, 2016, spéc. p. 537, obs. Ch. MAUBERNARD.

77 Tribunal de l'Union, ord., 28 fév. 2017, *NF c/ Conseil européen*, aff. T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128, points 70-71.

78 « Rapport d'avancement sur l'agenda européen en matière de migration », COM (2017) 669, 15 nov. 2017, spéc. p. 15.

79 « Compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE des propositions législatives de la Commission – Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux », COM (2005)172, 27 avr. 2005.

80 « The impact on fundamental rights of the proposed Regulation on the European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) », Agence des droits fondamentaux de l'Union, Avis 2/2017, 30 juin 2017.

(ETIAS), l'objectif est de soumettre les ressortissants de pays tiers exemptés de l'obligation de visa à des contrôles de sécurité préalables, conditionnant la délivrance d'une autorisation de voyage sans laquelle l'entrée dans l'espace Schengen leur serait refusée⁸¹. Devant assurer l'interopérabilité avec le récent Système d'entrées et de sorties (EES)⁸² ainsi qu'avec d'autres systèmes d'information de l'Union, conformément aux priorités établies au titre de la mise en place d'une Union de sécurité réelle et effective⁸³, l'ETIAS affecte d'évidence plusieurs droits fondamentaux (à commencer par le droit à la protection des données personnelles et le droit au respect de la vie privée). Etendant son examen au droit d'asile, au droit à la non-discrimination, aux droits de l'enfant et au droit à un recours effectif, l'Agence ne pointe pas moins de seize failles et adresse autant de recommandations au législateur (telles que mieux justifier la conservation des données pendant cinq ans ; mieux spécifier les infractions pénales susceptibles de fonder une inscription sur la liste de surveillance ETIAS ; mieux encadrer l'accès des autorités répressives aux informations collectées ; introduire des règles minimales concernant les recours contre les décisions de refus ou de révocation d'une autorisation de voyage...). La première d'entre elles est peut-être la plus cinglante, qui invite à compenser l'absence d'étude d'impact approfondie au regard des droits fondamentaux.

C. BOITEUX-PICHERAL

IV- Droits fondamentaux et entreprises

L'histoire de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne est en grande partie celle de la reconnaissance de ces droits au profit des entreprises. Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Hoffmann-La Roche ou encore Hoescht sont en effet, à la fois les noms de grands arrêts du droit de l'Union européenne des droits fondamentaux (alors droit communautaire des droits fondamentaux), et le nom d'entreprises invoquant les droits fondamentaux pour contester l'application de dispositions du droit communautaire. La rédaction et l'accession à la force juridique contraignante de la Charte des droits fondamentaux n'a de ce point de vue pas eu d'influence significative sur la protection des droits fondamentaux des entreprises, la Cour de justice ayant fait le choix de la continuité jurisprudentielle en la matière.

Si la relation entre entreprises et droits fondamentaux dans l'Union n'est pas nouvelle, elle a toutefois connu plusieurs évolutions significatives durant l'année 2017, justifiant ainsi de consacrer quelques lignes à ce thème dans la présente chronique. Il en va ainsi de l'entreprise en tant que titulaire des droits fondamentaux mais aussi en tant que débitrice de certains de ces droits.

A – L'entreprise titulaire de droits fondamentaux consacrés par la Charte

S'agissant des droits fondamentaux de l'entreprise, les avancées de la jurisprudence en 2017 concernent bien davantage le volet procédural que le volet substantiel. Ce dernier s'illustre en effet avant tout par la continuité jurisprudentielle qui ressort de la jurisprudence de la Cour durant l'année de référence.

Il en va ainsi, d'une part, des droits que l'entreprise peut tirer de la protection de la vie privée au titre de sa réputation. En effet, les informations qu'une entreprise communique à la Commission européenne dans le cadre d'une procédure de clémence relèvent certes de la protection de l'article 7 de la Charte au titre du droit à la vie privée, mais en vertu d'une « jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme », une personne ne saurait « invoquer l'article 8 de la CEDH pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions ». Or, même si dans cette affaire, l'entreprise Degussa espérait probablement que l'immunité totale obtenue grâce à sa participation au programme de clémence lui épargnerait la divulgation des informations communiquées dans ce cadre, elle n'a pas démontré en quoi cette divulgation ne pourrait être considérée comme une conséquence prévisible de sa participation à l'entente en cause⁸⁴, ni en quoi ces informations porteraient atteinte à sa vie privée⁸⁵. En somme, la participation au programme de clémence a tout de même un coût que l'article 7 de la Charte ne saurait suffire à effacer totalement.

Il en va d'autre part des droits découlant pour l'entreprise de l'article 16 de la Charte. Régulièrement invoquée par les entreprises confrontées à la réglementation de leur activité découlant du droit de l'Union, la liberté d'entreprise, liberté partiellement fongible dans les libertés de circulation comme la Cour l'a encore rappelé en 2017⁸⁶, leur permet rarement d'obtenir gain de cause.

