



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.419-465, 2020, 2019. hal-03153622

HAL Id: hal-03153622

<https://hal.science/hal-03153622>

Submitted on 26 Feb 2021

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

2019

SOUS LA DIRECTION DE

Romain TINIÈRE

Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes (CRJ EA 1965 – IDEDH EA 3976)

Chaire Jean Monnet¹

EN COLLABORATION AVEC

Caroline BOITEUX-PICHERAL,

Christophe MAUBERNARD

et

Claire VIAL²

Introduction

2019 marque les 10 ans d'application de la Charte des droits fondamentaux contraignante. Dix années durant lesquelles la Charte a progressivement acquis une place de premier plan dans la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, devenant l'instrument de référence des Institutions de l'Union. Invoquée dans près de 2300 affaires durant la période 2009-2019, la Charte figure de plus en plus fréquemment dans les arguments de requérants et le raisonnement de la Cour. Ainsi, en 2019, elle apparaît dans près de 20 % des arrêts prononcés par la Cour de justice. Elle est également de plus en plus présente dans le droit dérivé même s'il lui arrive encore de rester cantonnée à un rôle de figurant. Toutefois, et en caricaturant à peine la situation, si la Charte est devenue incontournable devant les institutions de l'Union, elle demeure encore largement méconnue devant les institutions nationales. En effet, et comme le souligne régulièrement l'Agence des droits fondamentaux dans ses rapports annuels, celui pour l'année 2019 ne dérogeant pas à la règle³, les juridictions nationales comme les législateurs nationaux méconnaissent encore largement la Charte. Sans grande surprise, les citoyens également à en croire un Eurobaromètre publié en 2019 sur la connaissance de la Charte⁴. Si l'enrichissement considérable de la protection des droits fondamentaux dans l'Union résultant de ces dix premières années d'application doit être poursuivi et accompagné d'une évolution plus nette du standard de protection, cela ne sera possible qu'au prix d'une meilleure appropriation de la Charte par les justiciables et leurs conseils dans le cadre national.

Étape intermédiaire plutôt que point d'arrivée, l'année 2019 illustre parfaitement les avancées réalisées et les progrès restant à accomplir en matière de protection des droits fondamentaux dans l'Union, qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour, comme, plus largement, de l'action des institutions de l'Union en la matière.

I- Retour sur les modalités d'application de la Charte, la clarification au prix de l'effectivité des principes ?

Qu'il s'agisse des modalités d'invocation de la Charte ou de ses effets contentieux, l'année 2019 a permis d'apporter une série de précisions sur les questions relatives aux modalités d'application du catalogue des

1 Romain TINIÈRE, CRJ, Université Grenoble-Alpes, Grenoble, France.

2 Caroline BOITEUX-PICHERAL, IDEDH, Université de Montpellier, Montpellier, France ; Christophe MAUBERNARD, IDEDH, Université de Montpellier, Montpellier, France et Claire VIAL, Directeur de l'IDEDH, Université de Montpellier, Montpellier, France.

3 *Fundamental Rights Report 2020*, p. 19. Rapport disponible sur le site de l'Agence des droits fondamentaux (<https://fra.europa.eu/fr>).

4 *Special Eurobarometer 487b*, « Awareness of the Charter of Fundamental Rights of the European Union », enquête réalisée à la demande de la Commission européenne et publiée en juin 2019. Seule une minorité des répondants sont conscients de l'existence de la Charte (42%), la majorité n'ayant jamais entendu parler d'elle. Parmi ceux qui sont au courant de l'existence de la Charte, seulement 12 % affirment savoir ce qu'elle est alors que les 30 % restants avouent en avoir entendu parler sans trop savoir de quoi il s'agit. Pour le dire autrement, seulement 12 % des européens ont une connaissance générale de ce qu'est la Charte des droits fondamentaux.

droits fondamentaux de l'Union. Il apparaît donc nécessaire de revenir rapidement sur ces différentes précisions avant d'essayer de proposer une grille de lecture actualisée des effets contentieux de la Charte devant les juridictions nationales.

