



HAL
open science

Droits fondamentaux

Romain Tinière

► **To cite this version:**

Romain Tinière. Droits fondamentaux. Claude Blumann; Fabrice Picod. Annuaire de droit de l'Union européenne, pp.517-540, 2017, 2016. hal-01980059

HAL Id: hal-01980059

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01980059v1>

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

2016

PAR

L'institut de droit européen des droits de l'homme
(IDEDH, Université de Montpellier, EA 3976)

SOUS LA DIRECTION DE

Romain TINIÈRE

Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes

EN COLLABORATION AVEC

Christophe MAUBERNARD

ET

Claire VIAL¹

Il est des années où la réalité de l'application du droit ne se coule pas dans des cadres prédéterminés. Ainsi, à la différence des années précédentes, la présente chronique suit, cette année, une démarche entièrement thématique pour s'efforcer de restituer aussi fidèlement que possibles les aspects saillants de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016. Sont ainsi abordées la question de l'articulation entre confiance mutuelle et droits fondamentaux dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale (I), la protection des données à caractère personnel au travers de l'adoption de la réforme législative du « paquet données personnelles » (II), la première utilisation du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit (III) et enfin l'utilisation de la Charte aux frontières du droit et de l'Union européenne (IV).

I- Coopération judiciaire en matière pénale et protection des droits fondamentaux : comment faire confiance aux États membres qui se font confiance, mais pas trop

Plusieurs arrêts rendus au cours de l'année 2016 ont permis de préciser des notions essentielles à la mise en œuvre du système du mandat d'arrêt européen. Toutes ces notions figurant dans la décision-cadre 2002/584/JAI² telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI³, ont été qualifiées d'autonomes par la Cour de justice avant d'être interprétées de façon à protéger les droits fondamentaux à un niveau acceptable.

Ainsi, dans l'arrêt *Dworzecki* du 24 mai, la Cour a interprété les expressions « cité à personne » et « informé officiellement et effectivement par d'autres moyens de la date et du lieu fixés pour ce procès, de telle sorte qu'il a été établi de manière non équivoque qu'il a eu connaissance du procès prévu⁴ » de manière à respecter les droits de la défense des individus⁵. Elle a dès lors considéré que les conditions énoncées à l'article 4 bis, paragraphe 1, sous a), i), de la décision-cadre n'étaient pas satisfaites en présence d'une citation « qui a été notifiée non pas directement à l'intéressé, mais qui a été remise, à l'adresse de ce dernier, à une personne adulte appartenant à ce foyer qui s'est engagée à la lui remettre, sans que le mandat d'arrêt européen permette de s'assurer si et, le cas échéant, quand cette personne adulte a effectivement remis cette citation à l'intéressé⁶ ».

Dans l'arrêt *Bob-Dogi* du 1^{er} juin, c'est la notion de « mandat d'arrêt » figurant à l'article 8, paragraphe 1, sous c), de la décision-cadre⁷ qui a été interprétée de manière à assurer la protection « des garanties procédurales et des droits fondamentaux » de la personne « à un premier stade de la procédure⁸ ». La Cour a affirmé que cette notion désignait « un mandat d'arrêt national distinct du mandat d'arrêt européen⁹ », condamnant au passage la pratique hongroise « simplifiée » consistant, lorsque des indices laissent penser que la personne recherchée se trouve déjà en dehors du territoire, à permettre qu'un mandat d'arrêt européen soit directement émis sans qu'ait été délivré, au préalable, un

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

2 Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JOUE n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

3 Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, JOUE n° L 81, 27 mars 2009, p. 24.

4 L'interprétation de ces expressions permettant de déterminer quand l'autorité judiciaire d'exécution est tenue de procéder à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen malgré l'absence de l'intéressé au procès qui a mené à sa condamnation.

5 CJUE, 24 mai 2016, *Dworzecki*, aff. C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, points 37 et 38.

6 *Ibid.*, point 54.

7 Qui prévoit que le mandat d'arrêt européen doit contenir des informations relatives à l'existence d'un « jugement exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de toute autre décision judiciaire exécutoire ayant la même force entrant dans le champ d'application des articles 1^{er} et 2 » de la décision-cadre (nous soulignons).

8 CJUE, 1^{er} juin 2016, *Bob-Dogi*, aff. C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385, point 55.

9 *Ibid.*, point 58.

mandat d'arrêt national. Si le juge de l'Union a estimé que la notion de « mandat d'arrêt » visait « le seul mandat d'arrêt national, celui-ci devant être compris comme étant la décision judiciaire sur laquelle se greffe le mandat d'européen¹⁰ », c'est pour éviter que l'interprétation contraire conduite à se satisfaire d'un mandat d'arrêt européen « se [bornant] à opérer une simple "autoréférence", de sorte que, en définitive, il pourrait se fonder sur lui-même¹¹ ». Autoriser la confusion des mandats n'est pas admissible dès lors que cela aboutit nécessairement à priver les individus de la « protection [judiciaire] à deux niveaux des droits en matière de procédure et de droits fondamentaux » que comporte le système du mandat d'arrêt européen¹². En l'espèce, la Cour ajoute que « lorsqu'un mandat d'arrêt européen, qui se fonde sur l'existence d'un "mandat d'arrêt", au sens de [la disposition interprétée], ne comporte pas d'indication de l'existence d'un mandat d'arrêt national, l'autorité judiciaire d'exécution doit ne pas y donner suite si, au regard des informations fournies en application de l'article 15, paragraphe 2, de la décision-cadre ainsi que de toutes autres informations dont elle dispose, cette autorité constate que le mandat d'arrêt européen n'est pas valide, dès lors qu'il a été émis sans qu'ait effectivement été émis un mandat d'arrêt national distinct du mandat d'arrêt européen¹³ ».

Dans les arrêts *Poltorak* et *Kovalkovas* du 10 novembre, la Cour a interprété les notions d'« autorité judiciaire », au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision-cadre, et de « décision judiciaire », au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, du même texte¹⁴, de façon à préserver le contrôle judiciaire, seul contrôle de nature à garantir pleinement les droits fondamentaux des individus¹⁵. Elle a ainsi jugé qu'un service de police, tel que la direction générale de la police nationale en Suède, ou un organe du pouvoir exécutif, tel que le ministère de la Justice en Lituanie, n'étaient pas des « autorités judiciaires d'émission », de telle sorte que le mandat d'arrêt européen délivré par eux en vue de l'exécution d'un jugement prononçant une peine privative de liberté, ne pouvait être considéré comme étant une « décision judiciaire ». Certes, « les termes "autorité judiciaire" [...] ne se limitent pas à désigner les seuls juges ou juridictions d'un État membre, mais permettent de couvrir, plus largement, les autorités appelées à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné¹⁶ ». Cela étant, le système du mandat d'arrêt européen suppose de respecter, impérativement, les éléments suivants : le « principe de séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un État de droit¹⁷ » ; la distinction entre coopération judiciaire et coopération policière en matière pénale¹⁸ ; « le principe selon lequel les décisions relatives au mandat d'arrêt européen bénéficient de toutes les garanties propres à ce type de décisions, notamment de celles résultant des droits fondamentaux et des principes juridiques fondamentaux¹⁹ » ; l'objectif d'« instaurer un système simplifié de remise directement entre autorités judiciaires, destiné à se substituer à un système de coopération classique entre États souverains, lequel implique l'intervention et l'appréciation du pouvoir politique, aux fins d'assurer la libre circulation des décisions judiciaires en matière pénale, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice²⁰ » ; « la prémisse » sur laquelle repose le principe de reconnaissance mutuelle et « selon laquelle une autorité judiciaire est intervenue en amont de l'exécution du mandat d'arrêt européen, aux fins d'exercer un contrôle judiciaire²¹ ». À cet égard, il est essentiel, selon la Cour, que l'émission du mandat d'arrêt européen « [apporte] à l'autorité judiciaire d'exécution l'assurance que [cette émission] a bénéficié d'un [...] contrôle judiciaire », de manière à « justifier le degré de confiance élevé entre les États membres [...] qui constitue le fondement même de la décision-cadre²² ».

L'arrêt *Özçelik*, rendu le même jour²³, tire les conséquences des arrêts *Bob-Dogi* et *Poltorak*. En l'espèce, la Cour affirme que constitue une « décision judiciaire », au sens de l'article 8, paragraphe 1, sous c), de la décision-cadre, la validation par le ministère public d'un mandat d'arrêt national émis préalablement, aux fins de poursuites pénales, par un service de police. Elle transpose ainsi à l'article 8, paragraphe 1, sous c), l'interprétation retenue dans le cadre de l'article 6, paragraphe 1²⁴, et relève que « le ministère public étant une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale d'un État membre [...], la décision d'une telle autorité doit être considérée comme étant une "décision judiciaire"²⁵ ». Selon la Cour, « la validation du mandat d'arrêt national par le ministère public [apportant] à l'autorité judiciaire d'émission l'assurance que le mandat d'arrêt européen est fondé sur une décision ayant bénéficié d'un contrôle judiciaire », elle « justifie [...] le degré de confiance élevé entre les États membres²⁶ ».