81 Proposition de règlement portant création d'un Système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages, COM (2016)731, 6 nov. 2016.

82 Règlement UE du Parlement européen et du Conseil 2017/2226, 30 nov. 2017, JOUE, L 327, p. 20.

83 « Septième rapport sur les progrès accomplis dans la mise en place d'une Union de sécurité réelle et effective », COM (2017)261, 16 mai 2017.

84 Affaire du Peroxyde d'hydrogène et perborate dit PHP, affaire COMP/38.620.

85 CJUE, gde ch., 14 mars 2017, *Evonik Degussa GmbH c. Commission*, aff. C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205, pts 117-121.

86 CJUE, 20 décembre 2017, *Global StarNet*, aff. C-322/16, ECLI:EU:C:2017:98, pt 50 ; voy. cette chron., *ADUE*, 2014, p. 349, C. VIAL.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Polkomtel*⁸⁷, la Cour avait à se prononcer sur la conformité à la liberté d'entreprise de la possibilité pour une autorité de régulation nationale des télécommunications d'imposer à un opérateur téléphonique disposant d'une puissance significative sur le marché d'actualiser annuellement ses prix (à la baisse cela va sans dire). Composante de la liberté d'entreprise, la liberté contractuelle comprend la libre détermination du prix pour une prestation et cette obligation d'actualisation annuelle des prix constitue évidemment une ingérence dans l'exercice de cette liberté. Déroulant les conditions posées par l'article 52 paragraphe 1 de la Charte, la Cour relève successivement que cette limitation est bien « prévue par la loi » car adoptée conformément à une réglementation nationale elle-même transposant une directive de l'Union européenne, qu'elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit car le fournisseur était en mesure de continuer à « fournir les services en cause », poursuit bien un objectif d'intérêt général de promotion de la concurrence et de soutien des intérêts des citoyens et est nécessaire. Si elle renvoie *in fine* à la juridiction nationale l'appréciation de la proportionnalité de la limitation, se contentant d'en préciser le cadre général, elle laisse assez clairement entendre qu'une violation de l'article 16 est ici peu probable. Dans l'arrêt *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt*⁸⁸, la Cour écarte également l'hypothèse d'une violation de l'article 16 lorsque la législation nationale prévoit que le cessionnaire d'une entreprise a la possibilité d'adapter les conditions de travail existant à la date du transfert en dépit de l'existence d'une clause de renvoi dynamique inscrite dans le contrat de travail renvoyant à des conventions collectives. Appliquant sa jurisprudence *Alemo-Herron*⁸⁹, la Cour estime en effet que, si la liberté d'entreprise « implique que le cessionnaire doit avoir la possibilité de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe et de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique », la législation nationale permet en l'espèce de telles adaptations, de manière consensuelle ou unilatérale⁹⁰.

À l'inverse, dans l'affaire *BB Construct*⁹¹ relative à l'obligation imposée par l'administration fiscale en vertu de la directive TVA de constituer une garantie financière lors de l'enregistrement aux fins de la TVA d'une entreprise dont l'administrateur a été antérieurement administrateur ou étroitement associé d'une autre personne morale n'ayant pas respecté ses obligations fiscales, la Cour livre un rare exemple de violation potentielle de la liberté d'entreprise. Rappelant que cette liberté consacrée à l'article 16 de la Charte ne constitue pas une prérogative absolue et « peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique », selon la formule consacrée dans son arrêt *Sky Österreich*⁹², la Cour constate que cette exigence constitue bien une ingérence dans l'exercice de la liberté d'entreprise qui est à la fois prévue par la loi et justifiée par l'objectif légitime de prévention de la fraude fiscale. C'est toutefois le montant demandé, pouvant aller jusqu'à 500 000 €, qui est susceptible de poser problème au regard de l'article 16 de la Charte. Pour la Cour, il ne faut pas que cette obligation ait pour effet de priver l'entreprise de ses ressources dès sa création et de l'empêcher de développer ses activités économiques sans justification au risque de porter alors « une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprise »⁹³. Elle renvoie donc au juge national le soin de déterminer si, compte tenu du comportement passé de la requérante au principal, le risque d'impayé est suffisamment important pour justifier une garantie d'un tel montant.