Notion centrale ayant déjà fait couler beaucoup d'encre, la notion de « mise en œuvre » du droit de l'Union, au sens de l'article 51 § 1 de la Charte est le point d'entrée pour une éventuelle application de la Charte devant le juge national. Procédant par touches successives, la jurisprudence de la Cour en la matière peine encore à proposer aux juridictions nationales un schéma clairement utilisable pour déterminer si dans une situation interne donnée, la Charte s'applique ou non, même si ce dernier commence progressivement à se dégager autour de l'existence d'une obligation spécifique imposée par le droit de l'Union aux États membres. Dans un arrêt *TSN et AKT*⁵, la Cour vient préciser un peu plus les modalités d'application de ce critère. Les deux demandes préjudicielles, formulées dans le cadre d'un litige relatif au refus d'accorder à des travailleurs ayant été en incapacité de travail pour cause de maladie durant une période de congé annuel payé, un report de celui-ci à concurrence de tout ou partie des jours de maladie concernés, étaient relatives à l'interprétation de l'article 7 de la directive 2003/88/CE⁶ et de l'article 31 § 2 de la Charte prévoyant tous deux le droit à un congé annuel payé. Plus précisément, la juridiction de renvoi s'interrogeait sur le point de savoir si l'octroi de jours de congé annuel payé excédant les 4 semaines obligatoires pour lesquels aucun report pour cause de maladie n'était possible était conforme à ces deux dispositions. Sans grande surprise, la Cour commence par indiquer que la directive 2003/88 prévoit à ses articles 1^{er} et 15 qu'elle ne fixe que des prescriptions minimales que les législations nationales peuvent parfaitement dépasser. Ainsi, la disposition nationale octroyant des jours de congé annuel payé excédant le minimum prévu par la directive n'a pas à se conformer à son article 7 et à prévoir un report en cas d'arrêt maladie. Une réponse différente peut-elle être déduite de l'article 31 § 2 de la Charte consacrant également le droit à une période annuelle de congé payé ? Avant de répondre à cette question, encore faut-il vérifier que le litige au principal relève bien du champ d'application du droit de l'Union, donc que la législation nationale en cause intervient bien dans un domaine dans lequel le droit de l'Union énonce une obligation spécifique applicable. Or, pour la Cour, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, la directive 2003/88 réalisant une harmonisation minimale, elle n'est pas en mesure d'énoncer une obligation concernant les dispositions nationales qui iraient au-delà de ses prescriptions minimales. Un tel constat est conforté par le fait que l'article 153 TFUE sur le fondement duquel la directive a été adoptée⁷ confère à l'Union une compétence partagée pour soutenir et compléter l'action des États membres en matière sociale et prévoit en son paragraphe 4 que les dispositions arrêtées sur son fondement « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités ». Ainsi, selon la Cour, la situation se distingue de celle de ses jurisprudences antérieures en ce que l'État n'est ni investi « d'une liberté de choix entre plusieurs modalités d'application ou d'un pouvoir discrétionnaire ou d'appréciation qui fait partie intégrante du régime établi par (...) acte [de l'Union], ou encore de la situation dans laquelle un tel acte autorise l'adoption, par les États membres, de mesures spécifiques destinées à contribuer à la réalisation de son objet »⁸. L'État agit ici en vertu de sa compétence réservée en dehors du cadre tracé par la directive. N'étant soumis à aucune obligation spécifique énoncée par le droit de l'Union, il ne le met donc pas en œuvre au sens de l'article 51 § 1 de la Charte qui n'a donc pas vocation à s'appliquer à la situation au principal⁹.

D'une logique apparemment implacable, le raisonnement de la Cour aurait toutefois mérité quelques précisions s'agissant de cette absence d'obligation énoncée par le droit de l'Union. En effet, comme l'indique l'article 153 § 4 TFUE et comme le rappelle l'avocat général Bot dans ses conclusions¹⁰, la liberté laissée aux États d'adopter des mesures plus protectrices n'est pas totale puisque de telles mesures doivent être « compatibles avec les traités ». Or, la protection des droits fondamentaux est inscrite à l'article 6 TUE et si la Charte ne fait pas formellement partie des traités, elle en a la même valeur juridique et a vocation à s'appliquer à chaque fois que le droit de l'Union s'applique. Ainsi, de la même façon qu'elle prend soin de vérifier au point 51 de l'arrêt que la législation nationale ne porte pas atteinte à d'autres dispositions de la directive 2003/88, à sa cohérence ou aux objectifs qu'elle poursuit, la Cour aurait pu (dû?) faire de même au regard des droits fondamentaux garantis par la Charte, alors même que la disposition nationale en cause

5 CJUE, gde ch., 19 novembre 2019, *TSN et AKT*, aff. jtes C-609 et 610/17, ECLI:EU:C:2019:981.

6 Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, « concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail », *JOCE* 2003 n°L 299, p. 9.

7 Plus précisément l'article 137 CE devenu 153 TFUE avec le traité de Lisbonne.

8 Arrêt *TSN et AK* préc. pt 50.

9 *Ibid.* pt. 53.

10 Pt 94.

n'était probablement pas contraire à l'article 31 § 2 de la Charte. En effet, le choix qu'elle opère dans cet arrêt conduit à limiter encore une fois la portée de la Charte dans le domaine social en excluant par principe de ce champ toute législation nationale allant au-delà des prescriptions minimales énoncées par une directive fondée sur l'article 153 TFUE qui constitue la principale base juridique en la matière. C'est ainsi que les directives 2019/1158, concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil, et 2019/1152 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union européenne, qui se fondent toutes deux sur l'article 153 TFUE et établissent des prescriptions minimales relèveront de ce régime.

Outre la question de la mise en œuvre du droit de l'Union, la jurisprudence de la Cour de justice en 2019 a été également l'occasion d'apporter d'utiles précisions quant aux effets contentieux de la Charte lorsque celle-ci s'applique effectivement au litige national.