10 *Ibid.*, point 46.

11 *Ibid.*, point 47.

12 *Ibid.*, point 56.

13 *Ibid.*, point 67.

14 Ces notions permettant de définir le mandat d'arrêt européen. Ce dernier constituant une « décision judiciaire », il doit être émis par une « autorité judiciaire ».

15 CJUE, 10 novembre 2016, *Poltorak*, aff. C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, point 39 ; *Kovalkovas*, aff. C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861, point 37.

16 Arrêt *Poltorak*, point 33 ; arrêt *Kovalkovas*, point 34.

17 Arrêt *Poltorak*, point 35 ; arrêt *Kovalkovas*, point 36.

18 Arrêt *Poltorak*, point 37.

19 Arrêt *Kovalkovas*, point 37.

20 Arrêt *Kovalkovas*, point 41.

21 Arrêt *Poltorak*, point 44 ; arrêt *Kovalkovas*, point 43.

22 Arrêt *Poltorak*, point 45 ; arrêt *Kovalkovas*, point 44.

23 CJUE, 10 novembre 2016, *Özçelik*, aff. C-453/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:860.

24 *Ibid.*, point 33.

25 *Ibid.*, point 34.

26 *Ibid.*, point 36.

On ne peut s'empêcher de penser, à la lecture de ces arrêts, que la reconnaissance mutuelle repose sur une fiction, celle de la confiance réciproque. Mais la défiance a cela de positif qu'elle conduit les juridictions nationales à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, questions permettant à cette dernière d'interpréter uniformément les dispositions de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et, partant, d'assurer que les États membres puissent véritablement avoir confiance dans la capacité des uns et des autres à protéger les droits fondamentaux, dès lors que c'est finalement elle qui garantit cette protection et donc le système de reconnaissance mutuelle lui-même. Lorsque le juge de l'Union se livre à cet exercice, on relèvera qu'il ne lui paraît pas nécessaire de s'intéresser aux décisions qui ont été rendues par la Cour européenne des droits de l'homme, sauf à ce que cela lui soit imposé par les arguments présentés devant lui.

Ainsi, dans l'arrêt *J. Z.* du 28 juillet²⁷, la Cour de justice est contrainte de prendre en considération la jurisprudence européenne relative à la distinction entre restriction et privation de liberté, lors de l'interprétation de l'article 26, paragraphe 1, de la décision-cadre²⁸, en raison de l'attitude du juge de renvoi qui demandait au juge de l'Union une définition de la notion de « détention », tout en signalant que la Cour EDH en avait déjà plus ou moins donné une. En l'espèce, il s'agissait de savoir s'il était possible de déduire d'une peine d'emprisonnement, effectuée en Pologne, la période pendant laquelle l'individu avait été assigné à résidence et placé sous surveillance électronique, au Royaume-Uni. Après avoir affirmé que la notion de « détention » était une notion autonome du droit de l'Union²⁹, la Cour déduit du libellé, du contexte et de l'objectif de la disposition interprétée que « la notion de "détention" [...] désigne une mesure non pas restrictive, mais privative de liberté, qui ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une incarcération³⁰ ». Prenant en considération le respect des droits fondamentaux, ici le droit à la liberté garanti par l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux et le principe de proportionnalité dans l'application des peines garanti par l'article 49, paragraphe 3, de la Charte³¹, elle indique que la notion considérée « doit être interprétée comme visant, outre l'incarcération, toute mesure ou tout ensemble de mesures imposées à la personne concernée, qui, en raison de leur genre, de leur durée, de leurs effets et de leurs modalités d'exécution, privent la personne concernée de sa liberté de manière comparable à une incarcération³² ». Puisque le droit de la CEDH était visé par la juridiction de renvoi, que l'article 6 de la Charte correspond à l'article 5 de la Convention et que l'article 52, paragraphe 3, de la Charte oblige à tenir compte de l'interprétation de la Cour européenne, le juge de l'Union « corrobore³³ » son interprétation par celle de son homologue européen. Il reprend ainsi l'ordre posé dans l'arrêt *J. N.* du 15 février³⁴ – d'abord le droit de l'Union, ensuite le droit de la Convention –, ordre qui se justifie par les explications afférentes à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte selon lesquelles cette disposition « vise à assurer la cohérence nécessaire entre les droits contenus dans la Charte et les droits correspondants garantis par la CEDH, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et [surtout ?] de la Cour de justice de l'Union européenne³⁵ ». La jurisprudence de la Cour EDH, choisie peut-être de façon légèrement orientée³⁶, confortant la Cour de justice dans sa solution³⁷, cette dernière encourage le juge polonais à ne pas qualifier les mesures litigieuses de « détention »³⁸. Ce dernier peut toutefois retenir une solution moins sévère, « sur le fondement du seul droit national », dès lors que l'article 26, paragraphe 1, de la décision-cadre « se limite à imposer un niveau de protection minimal des droits fondamentaux de la personne visée par le mandat d'arrêt européen³⁹ ». En tout état de cause, il est rappelé au juge national que l'article 26, paragraphe 2, de la décision-cadre lui permet d'obtenir toutes les informations, de la part de l'autorité compétente de l'État membre d'exécution, propres à éclairer son appréciation de la situation⁴⁰.

Dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* du 5 avril⁴¹, la prise en considération du droit de la Convention s'explique également par la correspondance des droits fondamentaux dont le respect devait être assuré en l'espèce, mais aussi par le fait que les arrêts de la Cour EDH peuvent fournir des éléments sur les conditions de détention dans certains États membres de l'Union. La question étant de déterminer les conditions dans lesquelles le juge allemand pouvait, voire

27 CJUE, 28 juillet 2016, *J. Z.*, aff. C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610.

28 Qui permet de déduire de la durée totale de privation de liberté subie dans l'État membre d'émission, toute période de détention résultant de l'exécution du mandat d'arrêt européen.

29 Point 37.

30 Point 46.

31 Point 42.

32 Point 47.

33 Point 48.

34 CJUE, 15 février 2016, *J. N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, points 46 et 47 ; obs. C. VIAL, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2016. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2017, p. 45.

35 Arrêt *J. Z.* précité, point 50.

36 Si la Cour de justice cite les arrêts *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980 (n° 7367/76, CE:ECHR:1980:1106JUD000736776, § 92) et *Buzadji c. République de Moldova* du 5 juillet 2016 (n° 23755/07, CE:ECHR:2016:0705JUD002375507, § 103), c'est finalement l'arrêt *Villa c. Italie* du 20 avril 2010 (n° 19675/06, CE:ECHR:2010:0420JUD001967506, § 43 et 44) qui retient son attention alors que les mesures prises à l'encontre de M. Z. paraissent plus restrictives que celles prises à l'encontre de M. Villa.

37 Arrêt *J. Z.* précité, points 51 à 53.

38 *Ibid.*, point 54.

39 *Ibid.*, point 55.

40 *Ibid.*, point 56.

41 CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 ; obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2016. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2017, p. 56.

devait, refuser la demande de remise d'une personne, ici à la Hongrie et à la Roumanie⁴², la Cour de justice interprète les articles 1^{er}, paragraphe 3, 5 et 6, paragraphe 1, de la décision-cadre en ce sens que, « en présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, en cas de remise audit État membre. À cette fin, elle doit demander la fourniture d'informations complémentaires à l'autorité judiciaire d'émission, laquelle, après avoir, au besoin, requis l'assistance de l'autorité centrale ou de l'une des autorités centrales de l'État membre d'émission, au sens de l'article 7 de la décision-cadre, doit communiquer ces informations dans le délai fixé dans une telle demande. L'autorité judiciaire d'exécution doit reporter sa décision sur la remise de la personne concernée jusqu'à ce qu'elle obtienne les informations complémentaires lui permettant d'écarter l'existence d'un tel risque. Si l'existence de ce risque ne peut pas être écartée dans un délai raisonnable, cette autorité doit décider s'il y a lieu de mettre fin à la procédure de remise⁴³ ».