C'est sur le terrain procédural que l'évolution des droits des entreprises a été la plus sensible durant l'année 2017. Cette année a en effet été marquée par les premiers arrêts rendus par le Tribunal reconnaissant la responsabilité de l'Union européenne pour une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable... par ce même Tribunal dans des affaires de concurrence, ce en application de la jurisprudence *Gascogne Sack Deutschland*⁹⁴. Pour rappel, la Cour avait dans cette affaire opéré un revirement de jurisprudence par rapport à son arrêt *Baustahlgewebe*⁹⁵, dans lequel elle avait réduit le montant de l'amende infligée à une entreprise au titre d'une « satisfaction équitable » à la suite de la violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable, en jugeant que l'entreprise requérante se prévalant d'une violation de son droit à être jugé dans un délai raisonnable au titre de l'article 47 de la Charte par le Tribunal devait former un recours en responsabilité porté devant ce même Tribunal mais réuni dans une formation différente de celle de la première instance. Dans trois arrêts prononcés en 2017, le Tribunal reconnaît la responsabilité de l'Union et accorde une indemnisation aux requérantes⁹⁶ sur le fondement d'une violation de la Charte des droits fondamentaux dans une telle hypothèse. Pour ce faire, le Tribunal commence par se prononcer sur l'éventuelle violation du délai raisonnable de jugement. Avec une procédure d'une durée d'environ 46 mois pour l'affaire *Gascogne* et en dépit de la complexité de l'affaire et du comportement de la requérante qui a multiplié les recours, il n'est pas étonnant que le Tribunal constate une « période d'inactivité injustifiée de 20 mois » dans le traitement des affaires T-72/06 et T-79/06⁹⁷. Une telle période entraîne

87 CJUE, 20 décembre 2017, *Polkomtel sp. z o.o.*, aff. C-277/16, ECLI:EU:C:2017:989.

88 CJUE, 27 avril 2017, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt*, aff. jtes C-680 et 681/15, ECLI:EU:C:2017:317.

89 CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron e.a.*, aff. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, pt 33.

90 Pt. 24.

91 CJUE, 26 octobre 2017, *BB construct*, aff. C-534/16, ECLI:EU:C:2017:820.

92 CJUE, gde ch., 22 janv. 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, EU:C:2013:28, pts 45 et 46 ; cette chron., *ADUE* 2013, Ch. Maubernard. Passage reproduit au pt 36 de l'arrêt.

93 Pt. 41.

94 CJUE, gde ch., 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland*, aff. C-40/12 P, ECLI:EU:C:2013:768, *RTDE* 2014/2, p. 291, note F. Zampini.

95 CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, aff. C-185/95 P, *RTDH*, 1999, p. 487, obs. F. Sudre.

96 Trib. UE, 10 janvier 2017, *Gascogne Sack Deutschland*, aff. T-577/14, ECLI:EU:T:2017:1 ; Trib. UE, 1^{er} février 2017, *Kendrion NV*, aff. T-479/14, ECLI:EU:T:2017:48 et Trib. UE, 7 juin 2017, *Guardian Europe Sàrl*, aff. T-673/15, ECLI:EU:T:2017:377.

97 pt. 76 de l'arrêt *Gascogne* préc.

logiquement une violation de l'article 47 alinéa 2 de la Charte consacrant le droit à un procès équitable⁹⁸. Plus intéressant est le fait que le Tribunal semble considérer, sans explication particulière, que cette violation d'un droit fondamental consacré par la Charte constitue une « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit de l'Union ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »⁹⁹, condition *sine qua non* pour qu'une violation du droit de l'Union permette l'engagement de sa responsabilité. Que l'article 47 alinéa 2 consacre une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers n'est pas étonnant, mais il en va différemment pour la « violation suffisamment caractérisée », d'autant que le Tribunal ne s'interroge pas sur la nature de la marge d'appréciation. Autrement dit, le silence du Tribunal sur ce point, semble signifier que la « simple » violation d'un droit fondamental vaut « violation suffisamment caractérisée ». Elle ne vaut toutefois pas automatiquement droit à indemnisation¹⁰⁰, le Tribunal s'attachant à déterminer précisément l'existence et le montant du préjudice en conservant à l'esprit que le montant de l'indemnisation ne saurait conduire dans les faits à remettre en cause le montant de l'amende infligée pour violation des règles de concurrence, il doit donc demeurer mesuré. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Gascogne*, l'Union est condamnée à verser aux deux entreprises requérantes la somme de 47 064,33 euros correspondant aux frais de garantie bancaire engagés et 5000 euros pour le préjudice immatériel subi « en raison de l'état d'incertitude prolongé dans lequel elles se sont respectivement trouvées au cours de la procédure »¹⁰¹, ce qui est effectivement bien loin des 9,9 millions d'euros auxquels le groupe *Gascogne* a été condamné dans la décision initiale de la Commission, d'autant plus que l'Union n'est même pas condamnée à verser l'ensemble des dépens. En somme, si cette nouvelle voie ouverte par l'arrêt *Gascogne* de la Cour de justice constitue bien un moyen ouvert aux entreprises leur permettant de faire valoir leur droit à être jugé dans un délai raisonnable lorsqu'elles contestent une sanction infligée par la Commission pour violation des règles de concurrence, il n'est pas certain que celle-ci puisse être qualifiée d'utile...