C'est d'abord le cas dans l'affaire *Cresco*¹¹ dans laquelle la Cour confirme et prolonge la solution dégagée dans ses arrêts *Egenberger*¹² et *Bauer*¹³ concernant l'effet direct horizontal de certaines dispositions de la Charte. Si la conformité avec le droit à la non-discrimination en raison des convictions religieuses d'une législation autrichienne octroyant un jour férié payé aux seuls membres de certaines confessions de l'église protestante ne faisait pas grand doute, la question des effets contentieux d'une telle incompatibilité avec la directive 2000/78¹⁴ et l'article 21 de la Charte pouvait poser question. En effet, le litige au principal opposait un salarié à son employeur privé, celui-ci demandant à ce que ce jour férié lui soit payé en dépit du fait qu'il n'était pas membre de l'une des églises concernées. Il ne s'agissait donc pas d'obtenir la simple éviction de la disposition nationale contraire aux droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union, mais la reconnaissance d'effets positifs de ces normes dans un litige horizontal. Reprenant le raisonnement déjà développés dans les arrêts *Egenberger* et *Bauer*, la Cour relève que la directive 2000/78 n'instaure pas elle-même le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail mais se contente de tracer un cadre général visant à la protection de ce droit. Ce dernier revêtant un « caractère impératif en tant que principe général du droit » avant son inscription à l'article 21 § 1 de la Charte¹⁵, le juge national est tenu, tant que la législation nationale ne respecte pas l'égalité de traitement, d'exiger de l'employeur qu'il octroie « aux personnes de la catégorie défavorisée [les] mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée » (pt 79). Ainsi, pour la première fois, la Cour reconnaît qu'une disposition de la Charte peut avoir pour effet de créer un droit subjectif dans le chef des particuliers et, surtout, une obligation correspondante dans celui d'autres particuliers. Autrement dit de déployer un véritable effet direct horizontal. Cette extension des effets contentieux de certaines dispositions de la Charte doit toutefois être contrebalancée par les effets potentiellement importants de l'arrêt *Poplawski 2* rendu en matière de mandat d'arrêt européen¹⁶. En effet, la Cour y revisite en profondeur les effets que les juridictions nationales doivent attacher au droit de l'Union en vertu du principe de primauté en posant comme critère de distinction l'effet direct de la norme. En effet, si le principe de primauté impose au juge national d'interpréter son droit national conformément au droit de l'Union et de laisser inappliquée la norme contraire lorsqu'une telle interprétation conforme est impossible, ce principe ne saurait « aboutir à remettre en cause la distinction essentielle entre les dispositions du droit de l'Union disposant d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues, ni, partant, à instaurer un régime unique d'application de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union par les juridictions nationales » (pt 60). Précisant sa pensée, la Cour indique que « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire à une disposition de droit de l'Union qui est d'effet direct dans le litige dont il est saisi (...). En revanche, une disposition du droit de l'Union qui est dépourvue d'effet direct ne peut être invoquée, en tant que telle, dans le cadre d'un litige relevant du droit de l'Union, afin d'écarter l'application d'une disposition de droit national qui y serait contraire » (pts 61-62). Une telle disposition voit donc ses effets restreints à la simple obligation d'interprétation conforme, que la Cour

11 CJUE, gde ch., 22 avril 2019, *Cresco Investigation GmdH*, aff. C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43.

12 CJUE, 17 avril 2018, aff. C-414/16

13 CJUE, 6 novembre 2018, aff. jtes C-569 et 570/16

14 Directive du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* n°L 303, p. 16.

15 pt. 75 de l'arrêt *Cresco* préc.

16 CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Daniel Adam Poplawski*, aff. C-573/17. Voy. not. A. RIGAUX et D. SIMON, « L'arrêt *Poplawski 2* : accroc limité ou ébranlement général dans la mise en œuvre de la primauté par le juge national ? », *Europe* 2019, étude n°7 et H. CASSAGNABÈRE, Ph. BONNEVILLE et Ch. GÄNSER, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA* 2019, p. 1641.

semble toutefois vouloir renforcer en resserrant son contrôle en la matière sur le juge national. Si les conséquences de cette clarifications (ou revirement en fonction de la lecture de la jurisprudence antérieure) dépassent très largement la seule question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union, la Cour ajoute néanmoins juste après que « le juge national n'est pas tenu, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquée une disposition du droit national incompatible avec une disposition de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, comme son article 27, est dépourvue d'effet direct » (pt 63), renvoyant à son arrêt *Association de médiation sociale*¹⁷.

Cet *obiter dictum* permet tout à la fois de clarifier et de réduire les effets contentieux de la Charte devant les juridictions nationales. En effet, il apparaît désormais nettement que la Charte comporte deux types de dispositions aux effets bien distincts. Celles qui bénéficient d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues. En creusant le fossé des effets juridiques entre ces deux catégories de normes, la Cour renforce d'autant la nécessité de disposer, à défaut d'une liste, d'un critère d'identification clair applicable aux différentes dispositions de la Charte¹⁸. Or, force est de constater que ce n'est pas le cas pour l'instant, ce d'autant plus que la Cour ne semble pas encore être parvenue à arrêter son choix sur la formulation du critère à employer. Elle évoque en effet dans l'arrêt *Poplawski* la distinction entre normes dotées ou dépourvues d'effet direct, alors que les arrêts *Egenberger* et *Bauer* usent du critère du caractère impératif et inconditionnel de la norme et la Charte évoque, quant à elle une distinction entre droits et principes. S'il est fort probable que les principes de la Charte sont des normes dépourvues d'effet direct et de caractère impératif et inconditionnel, à l'inverse des droits qui, eux, jouissent de ces différentes qualités, il serait peut-être bien que la Cour l'affirme clairement et opte pour un critère déterminé.