Attendue, la solution de la Cour ne s'éloigne pas de celle retenue par la Cour EDH s'agissant de l'application de l'article 3 de la Convention⁴⁴, disposition à laquelle l'article 4 de la Charte correspond⁴⁵. Elle ne s'éloigne pas trop, non plus, de sa propre jurisprudence, en particulier l'arrêt *N. S. e.a.* du 21 décembre 2011 dans lequel elle a interprété l'article 4 de la Charte en ce sens « qu'il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'«État membre responsable» au sens du [règlement Dublin II⁴⁶] lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de cette disposition⁴⁷ ». Il faut dire que « l'interdiction des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, prévue à l'article 4 de la Charte, [...] revêt un caractère absolu en tant qu'elle est étroitement liée au respect de la dignité humaine visée à l'article 1^{er} de la Charte⁴⁸ », ce caractère absolu étant confirmé par les articles 3 et 15, paragraphe 2, de la CEDH⁴⁹. Il faut dire aussi que le droit de l'Union, pour être autonome et spécifique – comme la Cour l'a souligné, dans l'avis 2/13, aux fins de rejeter le projet d'accord portant adhésion de l'Union à la Convention⁵⁰ –, ne saurait permettre de porter atteinte aux droits fondamentaux, en particulier ceux intangibles. La Cour rappelle d'ailleurs avoir déjà admis, justement dans l'avis 2/13⁵¹, que « des limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre États membres [pouvaient] être apportées “dans des circonstances exceptionnelles”⁵² ».

Vouloir mettre en œuvre à tout prix le système du mandat d'arrêt européen, alors qu'il est basé sur une équivalence toute relative des systèmes nationaux s'agissant de la protection des droits fondamentaux, affaiblirait un peu plus l'Union dans un contexte déjà difficile et – ce qui est gênant dès lors qu'elle refuse le contrôle du droit de l'Union par la Cour EDH – délégitimerait la Cour de justice. Cela étant, suspendre la mise en œuvre du système en dehors du cas de la violation grave et persistante des valeurs de l'Union, sans autre précaution, remettrait en question le principe de reconnaissance mutuelle, « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière pénale, et, plus grave, nuirait à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, objectif assigné par les États membres à l'Union⁵³. La Cour indique dès lors la manière dont l'autorité judiciaire d'exécution doit apprécier l'existence d'un « risque réel⁵⁴ » de traitement inhumain ou dégradant sur la base, « notamment de décisions judiciaires internationales, telles que les arrêts de la Cour EDH, de décisions judiciaires de l'État membre d'émission ainsi que de décisions, de rapports et d'autres documents établis par les organes du Conseil de l'Europe ou relevant du système des Nations unies⁵⁵ ». À cet égard, des conditions générales de détention dégradées ne suffisent pas à justifier un refus d'exécution du mandat

42 Dans lesquels les conditions de détention ont donné lieu à des arrêts de condamnation de la Cour EDH rappelés aux points 43 et 60 du présent arrêt.

43 Point 104.

44 Points 87 et 90.

45 Point 86.

46 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, *JOUE* n° L 50, 25 février 2003, p. 1. Ce règlement a depuis été remplacé par le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, p. 31.

47 CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. e.a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, point 106.

48 Arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, point 85.

49 *Ibid.*, point 86.

50 CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 ; obs. C. VIAL, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2014. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2015, p. 133.

51 Au point 191.

52 Arrêt *Aranyosi et Căldăraru*, point 82.

53 Les raisons d'être du système du mandat d'arrêt européen sont d'ailleurs largement exposées par la Cour, du point 75 au point 78 de son arrêt, pour rappeler que le principe fondamental est celui de l'exécution du mandat d'arrêt européen par les États membres (points 79 et 80).

54 Point 88.

55 Point 89.

d'arrêt européen⁵⁶. Il faut impérativement, en plus, qu'« il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, [la] personne courra un risque réel d'être soumise dans cet État membre à un traitement [proscrit par l'article 4 de la Charte]⁵⁷ ». Pour procéder à cette appréciation *in concreto*, l'autorité judiciaire doit recueillir rapidement des informations et, à cette fin, faire usage, notamment, du mécanisme prévu à l'article 15, paragraphe 2, de la décision-cadre⁵⁸. Mais le constat d'un risque individuel réel ne conduit pas automatiquement à un refus, la Cour recommandant le report de l'exécution du mandat d'arrêt européen plutôt que son abandon pur et simple⁵⁹. Pour préserver autant que faire se peut la coopération judiciaire, Eurojust est informée, de même que le Conseil en cas de retards répétés⁶⁰. L'article 6 de la Charte est respecté conformément aux indications fournies par la Cour dans l'arrêt *Lanigan*⁶¹. Dans le cas où l'issue de la procédure ne permettrait pas définitivement d'écarter l'existence d'un risque individuel réel, on suppose que l'abandon est la seule solution acceptable. La Cour préfère viser, à la toute fin de son raisonnement, le cas inverse où la personne serait finalement remise en l'absence de risque, pour dire, c'est heureux, que l'exécution du mandat d'arrêt européen est « sans préjudice de la possibilité pour la personne concernée, une fois remise, d'exploiter, dans l'ordre juridique de l'État membre d'émission, les voies de recours qui lui permettent de contester, le cas échéant, la légalité des conditions de sa détention dans un établissement pénitentiaire de cet État membre⁶² ». La confiance réciproque a décidément la vie dure.

Malgré les doutes quant à la capacité de certains États membres à respecter le « standard de protection des droits fondamentaux garanti par le droit de l'Union⁶³ », l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* permet de sauvegarder le système du mandat d'arrêt européen. Ce dernier apparaît toujours comme la panacée. La Cour a d'ailleurs affirmé, dans l'arrêt *Petruhhin* du 6 septembre, que « les articles 18 et 21 TFUE [devaient] être interprétés en ce sens que, lorsqu'un État membre dans lequel un citoyen de l'Union, ressortissant d'un autre État membre, s'est déplacé, se voit adresser une demande d'extradition par un État tiers avec lequel le premier État membre a conclu un accord d'extradition, il est tenu d'informer l'État membre dont ledit citoyen a la nationalité et, le cas échéant, à la demande de ce dernier État membre, de lui remettre ce citoyen, conformément à la décision-cadre 2002/584, pourvu que cet État membre soit compétent, en vertu de son droit national, pour poursuivre cette personne pour des faits commis en dehors de son territoire national⁶⁴ ». Autrement dit, un mandat d'arrêt européen émis par l'Estonie et exécuté par la Lettonie vaut toujours mieux qu'une extradition vers la Russie. Dans le cas où le système du mandat d'arrêt européen ne pourrait être utilisé de façon à faire échec à la procédure d'extradition d'un citoyen de l'Union vers un État tiers, l'article 19, paragraphe 2, de la Charte doit en tout état de cause être respecté. Dès lors que cette disposition est à rapprocher de l'article 4 de la Charte, la Cour s'appuie sur l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* pour établir les critères du contrôle devant être réalisé par l'État membre requis. C'est ainsi que répondant au juge letton qui demandait s'il était possible de se limiter à constater que la Russie était partie à la CEDH ou s'il fallait examiner concrètement la situation dans cet État en tenant compte de son évaluation par le Conseil de l'Europe⁶⁵, la Cour de justice rappelle que la Cour EDH elle-même⁶⁶ oblige à prendre en considération, plus que « l'existence de déclarations et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux », la présence de « sources fiables [faisant] état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention⁶⁷ ». Elle reprend alors la première partie du raisonnement qu'elle avait tenu à propos du système du mandat d'arrêt européen et indique au juge de renvoi qu'en cas de risque réel de traitements inhumains ou dégradants, risque démontré grâce aux « éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés⁶⁸ » mis en avant dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*⁶⁹, l'extradition est à refuser.

Le contrôle requis dans l'arrêt *Petruhhin* est indéniablement plus défavorable à la remise que celui établi dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*. La confiance n'est pas de mise dans le cadre du Conseil de l'Europe et de la CEDH, alors qu'elle l'est dans le cadre de l'Union européenne, même si l'ensemble des arrêts rendus, au cours de l'année 2016, s'agissant de la mise en œuvre du système du mandat d'arrêt européen, pourrait faire douter de l'équivalence des niveaux de protection des droits fondamentaux dans les États membres. Comme nous l'avons dit, c'est finalement au juge de l'Union que l'on doit la préservation de la confiance dans le principe de la reconnaissance mutuelle. Tous les États membres ne protégeant pas les droits fondamentaux au même niveau, la confiance réciproque pourrait être altérée. Si ce n'est pas le cas, c'est uniquement parce que la Cour de justice interprète les dispositions de la décision-cadre de façon à garantir les droits fondamentaux, obligeant les États à atteindre un certain niveau de protection de ces droits

56 Points 91 à 93.

57 Point 94.

58 Points 95 à 97.

59 Point 98.

60 Point 99.

61 Points 100 à 102. V. CJUE, 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C273/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, points 58 à 61 ; obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2015. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2016, p. 114.

62 Point 103.

63 Selon l'expression retenue par la Cour de justice au point 88 de l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru*.

64 CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, aff. C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630, point 50 ; obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), « Jurisprudence de la CJUE 2016. Décisions et commentaires », *Bruylant*, 2017, p. 85.