B - L'entreprise débitrice de droits fondamentaux consacrés par la Charte

Si l'année 2017 n'aura pas été celle durant laquelle la Cour décide de revenir sur l'interprétation neutralisante des principes consacrant des droits sociaux adoptée dans son arrêt *Association de médiation sociale* en 2014¹⁰², elle aura néanmoins permis de rappeler que les entreprises sont certes titulaires de droits fondamentaux, mais doivent aussi en garantir la jouissance effective à leurs salariés.

C'est ce que les arrêts *G4S Secure Solutions*¹⁰³ et *Boungaoui*¹⁰⁴ ont permis de mettre en lumière s'agissant de la liberté religieuse. Les faits à l'origine de ces deux affaires sont assez simples : les deux requérantes au principal ont été licenciées en raison de leur décision de porter le voile islamique au sein de leur entreprise et leur refus de l'ôter en dépit des demandes de leur employeur. S'appuyant sur la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁰⁵ en lien avec la liberté religieuse consacrée par les articles 9 CEDH et 10 § 1 de la Charte, la Cour adopte un raisonnement plutôt classique. Retenant une conception large de la liberté religieuse incluant le droit d'avoir des convictions mais aussi celui de les manifester en public¹⁰⁶, la Cour relève d'abord que la prohibition du port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses résultant du règlement intérieur de l'entreprise ne constitue pas une discrimination directe puisqu'elle s'applique indistinctement quelle que soit les convictions. Allant au-delà de la question posée par la juridiction nationale dans l'affaire *G4S*, la Cour soulève l'hypothèse d'une éventuelle discrimination indirecte. S'il reviendra à la juridiction nationale d'en vérifier l'existence, la Cour propose tout de même une grille de lecture permettant d'apprécier la conformité d'une différence de traitement indirectement fondées sur la religion ou les convictions au droit de l'Union. Il en ressort d'abord qu'une réglementation interne à l'entreprise prohibant le port de signes visibles de convictions religieuses afin « d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse » poursuit bien un objectif légitime, se rapportant d'ailleurs à la liberté d'entreprise de l'article 16 de la Charte. Il est donc, pour la Cour, parfaitement possible de restreindre l'exercice de la liberté religieuse au nom de la liberté d'entreprise, affirmation étayée en outre par une référence à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne

98 *Contra*, Trib. UE, 1^{er} février 2017, *Aalberts Industries NV*, aff. T-725/14, ECLI:EU:T:2017:47. Dans cette affaire, le Tribunal estime que « la durée totale de la procédure dans l'affaire T-385/06 est justifiée en considération des circonstances propres à ladite affaire et, notamment, de la complexité factuelle et juridique de celle-ci, du comportement des parties et de l'absence de période d'inactivité inexplicée au cours de chacune des étapes de la procédure dans cette affaire » (pt 79).

99 *Ibid.* pt 78, pt. 63 de l'arrêt *Kendrion* préc. et pt 139 de l'arrêt *Guardian Europe* préc. également.

100 La position de la CJUE se distinguant sur ce point d'une tendance identifiée par la doctrine à la reconnaissance d'un préjudice inhérent à la violation des droits fondamentaux (« Existe-t-il un préjudice inhérent à la violation des droits et libertés fondamentaux ? », *RDLF*, Dossier n°1, spéc. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La présomption de préjudice : un élément du régime juridique des droits fondamentaux ? », *RDLF* 2012, Chron. n°10, www.revuedlf.com).

101 Pt 165 de l'arrêt *Gascogne*.

102 CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, obs A. Martinon et R. Tinière avec les réf. citées in X. Dupré de Boulois (coord.), *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2017, n°30, p. 196.

103 CJUE, gde ch., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, voy. not. F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Décisions et commentaires, Bruylant, 2018, p. 79, obs. C. VIAL et les références citées.

104 CJUE, 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

105 Directive du 27 novembre 2000, *JOCE*, L 303 du 2 décembre 2000, p. 16.

106 Pt 30 de l'arrêt *G4S Secure*.

des droits de l'homme¹⁰⁷. Si cette politique de neutralité de l'entreprise est effectivement poursuivie de manière cohérente et systématique, une telle règle interne apparaît alors appropriée et peut être jugée strictement nécessaire pour atteindre son objectif, dans la mesure où l'interdiction ne s'applique qu'aux salariés travaillant en relation avec les clients. À cet égard, la Cour ajoute que, dans la situation de la requérante au principal, il reviendra au juge national de vérifier si l'entreprise *G4S* n'avait pas la possibilité, compte tenu de ses contraintes, de lui proposer « un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »¹⁰⁸. Mais ce raisonnement ne vaut que si la décision de l'entreprise est fondée sur une règle interne établie, non si le licenciement est le résultat du souhait d'un client de ne plus voir les services proposés par l'entreprise être fournis par une salariée voilée comme cela était le cas dans l'affaire *Bouagnaoui*. Dans une telle hypothèse, l'employeur devrait démontrer, en application de l'article 4 § 1 de la directive 2000/78, que la différence de traitement est fondée sur une caractéristique constituant « une exigence professionnelle essentielle et déterminante », c'est-à-dire « objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause » et non motivée par « des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client »¹⁰⁹.