Dans le but d'essayer de clarifier autant que faire se peut le régime contentieux des différentes dispositions de la Charte devant le juge national, la situation peut être schématiquement présentée de la façon suivante en partant du principe que l'assimilation entre effet direct et « caractère impératif et inconditionnel » proposée précédemment est valable.

Si la disposition invoquée se présente sous la forme d'un droit. Son invocation est possible dès lors que le litige national se situe dans le champ d'application du droit de l'Union. En cas de violation, le juge national devra envisager successivement l'interprétation conforme du droit national à ce droit, l'éviction de la norme nationale contraire et, si nécessaire, la substitution à la norme nationale défailante de cette disposition de la Charte. Une incertitude demeure encore en cas de litige horizontal puisqu'en l'état actuel de la jurisprudence il n'est pas fermement établi que, même impérative et inconditionnelle, une disposition de la Charte soit en mesure de produire de tels effets seule. À ce jour en effet, la Cour a semblé favoriser la constitution d'un agrégat normatif réunissant article de la Charte et disposition d'une directive, tout en rappelant la préexistence d'un principe général du droit et de traditions constitutionnelles communes aux États membres¹⁹.

S'il s'agit d'un principe, l'invocation de la norme supposera, outre l'existence d'un lien de rattachement permettant de placer le litige dans le champ d'application du droit de l'Union, que ce litige porte sur une norme visant à mettre en œuvre le principe, ce dernier devant en outre être concrétisé par une tierce disposition²⁰. Si – par le plus grand des hasards – une telle situation se produisait, le juge national ne serait tenu, en cas de violation du principe consacré par la Charte, que d'interpréter la disposition nationale conformément au principe qui, dépourvu d'effet direct, ne saurait entraîner un effet d'éviction.

Romain TINIÈRE

II La défense de l'État de droit au sein de l'Union européenne, une réponse globale à une menace globale

17 CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

18 Sur l'absence d'un tel critère pour distinguer droits et principes, voy. A. BAILLEUX, « Article 52-2, Portée et interprétation des droits et principes », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, 2^e édition, 2020, pp. 1308-1310.

19 C'est en tout cas le cheminement suivi dans les arrêts *Egenberger* (préc. pt 75) et *Bauer* (préc. pts 80-85), l'arrêt *Cresco* renvoyant au développements dans l'arrêt *Egenberger* sur ce point.

20 Conformément à l'arrêt *Glatzel* (CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, not. pts 74-79 et l'analyse éclairante d'Antoine BAILLEUX préc., spéc. pp. 1310-1315).

La défense de l'État de droit au sein de l'Union européenne a longtemps eu pour cible un seul État membre, la Pologne. A cette cible s'en est ajoutée une autre, la Hongrie. Chacun de ces États est sous le coup d'une procédure au titre de l'article 7, paragraphe 1, du TUE. Chacun de ces États a donc été entendu plusieurs fois par le Conseil : la Pologne en 2018, la Hongrie en 2019²¹. Aucune sanction n'a pour l'instant été prise à leur égard. Une autre cible pourrait bientôt être visée, l'État maltais, qui est dans le collimateur du Parlement européen depuis plus de deux ans²². Le Parlement a ainsi indiqué, dans sa résolution du 18 décembre 2019, qu'il « [faisait] siennes les observations de M^{me} Jourová, vice-présidente de la Commission, selon lesquelles l'incapacité de Malte à promulguer des réformes judiciaires pourrait entraîner le déclenchement de la procédure prévue à l'article 7 »²³. D'autres cibles devraient encore être identifiées à l'avenir, à commencer par la Slovaquie que le Parlement européen lie à Malte²⁴.

Au titre de la défense de l'État de droit, toujours plus d'États membres concernés, donc, mais aussi toujours plus de violations alléguées. On s'est longtemps focalisé sur l'atteinte à l'indépendance de la justice, du fait de la situation en Pologne. Mais ce n'est évidemment pas le seul manquement qui puisse être reproché à un État membre au titre du respect de l'État de droit. D'ailleurs, dans sa résolution sur l'État de droit à Malte, le Parlement européen ne se contente pas de rappeler que « l'indépendance du pouvoir judiciaire est consacrée par l'article 19, paragraphe 1, du traité FUE, par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux et par l'article 6 de la CEDH, et qu'elle constitue une condition essentielle du principe démocratique de séparation des pouvoirs »²⁵ ; il rappelle également que « la liberté d'expression et la liberté et le pluralisme des médias sont consacrés à l'article 11 de la charte des droits fondamentaux et à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) »²⁶. Ceci s'explique par ses préoccupations s'agissant de l'intégrité et de la crédibilité des enquêtes sur l'assassinat de Daphne Caruana Galizia, journaliste spécialisée dans les questions de corruption, enquêtes à propos desquelles il « constate que l'action du gouvernement [...] est largement perçue comme négative et que la confiance et la crédibilité des institutions est en baisse »²⁷, alors que « la confiance incontestée à l'égard de la procédure d'enquête, tant de la part des citoyens maltais que de la communauté européenne, est de la plus haute importance »²⁸. Ces préoccupations avaient déjà été exprimées en ce qui concerne l'assassinat de Ján Kuciak, journaliste slovaque, et de Martina Kušnírová, sa compagne, le Parlement ayant considéré que « les attentats commis contre des journalistes d'investigation [étaient] des crimes dirigés contre l'État de droit et la démocratie »²⁹.