65 Point 55.

66 Cour EDH, 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, CE:ECHR:2008:0228JUD003720106, § 147.

67 Arrêt *Petruhhin*, point 57.

68 Point 59.

69 Au point 89.

sous peine de se voir refuser l'exécution des mandats d'arrêt européen qu'ils délivrent. La coopération judiciaire en matière pénale peut continuer à se développer, la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice peut se poursuivre. À cet égard, l'action du juge, comme souvent dans le cadre de l'Union, se combine utilement à celle du législateur qui participe au mécanisme de la reconnaissance mutuelle en adoptant des mesures de rapprochement propres à favoriser cette reconnaissance. Des directives telles que celle portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales⁷⁰ ou celle concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen⁷¹, sont essentielles à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La méthode utilisée aux fins de l'établissement et du bon fonctionnement de cet espace n'a rien d'original dans la mesure où c'est celle qui est depuis longtemps employée s'agissant du marché intérieur. Il s'agit toujours d'en passer par une fiction de confiance réciproque dans le but de la rendre tangible. L'exercice est tout au plus moins aisé dans le contexte actuel, contexte marqué par une forte tendance, dans les États membres, à oublier les valeurs de l'Union alors même qu'elles sont censées leur être communes en vertu de l'article 2 du TUE.

C. VIAL

II- La protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne en 2016 : entre évolutions et interrogations

L'adoption le 27 avril 2016, du règlement 2016/679 « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » dit règlement général sur la protection des données⁷² et de la directive 2016/680 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données »⁷³, au terme d'une procédure qui aura duré plus de quatre années⁷⁴, est l'occasion de revenir sur les paradoxes de ce droit fondamental tel qu'il est consacré dans l'Union.

En effet, si l'adoption de ce paquet législatif marque une avancée notable de la protection du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel consacré à l'article 8 de la Charte, il conduit toutefois dans le même temps à renforcer la légitimité des limitations à son exercice.

Les apports de ce paquet législatif à la protection des données à caractère personnel sont multiples. Sans adopter une démarche visant à l'exhaustivité, on relèvera que le règlement renforce le contrôle des individus sur leurs données personnelles au travers de précisions apportées, notamment, au droit d'accès de la personne concernée aux données personnelles la concernant et aux modalités de leur traitement éventuel⁷⁵. Les droits de rectification et d'effacement ou encore le droit à la portabilité des données⁷⁶ sont également précisés permettant l'émergence d'un droit à l'autodétermination informationnelle dans l'Union. La volonté de protéger les individus découle également du principe de protection des données dès la conception des modalités de traitement afin de limiter au strict nécessaire les risques engendrés pour les droits et libertés⁷⁷ ou encore des précisions apportées aux pouvoirs des autorités nationales de contrôle sur lesquelles repose en grande partie la garantie effective du droit à la protection des données à caractère personnel. S'agissant de l'utilisation des données personnelles en matière pénale, la directive introduit, en s'efforçant de suivre la construction du règlement général, de nombreuses garanties absentes de la décision-cadre. Il en va ainsi par exemple du principe du traitement loyal des données, des conditions à remplir pour exploiter certaines catégories

70 Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 65, 11 mars 2016, p. 1.

71 Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *JOUE* n° L 297, 4 novembre 2016, p. 1.

72 *JOUE* n°L 119 du 4 mai 2016 p. 1. Règlement abrogeant la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE* n°L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

73 *JOUE* n°L 119 du 4 mai 2016 p. 89. Directive abrogeant la décision-cadre du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, *JOUE* n° L 350 du 30 décembre 2008, p. 60.

74 Celle-ci s'est formellement ouverte par l'adoption par la Commission de sa communication du 25 janvier 2012 « Protection de la vie privée dans un monde en réseau – Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21e siècle », COM(2012) 9 final accompagnant la proposition de directive (COM(2012) 10 final « relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données ») et de règlement (COM(2012) 11 final « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »).

75 Art. 15 du règlement général sur la protection des données.

76 Articles 16 à 20 du règlement.

77 Article 25 du règlement, principe également dénommé *Privacy by design*.

particulièrement sensibles de données⁷⁸ ou encore du droit d'accès à ses données⁷⁹. Au-delà de ces progrès sur le plan substantiel, le changement d'instrument juridique permet de mettre en place un régime juridique plus homogène aux dispositions plus aisément invocables par les particuliers. En effet, le règlement général sur la protection des données doit remplacer la directive 95/46, et la directive 2016/680 en matière pénale vise à remplacer la décision-cadre 2008/977, instrument dont on sait qu'il ne peut pas se voir reconnaître d'effet direct⁸⁰. Le régime juridique du droit à la protection des données tel qu'il résultera de ces deux instruments lorsqu'ils seront applicables au 25 mai 2018 bénéficiera donc d'un effet direct complet pour les dispositions du règlement général et d'un effet direct en cas de mauvaise transposition pour celles issues de la directive⁸¹. Les avancées sont donc nombreuses et le renforcement du droit à la protection des données à caractère personnel réel par rapport à la situation antérieure au sein de l'Union européenne. De ce point de vue, le résultat de l'exercice par l'Union d'une de ses rares compétences normative portant sur les droits fondamentaux est plutôt concluant.

Cela n'empêche toutefois de formuler quelques interrogations relatives à ce nouveau cadre juridique et, plus généralement, au droit à la protection des données personnelles tel qu'il est envisagé par l'Union. Le nouveau cadre juridique dessiné par le règlement et la directive pose en réalité, comme cela a déjà été souligné dans cette chronique⁸², un double standard de protection au détriment des droits des individus confrontés à la collecte et au traitement de leurs données personnelles en matière pénale, la directive offrant des garanties globalement moindres que le règlement général sur la protection des données. L'article 16 du TFUE permettant l'adoption d'actes de droit dérivé relatifs à la protection des données à caractère personnel pour l'ensemble des matières relevant du champ d'application du droit de l'Union, à l'exception de la PESC, le choix d'adopter un régime juridique différent selon que le traitement relève ou pas de la matière pénale est donc un choix politique. Choix que l'on pourra juger contestable si l'on admet qu'un risque accru d'ingérence dans l'exercice d'un droit devrait supposer des garanties renforcées, mais il est probable que les États ne souhaitaient pas se voir contraints davantage dans l'exercice de leur politique pénale. On regrettera aussi la grande complexité du règlement qui, avec ses presque 100 articles précédés de 173 considérants apporte, certes des précisions sur les modalités d'exercice du droit à la protection des données, mais au détriment de sa lisibilité et *in fine* de l'accessibilité au droit dont il définit le régime juridique.

Au-delà de ces remarques portant sur le résultat de la réforme, la manière dont le droit à la protection des données personnelles est envisagé par l'Union européenne depuis la directive 95/46 n'a visiblement pas évolué. En effet, si l'objet du règlement comme de la directive de 2016 réside dans la protection de ce droit fondamental au niveau de l'Union⁸³, c'est avant tout dans le but de définir un standard commun qui interdira aux États de mettre en avant leur droit national à la protection des données pour s'opposer à la libre circulation et au traitement des données personnelles en Europe⁸⁴. Issu du droit au respect de la vie privée, le droit à la protection des données personnelles semble alors surtout servir à en permettre la limitation en définissant les modalités selon lesquelles il est possible de porter atteinte à la vie privée des individus au travers de leurs données personnelles pour en faciliter la circulation. Cette image d'un « droit pragmatique » visant à accompagner les évolutions de la société de l'information en s'efforçant d'en encadrer les excès est corroborée par l'adoption, le même jour que la directive et le règlement, de la directive 2016/681 relative à l'utilisation des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité⁸⁵. Va dans le même sens l'adoption de la nouvelle décision relative à l'adéquation de la protection assurée par les États-Unis au sens de l'article 25 § 6 de la directive 95/46 et mettant en place le « bouclier de protection des données » ou *privacy shield*⁸⁶. Remplaçant la décision *Safe Harbor* invalidée par la Cour dans son arrêt *Schrems* en 2015⁸⁷, la décision présente certes des avancées, mais ne parvient toutefois pas à résoudre la différence de conception du droit à la protection des données à caractère personnel et de son importance des deux côtés de l'Atlantique⁸⁸.

78 Comparer à cet égard l'art 6 de la décision-cadre et l'article 10 de la directive. La première indique que le traitement des données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale ou portant sur la santé ou la vie sexuelle « n'est autorisé que par une loi qui précise les mesures garantissant la sauvegarde de l'intérêt légitime de la personne concernée », alors que la seconde précise en outre que le traitement « est autorisé uniquement en cas de nécessité absolue, sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée ».

79 Articles 14 et 15 de la directive.

80 Confirmant l'impossibilité d'étendre sa jurisprudence relative à l'effet direct des directives mais retenant l'obligation d'interprétation conforme CJCE, 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03.

81 D'autant plus que de nombreux articles de la directive sont rédigés de façon suffisamment claire et précise pour se voir reconnaître un effet direct par la Cour. Voy. notamment les art 4, 7, 8, 10, 13, 14 ou 16.