Que retenir de ces deux affaires ?

D'abord, et en adoptant une lecture un peu cynique teintée de mauvaise foi, que le licenciement d'une salariée portant le voile islamique n'est pas conforme aux droits fondamentaux consacrés par le droit de l'Union, sauf si cela résulte d'une politique inscrite dans le règlement intérieur et suivie de manière cohérente et systématique par l'entreprise. Bref, il semble que cela soit une question de méthode plus que de fond. Ensuite, et à l'instar de Claire Vial, on peut également considérer que ces arrêts ont fait couler beaucoup (trop?) d'encre au regard de leur apport sur le plan juridique¹¹⁰. Il faut à cet égard probablement chercher les raisons de ce succès dans l'importance des questionnements qui animent les sociétés européennes à propos de la place de l'islam en leur sein. Si l'importance de ces deux arrêts ne doit pas être exagérée sur le plan juridique, elle ne doit, toutefois, pas non plus être minorée. Ils permettent en effet de rappeler que les droits consacrés par la Charte peuvent, à la différence des principes, parfaitement être mobilisés par les particuliers dans des litiges horizontaux et que les entreprises sont aussi débitrices de ces droits dans la mesure où elles sont en capacité plus que tout autre particulier de porter atteinte à leur exercice.

Cette façon d'appréhender l'entreprise dans sa relation aux droits fondamentaux a également été au centre d'un avis rendu par l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne intitulé « *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level* »¹¹¹. Dans cet avis, l'agence des droits fondamentaux aborde de façon très pragmatique et concrète les différents moyens susceptibles de permettre un meilleur accès aux recours et procédures permettant de faire valoir la protection des droits fondamentaux face aux entreprises. Sont ainsi abordés successivement la question de l'accès aux recours juridictionnels pour les personnes victimes d'une violation des droits de l'homme imputable à une entreprise, particulièrement dans des situations extraterritoriales impliquant des multinationales et éventuellement au travers du droit pénal, mais aussi les voies de contestation non-juridictionnelles et les moyens de faciliter concrètement cet accès en renforçant la transparence et la coordination entre États. Bref, l'avis de l'Agence envisage très largement le sujet. On se contentera ici de formuler deux brèves remarques inspirées par cet avis. La première, est que cet avis envisage explicitement l'hypothèse de recours juridictionnels formés à l'encontre d'une entreprise multinationale ayant un siège dans l'Union du fait de ses activités ou de celles de ses filiales sur le territoire d'États-tiers. Autrement dit, les entreprises européennes pourraient se voir opposer le respect des droits consacrés par la Charte du fait de leur action ou de celle de leurs filiales sur le territoire d'États tiers souvent soigneusement sélectionnés en raison du faible coût de la main d'œuvre et des facilités offertes par le droit du travail local (lorsqu'il existe). On relèvera également que cet avis s'inscrit dans le cadre du droit international des droits de l'homme, se référant à de nombreuses reprises au cadre tracé par le droit des Nations-Unies, les convention OIT ou encore certains actes adoptés dans le cadre de l'OCDE ou du Conseil de l'Europe. L'Agence insiste notamment sur l'importance des principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés par le Conseil des droits de l'homme en 2011. S'il faut saluer cette nécessaire ouverture aux différents textes contraignants (ou pas) relevant du droit international, on relèvera toutefois que l'Agence reste silencieuse sur le projet de convention internationale (contraignante donc) sur les entreprises et les droits de l'homme dont le groupe de travail s'est réuni pour la 3^e fois en octobre 2017¹¹², réunion qui a visiblement laissé apparaître les réticences de l'Union en la matière.

ROMAIN TINIÈRE

V- Dernier épisode de la dernière saison de la série sur le respect de l'État de droit en Pologne : suspense...

107 CourEDH, 15 janvier 2013, *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, pt 94, AJDA, 2013, p. 1794, Chron. L. Burgorgue-Larsen.

108 Pt 43.

109 Pt 40 de l'arrêt *Bouagnaoui*.

110 L'approche retenue n'est finalement pas très différente de cette suivie dans l'affaire *Vivien Prais* en 1976 (CJCE, 27 octobre 1976, *Vivien Prais c. Conseil*, aff. 130/75, pts 12-20, cité par C. Vial dans son commentaire préc.).