Avec la multiplication des États membres accusés ou soupçonnés de porter atteinte à l'État de droit, en plusieurs de ses composantes, la situation est toujours plus inquiétante³⁰. Dans le même temps, on relèvera que c'est grâce à une telle situation qu'une prise de conscience semble avoir eu lieu, au cours de l'année de référence, et que l'avenir pourrait finalement s'avérer moins sombre que prévu pour l'Union européenne, au moins s'agissant du respect de l'une de ses valeurs fondamentales, au titre de l'article 2 du TUE. Il était en effet commode, jusqu'à présent, de se bercer de l'illusion selon laquelle seul un État membre, voire deux, ne respectaient pas le standard de l'État de droit et qu'il s'agissait surtout d'un problème de méconnaissance du droit à une protection juridictionnelle effective que la Cour de justice de l'Union européenne pourrait finalement régler. Au moins pouvons-nous maintenant être bien sûrs que tous les États membres sont susceptibles de porter atteinte à l'État de droit et que les formes de l'atteinte vont bien plus loin que la violation d'un droit fondamental garanti tant au titre de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE qu'au titre de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Et c'est la raison pour laquelle la Commission s'est lancée dans une entreprise de renforcement de l'État de droit au sein de l'Union, en commençant par dresser la liste des moyens actuellement disponibles à cette fin.

21 Sur ces auditions, voir la résolution du Parlement européen du 16 janvier 2020 sur les auditions en cours au titre de l'article 7, paragraphe 1, du traité UE en ce qui concerne la Pologne et la Hongrie, P9_TA(2020)0014.

22 Voir ainsi sa résolution du 15 novembre 2017 sur l'État de droit à Malte, P8_TA(2017)0438.

23 Résolution du 18 décembre 2019 sur l'État de droit à Malte, après les récentes révélations sur l'assassinat de Daphne Caruana Galizia, P9_TA(2019)0103, point 8.

24 Voir ainsi sa résolution du 28 mars 2019 sur la situation en matière d'État de droit et de lutte contre la corruption dans l'Union, notamment à Malte et en Slovaquie, P8_TA(2019)0328.

25 Résolution du 18 décembre 2019, précitée, considérant D.

26 *Ibid.*, considérant C.

27 *Ibid.*, point 1.

28 *Ibid.*

29 Résolution du 19 avril 2018 sur la protection des journalistes d'investigation en Europe : le cas de Ján Kuciak, journaliste slovaque, et de Martina Kušnírová, P8_TA(2018)0183, considérant J.

30 Ce qui justifie d'ailleurs un intérêt accru de la doctrine. Voir ainsi, en 2019, la publication des actes du colloque « Quel État de droit dans une Europe en crise », M.-L. BASILIEN-GAINCHE et E. CARPANO (dir.), sur le site Internet de la *RDLF* (www.revuedlf.com).

Dans sa communication du 3 avril 2019, la Commission catégorise ainsi les instruments dont dispose l'Union en matière d'État de droit³¹ : en premier lieu, l'article 7 du TUE et le mécanisme pré-article 7 qu'elle a instauré en 2014³² ; en deuxième lieu, les procédures d'infraction qu'elle peut engager devant la Cour de justice et les arrêts préjudiciels qui peuvent être rendus par cette dernière quand elle est saisie par les juridictions nationales des États membres violant le droit de l'Union ; en troisième lieu, « un certain nombre d'autres mécanismes et cadres [qui] contribuent à traiter les questions relatives à l'État de droit dans les États membres, soit de manière globale au moyen d'instruments spécifiques, soit par d'autres mesures relatives à la surveillance des politiques nationales ou à l'application du droit de l'Union »³³, parmi lesquels sa proposition de règlement relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre³⁴, proposition sur laquelle seul le Parlement européen s'est pour l'instant prononcé en première lecture³⁵. L'État des lieux est pour le moins éclectique. Ce qu'il montre, surtout, c'est que la préservation de l'État de droit repose sur toutes les institutions, organes et organismes de l'Union, auxquels la Commission ajoute d'autres acteurs tels que les parlements nationaux, le Conseil de l'Europe, même les membres de la société civile pouvant apporter leur contribution à l'entreprise³⁶. Et l'entreprise est de taille puisque la Commission se propose, au vu de l'expérience acquise, de creuser pour l'avenir de nombreuses pistes qu'elle organise en trois petits mots : « promotion, prévention, réponse »³⁷. La « réponse » à la violation de l'État de droit ne devrait pas être le champ d'investigation le plus simple, en particulier lorsqu'il faudra réfléchir à un point que la Commission avance timidement lorsqu'elle se demande « si un État membre qui refuse de remédier à une situation de crise ne devrait pas s'exposer à de plus graves conséquences »³⁸ que celles qui ont jusqu'à présent été envisagées.