82 *ADUE* 2012, pp. 479 s.

83 Comme le rappellent les cons. 1-3 de la directive et 1-2 du règlement.

84 Voy. l'article 1^{er} du règlement et de la directive.

85 *JOUE*, n° L 119 du 4 mai 2016, p. 132. Le Parlement européen avait d'ailleurs exigé l'adoption du paquet données personnelles pour accepter le vote de cette directive mettant en place le « PNR européen ».

86 Décision d'exécution 2016/1250 du 12 juillet 2016, *JOUE* n° L 207 du 1^{er} août 2016, p. 1.

87 CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, *ADUE*, 2015, p. 444, obs. C. Vial.

88 Elle fait d'ailleurs déjà l'objet de deux recours devant le Tribunal, notamment sur le fondement des art. 7, 8 et 47 de la Charte (affaires T-738/16 (*La Quadrature du Net e.a. c/ Commission*) et T-670/16 (*Digital Rights Ireland c/ Commission*)). La décision étant fondée sur la directive 95/46, elle a de toute façon vocation à être remplacée au plus tard le 25 mai 2018 lorsque le règlement général sur la protection des données sera applicable. Son article 4 § 4 prévoit également sa réévaluation par la Commission.

Droit protecteur ou prétexte pour légitimer les atteintes inévitables à la vie privée que la multiplication des traces numériques que nous laissons sur la toile provoque ? S'il est possible de s'interroger sur ce point à la lecture des actes de droit dérivé adoptés par l'Union durant l'année 2016, il semble toutefois que la Cour de justice soit déterminée à utiliser ce droit pour défendre la vie privée. C'est en tout cas ce qui ressort de son arrêt *Tele2 Sverige* prononcé en grande chambre le 21 décembre 2016⁸⁹. Tirant les conséquences de son arrêt *Digital Rights Ireland*⁹⁰ concernant les législations nationales adoptées en application de la directive 2006/24 invalidée, la Cour de justice réaffirme avec force l'incompatibilité d'une surveillance générale et indifférenciée des individus avec le droit à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, ce quel que soit la légitimité du motif poursuivi. Elle accompagne toutefois sa condamnation d'un mode d'emploi à destination des États membres leur permettant de déterminer sous quelles conditions ils peuvent prévoir la conservation et l'accès des données relatives au trafic et des données de localisation dans le but de lutter contre la criminalité⁹¹. S'agissant de la conservation des données, la réglementation nationale doit ainsi « prévoir des règles claires et précises régissant la portée et l'application d'une telle mesure » ainsi que des « garanties suffisantes permettant de protéger efficacement » les personnes concernées contre des risques d'abus⁹². Son ampleur doit également être précisément délimitée à ce qui est strictement nécessaire compte tenu de l'objectif poursuivi, ce s'agissant des données effectivement conservées mais aussi du public visé⁹³. S'agissant de l'accès aux données collectées, il doit répondre à une stricte proportionnalité suivant des règles claires indiquant les circonstances et les conditions suivantes lesquelles un tel accès aux données détenues par les fournisseurs de services de communications électroniques peut être prévu⁹⁴, le respect de ces exigences devant faire l'objet d'un contrôle préalable effectué par un organe indépendant intervenant à la suite d'une demande dûment motivée des autorités nationales après que ces dernières aient, lorsque cela ne porte pas atteinte aux enquêtes menées, informé les personnes concernées.

R. TINIÈRE

III- Le contrôle non juridictionnel des droits fondamentaux dans l'Union : Première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit

Si l'année 2015 n'avait pas été celle de l'utilisation des nouveaux mécanismes non-juridictionnels de protection des droits fondamentaux élaborés en 2014 par la Commission et le Conseil⁹⁵, l'année 2016 s'est avérée plus fructueuse en la matière. Outre la poursuite de la réflexion sur la mise en place d'un mécanisme de suivi du respect des valeurs de l'article 2 TUE⁹⁶, l'obstination du gouvernement polonais à museler son tribunal constitutionnel a conduit à la première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit⁹⁷, ou procédure « pré-article 7 TUE ».

Les sources des difficultés que rencontre la Pologne avec l'État de droit depuis l'accession au pouvoir du parti Droit et Justice (PiS) sont bien connues et résident, pour l'essentiel, dans la volonté du pouvoir en place d'exercer un contrôle sur le fonctionnement et les pouvoirs du tribunal constitutionnel. Le parlement polonais a en effet annulé la nomination de plusieurs juges désignés par le pouvoir sortant⁹⁸ puis, confronté au refus du Tribunal d'appliquer cette décision jugée anticonstitutionnelle, a adopté une loi concernant le fonctionnement du Tribunal et l'indépendance de ses juges. Par une décision du 9 mars 2016, cette loi a été jugée anticonstitutionnelle et portant atteinte à l'État de droit par le Tribunal qui a décidé de continuer à fonctionner sans en tenir compte. En réponse, le gouvernement polonais a décidé de refuser la publication au journal officiel des arrêts du Tribunal à compter de celui du 9 mars 2016, provoquant une insécurité juridique croissante au fil des arrêts non publiés prononcés par le ce dernier.

C'est dans ce contexte que la Commission a décidé, en ouvrant une « enquête préliminaire » le 13 janvier 2016⁹⁹, d'utiliser pour la première fois son nouveau cadre pour renforcer l'État de droit. Au terme de l'année 2016 qui a vu se succéder ses différentes étapes, il n'est pas certain que ce mécanisme de suivi ait répondu à toutes les attentes placées en lui, la Commission semblant bien en peine de parvenir à imposer le respect effectif de l'État de droit à un pouvoir

89 aff. jtes C-203 et 698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

90 CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. jtes C-293 et 594/12, ECLI:EU:C:2014:238, *ADUE*, 2014, p. 359, obs. R. Tinière.

91 Pts 108 s. de l'arrêt *Tele2*.

92 pt. 109.

93 Respectivement pts 110 et 111.

94 Pt 119.

95 Cette Chronique, *ADUE*, 2014, p. 353 et *ADUE*, 2015, p. 449.

96 Voy. not. l'avis 2/2016 de l'Agence des droits fondamentaux « Opinion of the FRA on the development of an integrated tool of objective fundamental rights indicators able to measure compliance with the shared values listed in Article 2 TEU based on existing sources of information » du 8 avril 2016 et l'analyse approfondie de T. Evas et W. Van Ballegooij, « An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights » disponible sur le site du Parlement européen : [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2016\)579328](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2016)579328)

97 Voy. S. Labayle, « Respect des valeurs de l'Union européenne en Pologne : première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit », *European Papers*, vol. 1, 2016, n°3, p. 1283.

98 5 juges dont 3 nommés pour occuper des sièges vacants, les 2 autres nominations étant d'une validité plus contestable car anticipant des vacances à venir.

99 MEMO/16/62 du 13 janvier 2016.

politique qui s'arc-boute sur sa légitimité démocratique pour contester ce qu'il considère comme des ingérences dans une affaire purement interne.

S'appuyant sur les avis de la Commission de Venise¹⁰⁰ qui a, en outre, fort opportunément proposé durant cette année une « liste des critères de l'État de droit » qu'elle présente comme « un instrument d'évaluation du degré de respect de l'État de droit dans un pays, sur la base de ses structures constitutionnelles et juridiques, de la législation en vigueur et de la jurisprudence »¹⁰¹, la Commission européenne a successivement adopté un « avis concernant l'État de droit » en Pologne¹⁰², le 1^{er} juin, et une première « recommandation concernant l'État de droit »¹⁰³ le 27 juillet. Si l'avis se contente de formaliser les préoccupations de la Commission quant à la situation de l'État de droit en Pologne, la recommandation dresse, quant à elle, une liste précise des griefs et des actions à entreprendre pour mettre fin à la « menace systémique » identifiée par la Commission. Il est ainsi demandé aux autorités polonaises, dans un délai de trois mois, de reconnaître la composition du Tribunal constitutionnel incluant les trois juges régulièrement nommés par l'ancienne majorité ; de publier et exécuter pleinement les décisions rendues par le Tribunal en veillant à ce que ses décisions ultérieures soient automatiquement publiées sans intervention des autres pouvoirs ; de veiller à ce qu'une éventuelle réforme du fonctionnement du Tribunal respecte l'avis de la Commission de Venise et préserve l'efficacité de son rôle de garant de la Constitution ; de veiller également à ce que le Tribunal puisse examiner la constitutionnalité de la nouvelle loi réformant son fonctionnement adoptée le 22 juillet 2016 et, enfin, de s'abstenir « d'actes et de déclarations publics susceptibles de miner la légitimité et l'efficacité du Tribunal constitutionnel »¹⁰⁴. Conçue comme étant la dernière étape du dialogue structuré sur l'État de droit, cette recommandation de la Commission a toutefois été suivie d'une seconde recommandation le 21 décembre 2016¹⁰⁵. Présentée comme étant complémentaire à la première recommandation, elle vise à répondre au refus d'obtempérer des autorités polonaises et probablement à renforcer la pression politique sur cet État. La Commission y retrace les derniers événements intervenus en Pologne en lien avec le Tribunal constitutionnel et évoque, par une menace à peine voilée, la possibilité toujours ouverte d'utiliser le mécanisme de l'article 7 du TUE « si une détérioration soudaine survenant dans un État membre nécessitait une réaction plus ferme de l'Union européenne »¹⁰⁶. La recommandation se conclut néanmoins par la réaffirmation de la disponibilité de la Commission pour poursuivre « le dialogue constructif (sic.) entamé avec le gouvernement polonais ».