111 Avis 1/17 du 10 avril 2017 rendu à la demande du Conseil de l'UE. Non traduit en français.

112 Voir notamment sur ce point le briefing du service de la recherche du Parlement européen de juillet 2017 « Towards a binding international treaty on business and human rights », PE 608.636.

Dans la dernière chronique parue à l'Annuaire, nous exposant les développements relatifs au respect de l'État de droit en Pologne, en 2016, Romain Tinière nous avait laissés sur ces considérations : « le bilan qu'il est possible de tirer de [la] première application [du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit] est plutôt nuancé tant la Commission semble avoir peu de prises sur la position de la Pologne. Reste toutefois une hypothèse : que ce mécanisme ait pour principale utilité de mettre à l'agenda la question du respect de l'État de droit en Pologne et qu'il n'ait donc pas tant pour objet de convaincre l'État incriminé de changer son comportement, que de préparer les autres États membres à exercer la seule pression qui vaille, celle des pairs résultant d'une activation de l'article 7 TUE. L'année 2017 dira peut-être si cette hypothèse s'est vérifiée... »¹¹³.

C'était la fin de la première saison d'une nouvelle série prometteuse et nous étions d'accord pour dire qu'il y avait peu de chances, dans les prochains épisodes, que la Pologne soit convaincue de la nécessité de changer de comportement, comme nous étions d'accord pour dire qu'il était utile de préparer les autres États membres à l'idée qu'il leur faudrait activer l'article 7 du TUE s'ils voulaient faire pression sur l'État polonais. Nous ne pensions pas, en tout état de cause, que les scénaristes imagineraient, pour la saison suivante, ce qui s'est finalement passé : un déclenchement, certes, de la procédure de l'article 7, le 20 décembre 2017, mais à l'initiative de la Commission soutenue depuis par le Parlement européen¹¹⁴, les États membres ayant fait la preuve d'une évidente lâcheté au cours de l'année qui s'est écoulée.

Mais revenons en arrière : la série a repris avec une troisième recommandation complémentaire de la Commission, le 26 juillet 2017, sept mois après la deuxième¹¹⁵, un an après la première¹¹⁶. La Commission y « recommande que les autorités polonaises prennent d'urgence les mesures qui s'imposent pour remédier à [la] menace systémique envers l'État de droit » ; « invite le gouvernement polonais à régler les problèmes recensés [...] dans un délai d'un mois à compter de la réception de [la recommandation], et à informer la Commission des mesures prises à cet effet » ; « demande [...] aux autorités polonaises de ne pas prendre de [mesures aggravant] très sérieusement la menace systémique envers l'État de droit » ; indique que « si les autorités polonaises devaient prendre une mesure de ce type, [elle] se tient prête à activer immédiatement l'article 7, paragraphe 1, du TUE », pour finir par conclure que « sur la base de la [...] recommandation, [elle] reste prête à poursuivre le dialogue *constructif* entamé avec le gouvernement polonais »¹¹⁷. Un mois ! Un mois pour régler ce qui ne l'a pas été aux termes d'un dialogue si constructif qu'il a duré un an à compter de l'adoption de la première recommandation mettant en œuvre le mécanisme « pré-article 7 »¹¹⁸ ! N'ayant pas d'autre choix que de durcir sa position, sous peine de perdre toute crédibilité, la Commission n'a pas hésité, dans la foulée, à engager une procédure d'infraction du fait des mesures polonaises empiétant sur le pouvoir judiciaire¹¹⁹, comme elle n'avait pas hésité à engager une telle procédure s'agissant d'autres allégations de manquement, telles que celle relative à la violation du droit de l'Union en raison de l'accélération des opérations d'abattage des arbres dans l'une des dernières forêts primaires d'Europe¹²⁰ – la Pologne est décidément un bien mauvais élève en ce moment.

C'est là que le président de la Commission est entré en scène. Dans son discours sur l'État de l'Union, le 13 septembre 2017, Jean-Claude Juncker a eu des mots forts : « l'État de droit n'est pas une option dans l'Union européenne. C'est une obligation »¹²¹. Il n'est pas dit que la Pologne ait entendu le message, pas plus que les autres États membres, informés pourtant par la Commission, le 25 septembre, de l'état d'avancement du dialogue sur l'État de droit engagé avec l'État polonais¹²². Quelques jours après, ces derniers rappelaient les valeurs communes listées à l'article 2 du TUE et soulignaient qu'il s'agissait « [des] fondations de l'Union européenne et de nos sociétés »¹²³, sans en tirer la moindre implication. À moins qu'il s'agisse d'un message subliminal mais on observera, dans ce cas, qu'il ne pouvait être qu'in audible dans la mesure où la Pologne a jusqu'à présent feint de ne pas comprendre ce qui lui était pourtant expliqué très clairement.