Quelques mois après cette première communication et un eurobaromètre ayant servi à montrer « le fort consensus entre les citoyens de l'UE concernant l'importance que revêtent les principes de l'État de droit et la nécessité de continuer à soutenir les actions dans la quête de l'État de droit »³⁹, un plan d'action a été établi⁴⁰. La Commission y indique que le respect de l'État de droit est « une responsabilité partagée pour l'ensemble des États membres et des institutions de l'UE »⁴¹. Ainsi, « en tant que valeur commune, [ce respect] incombe d'abord et avant tout à chaque État membre »⁴², la Commission s'appuyant sur le principe de coopération loyale pour affirmer que « garantir le bon fonctionnement de [son] État de droit est une responsabilité constitutionnelle interne mais aussi une responsabilité vis-à-vis de l'Union et des autres États membres »⁴³. Dans l'autre sens, le même principe de coopération loyale implique « qu'il est de la responsabilité de l'ensemble des institutions de l'Union de fournir une assistance proportionnée aux États membres afin que ces derniers garantissent le respect de l'État de droit »⁴⁴. La formule prête évidemment à sourire lorsque l'on pense à la Pologne et à la Hongrie qui n'ont jusqu'à présent pas donné l'impression qu'elles souhaitaient une quelconque assistance, même « proportionnée ». Cela étant, il est vrai que d'autres États ont pu bénéficier de ce que la Commission considère, dans son état des instruments existants, comme une « aide »⁴⁵, la Bulgarie et la Roumanie ayant bénéficié, lors de leur adhésion à l'Union, d'un « mécanisme de coopération et de vérification »⁴⁶ qui pourrait être utilisé en d'autres circonstances.

31 Communication du 3 avril 2019, « Poursuivre le renforcement de l'État de droit au sein de l'Union. État des lieux et prochaines étapes envisageables », COM(2019) 163 final, p. 3 s.

32 Communication du 11 mars 2014, « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final.

33 Communication du 3 avril 2019, précitée, p. 5.

34 COM(2018) 324 final.

35 Résolution législative du Parlement européen du 4 avril 2019 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre, P8_TA(2019)0349.

36 Communication précitée, pp. 7-8.

37 *Ibid.*, p. 11 s.

38 *Ibid.*, p. 15.

39 Eurobaromètre spéciale 489, État de droit, juillet 2019, résumé, p. 20.

40 Communication de la Commission du 17 juillet 2019, « Renforcement de l'État de droit au sein de l'Union. Plan d'action », COM(2019) 343 final.

41 *Ibid.*, p. 4.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 Communication du 3 avril 2019, précitée, p. 5.

46 *Ibid.*

Au-delà du principe de la responsabilité partagée, le plan d'action retient les trois directions qui avaient été précédemment esquissées dans la communication dressant l'état des lieux : il s'agit toujours de « promouvoir, prévenir, réagir »⁴⁷, la Commission indiquant sous chacune de ces trois actions ce qu'elle compte entreprendre et ce qu'elle invite les autres parties prenantes à faire. On peut alors mesurer le chemin restant à parcourir, en particulier lorsqu'il s'agit de « réagir », c'est-à-dire de « [prendre des mesures], au niveau de l'Union, pour faire respecter l'État de droit en cas de défaillance des mécanismes nationaux »⁴⁸. En ce domaine sensible, la Commission invite « le Parlement européen et le Conseil à examiner la manière dont les institutions pourraient mener les procédures relevant de l'article 7 du TUE dans un esprit plus collectif ; le Conseil à concrétiser son intention louable d'établir des règles de procédure plus claires et plus stables pour l'application du processus relevant de l'article 7 ; le Parlement européen et le Conseil à adopter rapidement le règlement relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre »⁴⁹. Vaste programme... d'autant plus vaste que si le respect de l'État de droit est effectivement l'affaire de tous, comme la Commission se plaît à le dire, l'année écoulée ne permet pas de se convaincre que tous vont effectivement (pouvoir) participer à l'affaire.