Au terme de cette présentation rapide du déroulé des événements, il nous semble que cette première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit apporte son lot de confirmations et d'enseignements quant au fonctionnement et à l'utilité de cette procédure.

S'agissant du fonctionnement, il faut d'abord relever le rôle central des analyses de la Commission de Venise dans l'évaluation de la situation polonaise et la définition des remèdes à apporter. En effet, si la Commission ne se réfère pas explicitement à la liste particulièrement détaillée des critères de l'État de droit adoptée en 2016 par la Commission de Venise, ses recommandations se fondent abondamment sur les avis émis par la Commission de Venise à propos des lois réformant le fonctionnement du Tribunal constitutionnel¹⁰⁷. En se fondant sur les analyses d'un organe qui a développé une véritable expertise en matière d'État de droit en Europe, la Commission renforce indéniablement la légitimité de ses appréciations ce dont il faut se féliciter. Cette première utilisation du nouveau cadre pour l'État de droit est ensuite l'occasion pour la Commission d'apporter quelques précisions sur la notion de « menace systémique envers l'État de droit » qui conditionne l'activation du dispositif et à propos de laquelle on avait pu regretter le manque de précisions dans la communication relative au nouveau cadre pour renforcer l'État de droit. Dans sa première recommandation, elle souligne que « Le fait que le Tribunal constitutionnel est empêché d'assurer pleinement un contrôle constitutionnel effectif nuit à son intégrité, à sa stabilité et à son bon fonctionnement, qui constituent l'un des garde-fous essentiels de l'État de droit en Pologne. Lorsqu'un système judiciaire constitutionnel a été mis en place, son efficacité est l'un des éléments clés de l'État de droit »¹⁰⁸. La « menace systémique envers l'État de droit » découle ainsi visiblement de la seule paralysie de la justice constitutionnelle polonaise qui ne permet plus de garantir la constitutionnalité des lois polonaises et affecte, en cascade, l'ensemble du système judiciaire national¹⁰⁹ risquant de provoquer son délitement. Les risques pesant sur l'État de droit revêtent donc bien une nature systémique et il s'agit pour l'heure davantage d'une menace que d'une violation, les effets les plus dévastateurs étant encore à venir si rien n'est fait pour remédier à cette situation. On peut alors comprendre ce critère comme renvoyant à une violation grave des principes de l'État de droit ayant vocation à s'étendre à l'ensemble du système juridique national pour en saper les fondements sans qu'il soit pour

100 Notamment l'avis relatif à la loi relative au Tribunal constitutionnel (opinion n°833/2015 du 11 mars 2016, CDL-AD(2016)001)

101 Étude n°711/2013 du 18 mars 2016 adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière, CDL-AD(2016)007.

102 MEMO/16/2017 du 1^{er} juin 2016.

103 Recommandation (UE) n°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.

104 § 74 de la Communication précitée.

105 Recommandation (UE) n°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 décembre 2016, p. 65.

106 § 69 de la Communication précitée, la Commission se référant à sa Communication de 2014 décrivant le nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit COM(2014) 158 final

107 Outre l'avis du 11 mars 2016 préc., la Commission se réfère à l'avis du 14 octobre 2016 (Opinion n° 860/2016, CDL-AD(2016)026).

108 § 72 de la recommandation 2016/1374 préc.

109 Ce que souligne la Commission § 62 de la recommandation 2017/146 préc.

autant possible de savoir avec certitude si une pluralité d'atteintes limitées à l'État de droit est en mesure d'atteindre le seuil d'une menace systémique et permettre l'activation de ce mécanisme. L'évolution de la situation en Hongrie permettra peut-être d'apporter une réponse à cette question... Il nous semble, enfin, que cette première application du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit met également en évidence la souplesse avec laquelle la Commission l'appréhende et l'applique. C'est ainsi que la recommandation adoptée en juillet 2016 aurait dû, à en croire la présentation de la procédure faite par la communication de 2014, clore la phase de dialogue avec la Pologne pour ouvrir une éventuelle activation du mécanisme prévu à l'article 7 TUE. Pourtant, la Commission a décidé d'adopter une seconde recommandation au terme du délai initialement accordé et ne semble pas s'interdire de poursuivre le dialogue, si du moins les autorités polonaises y consentent, ce alors même que les avancées obtenues sont très maigres¹¹⁰.

Si l'adoption de cette seconde recommandation est la preuve du pragmatisme et de la souplesse d'esprit dont fait preuve la Commission dans l'utilisation de ce mécanisme, elle souligne aussi son utilité limitée lorsqu'il s'agit de faire évoluer le comportement d'un État qui viole sciemment les règles de l'État de droit. Comment prétendre mener un dialogue structuré sur l'État de droit avec un gouvernement qui n'a visiblement aucune envie de discuter et préfère le rapport de force ? De ce point de vue, le bilan qu'il est possible de tirer de cette première application 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...

R. TINIÈRE

IV- La protection des droits fondamentaux aux « frontières » du droit et de l'Union européenne

A- La portée de la Charte dans le cadre des accords internationaux conclus par l'Union

Si l'article 21, § 1, du Traité établissant l'UE (TUE) relatif à la promotion des droits de l'homme par l'Union dans le cadre de son action extérieure ne mentionne pas le texte de la Charte des droits fondamentaux, cela ne signifie pas que ce dernier n'ait aucune résonance internationale, ni que ses dispositions ne puissent pas avoir une portée extraterritoriale. Tel semblait être en effet le sens d'un arrêt rendu par le Tribunal le 10 décembre 2015¹¹¹. Dans cette affaire le Front populaire pour la libération de la sagaia-el-hamra et du rio de oro (plus connu sous le nom de « Front Polisario ») avait introduit un recours en annulation contre le Conseil à la suite de l'accord conclu entre l'Union européenne et le royaume du Maroc sous forme d'échanges de lettres et libéralisant certains secteurs économiques et agricoles. Parmi les moyens soulevés par le Front Polisario se trouvait en effet celui relatif à la violation des droits fondamentaux de la population du Sahara occidental à la suite de la mise en œuvre de cet accord. Accueillant partiellement cet argument, le Tribunal va rappeler dans un premier temps que « la protection des droits fondamentaux de la population d'un tel territoire [le Sahara occidental] revêt une importance particulière et constitue, par conséquent, une question que le Conseil doit examiner avant l'approbation d'un tel accord » (point 227). Puis le Tribunal va considérer que « s'agissant d'un accord tendant à faciliter, notamment, l'exportation vers l'Union de divers produits en provenance du territoire en question, le Conseil doit examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents afin de s'assurer que les activités de production des produits destinés à l'exportation ne sont pas menées au détriment de la population du territoire en question ni n'impliquent de violations de ses droits fondamentaux dont, notamment, les droits à la dignité humaine, à la vie et à l'intégrité de la personne (articles 1^{er} à 3 de la charte des droits fondamentaux), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 5 de la charte des droits fondamentaux), la liberté professionnelle (article 15 de la charte des droits fondamentaux), la liberté d'entreprise (article 16 de la charte des droits fondamentaux), le droit de propriété (article 17 de la charte des droits fondamentaux), le droit à des conditions de travail justes et équitables, l'interdiction du travail des enfants et la protection des jeunes au travail (articles 31 et 32 de la charte des droits fondamentaux). » (point 228). Estimant enfin que le Conseil ne pouvait prétendre que ces questions relevaient de la seule responsabilité du royaume du Maroc, il aurait dû apprécier lui-même les conséquences de cet accord sur les droits fondamentaux des populations concernées. L'accord est donc annulé. La Cour de justice, saisie sur pourvoi, a rendu un arrêt en grande chambre le 21 décembre 2016¹¹². Mettant l'accent sur le champ territorial de l'accord conclu entre l'Union et le Maroc, en particulier au regard de l'avis consultatif de la Cour internationale de justice et des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale des Nations Unies à propos de la situation du Sahara occidental, elle en conclut que la population du Sahara occidental doit être regardée comme un tiers au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités (point 106), l'accord ne pouvant dans ces conditions produire d'effets juridiques à son égard. L'arrêt du Tribunal est pour cette raison annulé. Si la solution retenue par la Cour de justice ne constitue pas à proprement parler une surprise, tant celle du premier juge pouvait être fragile du point de vue des règles

110 Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les griefs soulevés par la Commission dans les deux recommandations. Ils sont très largement analogues.