113 R. TINIÈRE, cette chronique, *ADUE*, 2016, p. 516, spéc. p. 534.

114 <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20180226IPR98615/etat-de-droit-en-pologne-le-parlement-soutient-l-action-de-l-ue>.

115 Recommandation (UE) 2017/146 de la Commission, du 21 décembre 2016, concernant l'État de droit en Pologne complétant la recommandation (UE) 2016/1374, *JOUE* n° L 22 du 27 janvier 2017, p. 65.

116 Recommandation (UE) 2016/1374 de la Commission, du 27 juillet 2016, concernant l'État de droit en Pologne, *JOUE* n° L 217 du 12 août 2016, p. 53.

117 Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission, du 26 juillet 2017, concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146, *JOUE* n° L 228 du 2 septembre 2017, p. 19, points 52, 55, 58 et 59, nous soulignons.

118 Selon l'expression généralement employée pour désigner le mécanisme présenté par la Commission dans sa communication du 11 mars 2014, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final.

119 Par une lettre de mise en demeure du 29 juillet 2017 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2205_fr.htm) et un avis motivé du 12 septembre 2017 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3186_fr.htm).

120 Le 13 juillet 2017, la Commission a saisi la Cour de justice d'un recours en constatation de manquement du fait de l'accélération des opérations forestières dans la forêt de Białowieża et a demandé l'adoption de mesures provisoires visant à suspendre les opérations en question (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1948_fr.htm). Réunie en grande chambre, la Cour a fait droit à la demande de mesures provisoires par une ordonnance du 20 novembre 2017 (CJUE, ord., 20 novembre 2017, *Commission / Pologne*, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877). Depuis lors, l'Avocat général Bot a conclu que la Pologne avait manqué à ses obligations (conclusions présentées le 20 février 2018 dans l'affaire C-441/17, ECLI:EU:C:2018:80).

121 Discours sur l'État de l'Union 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_fr.htm.

122 La question, inscrite sous le point « Divers », a fait l'objet d'un débat lors du Conseil Affaire générales du 25 septembre 2017 (<http://www.consilium.europa.eu/media/22051/st12484fr17.pdf>). On relèvera que le même jour, par une pure coïncidence, la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe rendait un rapport intitulé « Nouvelles menaces contre la primauté du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe – exemples sélectionnés » (Doc. 14405) et que parmi les cinq États choisis figurait évidemment la Pologne.

123 Conclusions du Conseil sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en 2016, 13 octobre 2017, 13200/17, point 1.

Le Parlement européen est alors venu au soutien de la Commission, demandant pour la seconde fois – les députés européens se sont déjà émus de la situation en Hongrie¹²⁴ – le déclenchement de la procédure de l'article 7, paragraphe 1, du TUE. Dans sa résolution du 15 novembre 2017, le Parlement européen a ainsi « [estimé] que la situation actuelle en Pologne [était] porteuse d'un risque manifeste de violation grave des valeurs visées à l'article 2 du traité UE » et a « [chargé] sa commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures [...] d'élaborer un rapport spécifique en vue de mettre aux voix une proposition motivée invitant le Conseil à agir conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE »¹²⁵.

Encouragée par le Parlement européen et/ou voulant garder la main, la Commission a fini par déclencher elle-même, le 20 décembre 2017, la procédure de l'article 7. Elle a ainsi proposé au Conseil d'adopter une décision relative à la constatation d'un risque clair de violation grave de l'État de droit par la Pologne¹²⁶. Longuement motivée et sous-entendant que les États membres seraient prêts à agir, dès lors que le Conseil Affaires générales du 25 septembre aurait permis de dégager « un large consensus [...] sur le fait que l'état de droit est un intérêt commun et une responsabilité commune et sur la nécessité, pour la Pologne et la Commission, d'engager un dialogue en vue de trouver une solution »¹²⁷ – nous restons sceptiques eu égard aux termes ici employés –, la proposition de décision se résume à deux articles. Si la décision était adoptée, son premier article consisterait à constater qu'« il existe un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit ». Le second permettrait au Conseil de « [recommander] à la République de Pologne de prendre les mesures suivantes dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision : (a) rétablir l'indépendance et la légitimité du Tribunal constitutionnel en tant que gardien de la Constitution polonaise [s'agissant de sa composition] ; publier et exécuter pleinement les décisions rendues par le Tribunal constitutionnel [dans lesquelles les lois le concernant sont jugées inconstitutionnelles] ; veiller à ce que la loi sur la Cour suprême, la loi sur l'organisation des juridictions de droit commun, la loi sur le Conseil national de la magistrature et la loi relative à l'École nationale de la magistrature soient modifiées afin de garantir leur conformité aux exigences en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire, de séparation des pouvoirs et de sécurité juridique ; veiller à ce que toute réforme de la justice soit préparée en étroite coopération avec le pouvoir judiciaire et toutes les parties intéressées, y compris la Commission de Venise ; s'abstenir de toute action et de toute déclaration publique qui pourraient porter préjudice à la légitimité du Tribunal constitutionnel, de la Cour suprême, des juridictions de droit commun, des juges, à titre individuel ou collectif, ou de l'appareil judiciaire dans son ensemble ».