Certes, le Conseil européen a affirmé, au titre du nouveau programme stratégique 2019-2024, que « les valeurs communes qui sous-tendent nos modèles démocratiques et sociétaux constituent le fondement de la liberté, de la sécurité et de la prospérité en Europe. L'État de droit, qui joue un rôle crucial dans toutes nos démocraties, est un élément essentiel propre à garantir que ces valeurs sont bien protégées ; il doit être pleinement respecté par l'ensemble des États membres et l'UE »⁵⁰. Et le respect de l'État de droit sera sans doute l'un des points qui seront abordés lors de la conférence sur l'avenir de l'Europe⁵¹. Cela étant, il n'est pas certain que les États membres soient les plus à même d'apporter leur concours à la défense de l'État de droit, comme l'ont encore montré récemment les difficultés qui se sont manifestées, au sein du Conseil, s'agissant de l'évaluation du dialogue annuel sur l'État de droit⁵². A cet égard, rappelons qu'il avait été décidé, en novembre 2016, que le dialogue sur l'État de droit au sein du Conseil ferait l'objet d'une nouvelle évaluation avant la fin de l'année 2019, et que la présidence finlandaise s'était fermement engagée, devant le Parlement européen, à ce que cette évaluation ait lieu, qui plus est avec un objectif bien précis, « *the aim of taking it in a more structured and result-oriented direction* »⁵³. Malheureusement, les conclusions qui étaient attendues sur le sujet, et qui ont finalement été adoptées le 19 novembre 2019, ne sont pas celles du Conseil mais uniquement celles de la présidence, cette dernière ayant indiqué que « lors de la session du Conseil des affaires générales [...], les discussions [n'avaient] pas permis de dégager de consensus sur des conclusions relatives à l'évaluation du dialogue annuel sur l'État de droit » mais qu'elle « [concluait] que le texte [discuté avait] reçu le soutien ou [n'avait] fait l'objet d'aucune objection de la part de 26 délégations »⁵⁴. Il faut croire que deux États membres seulement – tiens, lesquels ? – se sont opposés au projet dont les termes ne sont pourtant pas si engageants que l'on pourrait le croire, sauf à considérer qu'il y a un risque réel de contrainte pour l'avenir en reconnaissant, par exemple, « qu'il ressort du bilan de ces cinq années que la mise en œuvre pratique [du cadre fixé en 2014] pourrait être davantage développée afin de refléter la volonté du Conseil et des États membres de renforcer encore le dialogue annuel du Conseil sur l'État de droit »⁵⁵. La présidence ayant donné quelques pistes pour « renforcer le dialogue, [...] l'axer davantage sur les résultats et [...] mieux le structurer, [en] rendre la préparation plus systématique et [en] assurer un suivi approprié »⁵⁶, il faudra attendre la prochaine évaluation⁵⁷ – dans quatre ans ! –, pour juger de la pertinence de ce dialogue qui, en tout état de cause, n'a jusqu'à présent pas permis de faire rentrer la Pologne et la Hongrie dans le droit chemin.

47 Communication du 17 juillet 2019, précitée, p. 6 s.

48 *Ibid.*, p. 15.

49 *Ibid.*, p. 18.

50 Programme en annexe des conclusions du 20 juin 2019, EUCO 9/19, p. 6.

51 Dès lors que le Conseil européen a lié cette conférence à la mise en œuvre du programme stratégique qui reste prioritaire (conclusions du 12 décembre 2019, EUCO 29/19, point 15).

52 Dialogue qui a été instauré par le Conseil en décembre 2014 et qui a déjà fait l'objet d'une première évaluation en novembre 2016.

53 Discours du premier ministre finlandais Antti Rinne, le 17 juillet 2019, devant le Parlement européen (https://eu2019.fi/en/article/-/asset_publisher/paaministeri-antti-rinteen-puhe-euroopan-parlamentille).

54 Conclusions de la présidence du 19 novembre 2019, « Évaluation du dialogue annuel sur l'État de droit », 14173/19, présentation du texte en annexe, nous soulignons.

55 *Ibid.*, annexe, point 4.

56 *Ibid.*, point 7.

57 Les résultats obtenus sur la base du dialogue devraient être évalués d'ici la fin de l'année 2023 (*ibid.*, point 16).

Finalement, l'année qui vient de s'écouler montre, sans surprise, que l'institution la mieux armée pour défendre l'État de droit reste encore la Cour de justice. Cette dernière a ainsi condamné l'État polonais, à deux reprises, pour avoir manqué à ses obligations européennes, en particulier celle tirée de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa du TUE, qui exige des États membres qu'ils « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Les griefs de la Commission ont été accueillis tant en ce qui concerne l'atteinte à l'indépendance de la Cour suprême, du fait de l'abaissement de l'âge du départ à la retraite de certains juges et du pouvoir discrétionnaire accordé au président de la République de prolonger, ou non, leur activité au-delà de cette date⁵⁸, qu'en ce qui concerne l'atteinte à l'indépendance des juridictions de droit commun, du fait de l'instauration d'un âge de départ à la retraite différent pour les magistrats en fonction de leur sexe et de l'habilitation donnée au ministre de la Justice aux fins d'autoriser, ou non, la prolongation de l'activité pour certains d'entre eux⁵⁹. Autrement dit, ce qui avait été reproché par la Commission à la Pologne, sans succès, d'abord dans le cadre du mécanisme pré-article 7, puis lors de la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 7 du TUE⁶⁰, trouve, avec les deux arrêts de manquement rendus par le juge de l'Union en 2019, une forme d'aboutissement.