111 Aff. T-512/12, ECLI:EU:T:2015:953.

112 Aff. C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973.

du droit international, il n'en demeure pas moins qu'en procédant à une lecture innovante le Tribunal a permis de rappeler que lorsque les institutions agissent elles sont tenues au respect des dispositions de la Charte des droits fondamentaux, et ceci tant au niveau de leur action interne qu'extérieure¹¹³.

Si l'épisode du Front Polisario demeurera sans doute un simple « pilote », il n'en va pas de même de la série à rebondissements, dont nous suivons la nouvelle saison avec intérêt, des accords dits PNR (*Passenger Name Record*) et plus généralement du transfert des données à caractère personnel. La Cour a ainsi été saisie par le Parlement européen pour savoir si le projet d'accord sur le transfert et le traitement de données des dossiers passagers entre le Canada et l'Union européenne était compatible avec les articles 16 TFUE, 6 (vie privée), 7 (protection des données personnelles) et 52 § 1 (limites) de la Charte des droits fondamentaux. Le 8 septembre 2016 l'avocat général P. Mengozzi a rendu ses conclusions sans que l'on connaisse, au moment où ses lignes sont écrites, le *cliffhanger* qui sera finalement retenu par la Cour de justice. Les conclusions éclairent cependant les enjeux résultant de la conclusion de tels accords. Tout d'abord c'est la première fois que la Cour est saisie d'une demande d'avis portant sur la compatibilité d'un projet d'accord international avec les dispositions de la Charte. Ecartant la thèse selon laquelle le contrôle de la Cour devrait être restreint eu égard à la conclusion d'un accord international avec des tiers (point 200), l'avocat général estime au contraire que dans la mesure où le transfert de données constitue une ingérence dans les droits invoqués il convient de procéder à un contrôle de l'ensemble des dispositions de l'accord. Il observe à cet égard que les données qui peuvent faire l'objet d'une transmission ne sont pas suffisamment précisées dans l'annexe du projet d'accord (point 225), pouvant ainsi constituer une violation des dispositions invoquées de la Charte. Pour cette raison, au terme d'une analyse détaillée, l'avocat général propose à la Cour de justice d'émettre de véritables réserves d'interprétation afin de rendre compatibles certaines d'entre elles avec les articles 6, 7 et 52 § 1 de la Charte et conclut à l'incompatibilité d'autres dispositions avec ces mêmes articles. On observera que l'avocat général mobilise très largement la jurisprudence de la Cour (notamment les arrêts *Digital Rights Ltd.*¹¹⁴ et *Schrems*¹¹⁵), mais aussi que dans le domaine particulier de la protection des données à caractère personnel les membres de la Cour semblent décidés à ne pas restreindre l'étendue de leur contrôle, tant au niveau de l'adoption des actes de droit dérivé que de la conclusion d'un accord international. La Charte, à travers ces accords, recèle donc bien dans ce dernier cas une portée extraterritoriale, puisque c'est moins l'accord en lui-même qui est visé, que les conséquences à venir du traitement par le tiers des données personnelles transférées depuis l'Europe. Il en va ainsi, *a fortiori*, lorsque le tiers est en mesure, comme le prévoit l'accord sous avis, de transférer ensuite ces données personnelles à d'autres tiers (points 295 et s.).

B- La portée de la Charte dans le cadre du Mécanisme européen de stabilité

Le principe selon lequel les institutions et organes de l'Union sont tenus de respecter les dispositions de la Charte lorsqu'ils agissent a été rappelé également dans l'arrêt *Ledra Advertising Ltd et autres* rendu en grande chambre le 20 septembre 2016¹¹⁶. Le 26 avril 2013 la république de Chypre et le Mécanisme européen de stabilité (MES) sont parvenus à un accord sur la restructuration du secteur financier du pays compte tenu de sa fragilisation à la suite de la crise économique et financière survenue les années précédentes. Les requérants étaient titulaires de compte auprès de banques ayant fait l'objet d'une telle restructuration. Certains de leurs avoirs ayant été gelés, d'autres convertis en actions, les requérants ont introduit un recours en indemnités à l'encontre de la Commission et de la Banque centrale européenne en considérant que l'accord violait leur droit de propriété consacré à l'article 17 de la Charte. La Cour de justice annule les ordonnances du Tribunal qui avaient déclaré ces recours irrecevables et décide de juger l'affaire au fond. On sait que dans son arrêt *Pringle*¹¹⁷ la Cour avait indiqué qu'au sens de l'article 51 de la Charte les Etats membres ne « mettent pas en œuvre » le droit de l'Union lorsqu'ils agissent dans le cadre du MES, dès lors qu'il s'agit d'un traité international. A l'inverse, comme dans le contentieux de l'affaire *Ledra*, la Commission européenne, nonobstant son absence de pouvoir décisionnel propre au sein du MES, est tenue de s'assurer que la mise en œuvre du mécanisme est compatible avec le droit de l'Union. Ce rôle de « gardienne des traités » permet ainsi à la Cour de conclure que les institutions qui agissent dans le cadre du MES, comme la Commission, sont donc bien tenues par le respect des dispositions de la Charte au sens de l'article 51. En ce sens, l'arrêt *Ledra* répond aux préoccupations que le Parlement européen avait exprimées dans sa résolution du 13 mars 2014 « sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la troïka (BCE, Commission et FMI) dans les pays sous programme de la zone euro »¹¹⁸. Les députés européens déploraient « que les programmes ne soient pas soumis à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la convention européenne des droits de l'homme et à la charte sociale européenne en raison du fait qu'ils ne reposent pas sur le droit primaire de l'Union » (point 80). L'invocation des dispositions de la Charte à la suite de la

113 Voir par ex. le document de travail du Conseil *Guidelines on methodological steps to be taken to check fundamental rights compatibility at the Council preparatory bodies*, 5377/15 du 20 janvier 2015. Voir également la communication de la Commission au Parlement et au Conseil « Plan d'action en faveur des droits de l'homme et de la démocratie (2015-2019) 'Garder les droits de l'homme au centre des priorités de l'UE' », JOIN(2015) 16 final du 28 avril 2015.

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

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

116 Aff. jtes C-8 à 10/15 P, ECLI:EU:C:2016:701.

117 CJUE, Ass. pl., 27 novembre 2012, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, point 180.

118 P7_TA(2014)0239.

mise en œuvre du MES a cependant peu de chances de prospérer. Tout d'abord, ce mécanisme est actionné lorsque les Etats et l'Union économique et monétaire rencontrent des perturbations graves, systémiques, qui sont susceptibles de les mettre en péril. Or les situations découlant de circonstances exceptionnelles sont traditionnellement peu favorables à la reconnaissance d'une portée étendue des droits fondamentaux. En outre, la mise en balance des intérêts, d'un côté les avoies de requérants individuels, d'un autre côté la sauvegarde des systèmes économiques, monétaires et financiers européens, laissent peu de doute sur l'issue des procédures. Enfin, lorsque l'on sait que l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union suppose une violation suffisamment caractérisée des droits des requérants, la manœuvre apparaît même désespérée. Pour ces raisons, la Cour conclut en l'espèce que les mesures contestées « ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété des requérants » (point 74).

C- La protection des droits fondamentaux aux frontières extérieures de l'Union et au-delà