La proposition de décision s'accompagne d'une quatrième recommandation complémentaire dans laquelle la Commission « recommande que les autorités polonaises appliquent d'urgence les actions qui s'imposent pour remédier à la menace systémique envers l'état de droit »¹²⁸, précisant certaines de ces actions. Un nouveau délai est accordé, cette fois de trois mois. On comprend mieux les relations entre les deux textes à la lecture de la fin de la recommandation où la Commission explique que « la présente recommandation est soumise en même temps que la proposition motivée, présentée par la Commission conformément à l'article 7, paragraphe 1, du TUE concernant l'état de droit en Pologne. La Commission est disposée, en étroite concertation avec le Parlement européen et le Conseil, à revoir la proposition motivée en question si les autorités polonaises mettent en œuvre les actions recommandées énumérées dans la présente recommandation, dans le délai qui y est prescrit. Sur la base de la présente recommandation, la Commission est prête à poursuivre le dialogue constructif entamé avec le gouvernement polonais »¹²⁹. Dans l'attente, la procédure d'infraction du fait des mesures empiétant sur le pouvoir judiciaire, engagée après l'adoption de la troisième recommandation, trouve son terme avec la saisine de la Cour de justice¹³⁰.

Le dernier épisode de la série relative au respect de l'État de droit en Pologne s'achève ainsi, comme il se doit, avec plusieurs questions qui sont censées nous tenir en haleine, le temps que débute la saison suivante : les autorités polonaises vont-elles enfin mettre en œuvre les actions recommandées par la Commission ? Si jamais elles ne le font pas – le doute, toujours le doute ! –, que va-t-il se passer ? *A priori*, l'affaire devrait suivre son cours, cette fois devant le Conseil qui, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, du TUE, devra entendre l'État polonais et pourra lui adresser des recommandations en statuant selon la même procédure que celle prévue pour la phase finale, à savoir la constatation du risque : la proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, l'approbation du Parlement européen, l'adoption à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres. À cet égard, nous sommes surpris par la lecture que semble avoir la Commission du mécanisme de l'article 7, paragraphe 1, du traité, dans son communiqué de presse du 20 décembre, lorsqu'elle affirme que « le Conseil doit entendre la Pologne et obtenir l'approbation du Parlement européen (l'article 354 du TFUE dispose que le Parlement européen statue à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, représentant la majorité des membres qui le composent) avant d'adopter, à la majorité des quatre cinquièmes (22 des 27 membres du Conseil qui peuvent participer au vote sur la base de l'article 354 TFUE), une décision constatant qu'il existe un risque clair de violation grave de l'état de droit. Il peut

124 Résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie, P8_TA(2017)0216.

125 Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2017 sur la situation de l'état de droit et de la démocratie en Pologne, P8_TA(2017)0442, point 16.

126 Proposition motivée conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne concernant l'état de droit en Pologne, 20 décembre 2017, COM(2017) 835 final.

127 Point 71 de l'exposé des motifs.

128 Recommandation (UE) 2018/103 de la Commission, du 20 décembre 2017, concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 et (UE) 2017/1520, JOUE n° L 17 du 23 janvier 2018, p. 50, point 45.

129 *Ibid.*, points 50 et 51.

130 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_fr.htm.

également adresser des recommandations à la Pologne, en statuant selon la même procédure »¹³¹. Cette présentation laisse penser qu'il y aurait, d'une part, le cas de la décision constatant l'existence du risque et, d'autre part, le cas de la décision adressant des recommandations du fait de l'existence du risque, ce second cas s'ajoutant éventuellement au premier. Le Conseil adopterait la décision de constatation du risque et pourrait « également » adresser des recommandations. Mais ce n'est pas tout à fait ce que dit l'article 7, paragraphe 1, du traité lorsqu'il dispose, à la seconde phrase, qu'« avant de procéder à [la] constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations ». Les recommandations pourraient être adressées avant la constatation, sous réserve qu'il y ait une proposition en ce sens, par exemple de la part des États membres eux-mêmes. Et alors cela pourrait durer, que le Parlement européen approuve – des recommandations plutôt qu'une constatation – ou non – pas de recommandations mais pas de constatation non plus. C'est une hypothèse et l'année 2018 dira peut-être si elle s'est vérifiée...

CLAIRE VIAL

131 *Ibid.*