L'accord conclu le 18 mars 2016 entre l'Union européenne et la Turquie concernant les procédures de réadmission des réfugiés entre les deux territoires peut aisément être qualifié de régressif. Incapables de définir une véritable position commune, ni de réformer les outils juridiques existants comme les y incitait la Commission européenne¹¹⁹, les Etats membres ont préféré revenir au bilatéralisme, au détriment d'une protection renforcée des réfugiés et des demandeurs d'asile. L'accord prévoit ainsi qu'à compter du 20 mars 2016 tout nouveau migrant en situation irrégulière qui arrive sur le territoire de l'UE (en pratique sur l'une des îles grecques) depuis la Turquie est automatiquement renvoyé vers ce dernier Etat. Pour chaque Syrien renvoyé vers la Turquie, l'Union s'engage en contrepartie à accueillir sur son territoire certains réfugiés installés en Turquie en tenant compte des principes de vulnérabilité établis au niveau des Nations Unies¹²⁰. C'est la règle du « 1 pour 1 », mais dont il faut bien mesurer l'incidence pour la protection générale des droits fondamentaux. Celle-ci est triple. En premier lieu, la Turquie s'est vue accorder un soutien financier plus important que prévu (6 milliards d'euros au lieu des 3 initialement négociés) sans que des garanties spécifiques ne viennent l'obliger à assurer des conditions décentes aux réfugiés se trouvant sur son territoire. En second lieu, la Turquie qui connaît d'importants soubresauts politiques, est un pays qui est loin de pouvoir être considéré comme « sûr » dans le cadre d'une protection internationale¹²¹. Ainsi en France le défenseur des droits a adopté un avis considérant que ce mécanisme de réadmission pouvait soulever des difficultés juridiques¹²². En dernier lieu, la Turquie est elle-même un acteur de la crise qui perdure en Syrie et en Irak, notamment au regard de sa position ambiguë vis-à-vis des autres puissances régionales et des territoires à majorité kurde. Cette sous-traitance de la politique migratoire de l'Union est donc critiquable, alors même que les Etats européens ne garantissent pas eux-mêmes toujours un niveau de protection minimal aux réfugiés¹²³. Si l'accord a pu donc faire baisser le nombre de migrants parvenant sur le territoire de l'Union¹²⁴, et certes a contribué à modérer de ce côté-ci de la Méditerranée les terribles naufrages et le trafic d'êtres humains qui en constitue souvent la conséquence, il s'agit bien davantage d'un cache-misère que d'une solution pérenne. Les courants en provenance de la Lybie n'ont pas tari¹²⁵, et l'on voit ici encore l'Union tenter d'externaliser son contrôle aux frontières extérieures¹²⁶, alors que la politique de coopération au développement et la coopération internationale apporteraient des réponses plus efficaces face à un phénomène qui a bien peu de chance de décliner dans les prochaines décennies¹²⁷.

Le règlement (UE) 2016/1624 du Parlement et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes¹²⁸ adopté sur le fondement des articles 77 et 79 du TFUE entend pourtant apporter une réponse commune à la gestion des frontières extérieures de l'Union. Ce texte répond en grande partie aux propositions que la Commission avait émises en décembre 2015¹²⁹ soulignant la nécessité de faire évoluer le corps de garde-frontières, qui soit à la fois aisément mobilisable, supervisant l'ensemble des frontières conjointement avec les Etats

119 Communication de la Commission au Parlement et au Conseil du 6 avril 2016, Vers une réforme du régime d'asile européen et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe, COM(2016) 197 final.

120 Voir Ch. De MARCILLY et A. GARDE, « L'accord UE-Turquie et ses implications », Fondation R. Schuman, disponible à l'adresse : <http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0396-l-accord-ue-turquie-et-ses-implications-un-partenariat-incontournable-mais-sous-conditions>

121 K. PARROT et L. IMBERT, « La 'crise migratoire' fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe », *Revue des juristes de Sc. Po.*, 2016, n° 12, comm. 129.

122 Voir l'Avis 16-18 au Parlement du 8 juillet 2016, disponible à l'adresse : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/avis-au-parlement/16-18>

123 Voir par exemple le Focus de l'Agence européenne des droits fondamentaux de novembre 2016 : *Current migration situation in the EU : hate crime*, disponible à l'adresse : <http://fra.europa.eu/en/publication/2016/current-migration-situation-eu-hate-crime-november-2016>

124 Selon le baromètre eurostat le nombre de demandeurs et de primo-demandeurs d'asile dans l'UE est passé de 1.322.825 en 2015 à 1.010.885 en 2016. Disponible à l'adresse : http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=migr_asyappctza&lang=fr

125 Si l'on se réfère aux chiffres de l'agence FRONTEX pour l'année 2016, les deux principales routes migratoires demeurent la route de la Méditerranée orientale (Turquie, 182.277 migrants) et celle de la Méditerranée centrale (Lybie, 181.459 migrants). Voir <http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/migratory-routes-map/>

126 Conseil européen informel de La Vallette du 03 février 2017.

127 Conclusions du Conseil européen du 26 juin 2016, EUCO 26/16, point 7 : « le Conseil européen rappelle que les migrations sont un défi mondial qui appelle une réponse forte de la communauté internationale »

128 JOUE du 16 septembre 2016, n° L 251, p. 1.

129 COM(2015) 671 final du 15 décembre 2015.

membres voire agissant de sa propre initiative en cas de carence de l'un d'entre eux et disposant aussi d'un mandat pour agir auprès des Etats tiers. Il vise enfin à moderniser le Code frontières Schengen récemment révisé¹³⁰. Ces révisions constituent la réponse apportée par l'Union aux flux migratoires considérables à ses frontières extérieures et aux conséquences qu'elles entraînent au sein des Etats membres eux-mêmes. Ainsi le 12 mai 2016 le Conseil a adopté pour la première fois une décision d'exécution sur le fondement de l'article 29 du Code arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen¹³¹. Cette décision autorise l'Autriche, l'Allemagne, le Danemark, la Norvège et la Suède à maintenir des contrôles aux frontières pour une durée maximale de 6 mois. Si ces contrôles ont une dimension « interne » à l'Union ils résultent cependant des manquements de la Grèce constatés par la Commission qui n'est pas en mesure de faire face aux entrées irrégulières massives sur son territoire¹³². Néanmoins il est difficile de ne pas mesurer l'« impasse »¹³³ dans laquelle se trouvent l'Union et ses Etats aujourd'hui dans ce domaine. Ainsi les manquements de certains Etats, et de la Grèce en tout premier lieu, sont le résultat d'un double mouvement : celui des populations qui fuient les guerres, la pauvreté, les catastrophes environnementales, d'une part, et le maintien des contrôles aux frontières par les autres Etats membres, d'autre part. Schengen apparaît de ce point de vue comme un contresens absolu en termes de solidarité et d'entraide.

Le règlement 2016/1624 répond à cette logique. Les moyens d'action du corps européen sont importants puisque l'Agence (FRONTEX), qui agit conjointement avec les autorités nationales, a vu ses missions renforcées et étendues selon les articles 2 et 8 du règlement de contrôler les frontières afin, notamment, d'assurer des opérations de recherche et de sauvetage en mer, d'analyser les risques pour la sécurité intérieure de l'Union, de coopérer avec les Etats membres et les Etats tiers pertinents mais aussi de les assister, d'adopter des mesures techniques et opérationnelles de lutte contre la criminalité transfrontières¹³⁴. Selon le considérant 14 du règlement 2016/1624, cependant, « Les missions et compétences élargies de l'Agence devraient être contrebalancées par des garanties renforcées en matière de droits fondamentaux et une responsabilité accrue ». Son considérant 47 précise également qu'outre la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme, le corps européen devrait se conformer dans ses missions à un ensemble de conventions internationales, l'Agence disposant pour ce faire d'un « officier aux droits fondamentaux ». Le droit à une bonne administration consacré à l'article 41 de la Charte pourrait en l'espèce revêtir une importance considérable à l'égard des actions menées par l'Agence, suscitant en cela un contentieux virtuellement pléthorique. Reste que l'essentiel des opérations de contrôle relèvent encore des autorités compétentes des Etats membres, la Cour de justice ayant eu l'occasion au cours de l'année 2016 de préciser qu'une personne ne peut être emprisonnée avant le terme de la procédure de retour du seul fait de son entrée irrégulière sur le territoire d'un Etat membre¹³⁵ ou qu'elle doit disposer de voies de recours effectives lors de l'examen d'une demande d'asile¹³⁶.

La menace qui pèsent sur le respect des droits fondamentaux des migrants est donc triple : avant leur arrivée sur le territoire de l'Union (sous-traitance à des Etats tiers peu sûrs), au moment du franchissement d'une frontière extérieure de l'Union (hot spots s'apparentant à une rétention administrative) et enfin sur le territoire même de l'Union (fermeture des frontières et garanties minimales parfois lacunaires). C'est au moment où l'Union connaît une crise politique sans précédent qu'elle ne doit en aucun cas transiger sur ses valeurs, au risque de perdre l'un des piliers essentiels de sa légitimité.

Ch. MAUBERNARD

130 Règlement (UE) 2016/399 du Parlement et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au franchissement des frontières par les personnes, *JOUE* du 23 mars 2016, n° L 77, p. 1.

131 Décision d'exécution (UE) 2016/894, *JOUE* du 8 juin 2016 n° L 251.

132 C(2016) 450 du 2 février 2016.

133 H. LABAYLE, « Schengen : un espace dans l'impasse », *Europe*, mars 2016, n° 3, dossier 2.

134 N. PIÇARRA, « La modification discrète du Code Frontières Schengen par le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières : comblement d'une lacune ? », disponible à l'adresse : <http://eumigrationlawblog.eu/la-modification-discrete-du-code-frontieres-schengen-par-le-reglement-20161624-relatif-au-corps-europeen-de-garde-frontieres-comblement-dune-lacune/>

135 CJUE, gde ch., 7 juin 2016, S. *Affum*, aff. C-47/15, ECLI:EU:C:2016:408.

136 CJUE, gde ch., 7 juin 2016, M. *Gheselbash*, aff. C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409.