Ces deux arrêts ont été l'occasion pour la Cour de rappeler à la Pologne, plus largement à tout État membre de l'Union, qu'« ainsi qu'il ressort de l'article 49 TUE, qui prévoit la possibilité pour tout État européen de demander à devenir membre de l'Union, celle-ci regroupe des États qui ont librement et volontairement adhéré aux valeurs communes visées à l'article 2 TUE, respectent ces valeurs et s'engagent à les promouvoir, le droit de l'Union reposant ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, lesdites valeurs »⁶¹. Mobilisant les arrêts opportunément rendus, en 2018, dans les affaires *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁶² et *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*⁶³ – le terrain a décidément été bien préparé⁶⁴ –, la Cour réaffirme que « l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE, confie aux juridictions nationales et à la Cour la charge de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle que les justiciables tirent de ce droit »⁶⁵ et que « le principe de protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, auquel se réfère ainsi l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE, constitue, en effet, un principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de [la CEDH] et qui est à présent affirmé à l'article 47 de la Charte »⁶⁶. Un pont est ainsi bâti entre les dispositions du TUE et celles de la Charte, sans que l'article 51, paragraphe 1, de cette dernière, encore moins le protocole 30, puissent s'opposer à l'emploi « indirect » de l'article 47⁶⁷ qui, sans être formellement combiné avec l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE, comme la Commission le demandait, produit néanmoins tous ses effets : la préservation de l'indépendance du juge national qui « est primordiale ainsi que le confirme l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, qui mentionne l'accès à un tribunal "indépendant" parmi les exigences liées au droit fondamental à un recours effectif »⁶⁸ et qui, « inhérente à la mission de

58 CJUE, Gr. Ch., 24 juin 2019, *Commission / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2019*, Bruylant, 2020.

59 CJUE, Gr. Ch., 5 novembre 2019, *Commission / Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, aff. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924. En l'espèce, la discrimination est condamnée sur le fondement de l'article 157 du TFUE et des dispositions de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JOUE n° L 204 du 26 juillet 2006, p. 23.

60 Voir cette chronique, depuis 2016.

61 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, point 42.

62 CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, obs. L. COUTRON, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018*, Bruylant, 2019, p. 227.

63 CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 ; obs. R. TINIÈRE, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018*, Bruylant, 2019, p. 108 ; D. FLORE, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018*, op. cit., p. 705.

64 Voir cette chronique en 2018.

65 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, point 47 ; arrêt *Indépendance des juridictions de droit commun*, précité, point 98.

66 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, point 49 ; arrêt *Indépendance des juridictions de droit commun*, précité, point 100.

67 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, points 50 à 54.

68 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, point 57 ; arrêt *Indépendance des juridictions de droit commun*, précité, point 105.

juger, relève du contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment la valeur de l'État de droit⁶⁹. La boucle est bouclée. Passant de l'article 2 du TUE à l'article 47 de la Charte, de l'article 47 de la Charte à l'article 2 du TUE, la Cour garantit fermement les principes d'indépendance et d'inamovibilité des juges polonais que la Commission, puis le Conseil, avaient été bien en peine de sauvegarder au titre de l'absence de respect de l'État de droit par l'exécutif polonais. Tout est finalement une affaire de juges à juges et l'arrêt *A. K.*⁷⁰, tout aussi protecteur de l'État de droit, permet d'ailleurs de le confirmer, non seulement parce qu'il s'agit d'un arrêt préjudiciel, rendu donc à l'initiative du juge national, mais aussi parce qu'il s'agit d'un arrêt dans lequel la Cour de justice a largement tiré parti de la correspondance des droits et de la jurisprudence de la Cour EDH⁷¹ – encore un juge –, pour garantir le principe d'indépendance, ici l'indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise.

Face à une menace globale, donc, une action globale. Tous les États membres doivent respecter l'État de droit, toutes les composantes de l'État de droit doivent être respectées. Toutes les institutions de l'Union doivent être mobilisées pour protéger l'État de droit, tous les moyens que leur offre le droit de l'Union doivent être employés. Même dans le cas d'une menace ciblée, la réponse est celle d'un système qui se veut global : la Cour de justice se soucie moins d'autonomie que de défense, ici celle du juge de droit du commun de droit de l'Union, qui la pousse à articuler et interpréter l'ensemble des dispositions du droit de l'Union en s'appuyant sans complexes sur la jurisprudence de la Cour EDH. Et les synergies ne devraient pas s'arrêter là. La Commission européenne a déjà commencé à publier, sur son site Internet, l'état d'avancement de certaines des initiatives qu'elles avaient annoncées dans sa dernière communication, comme l'établissement de rapports annuels sur l'État de droit⁷², rapports dont la présidence finlandaise avait indiqué qu'il faudrait se servir pour procéder à des bilans annuels au sein du Conseil, en vue de « [faciliter] la tenue d'une discussion approfondie, sérieuse et interactive axée pour l'essentiel sur la situation en matière d'État de droit dans les États membres et dans l'Union *en général*, en tenant compte des tendances tant positives que négatives »⁷³. Des rapports annuels, des bilans annuels... nous attendons maintenant ceux qui seront établis pour l'année 2020.

Claire VIAL

III- L'avis 1/17⁷⁴ ou le contrôle à géométrie variable de l'autonomie substantielle de l'ordre juridique de l'Union

Alors que cette hypothèse n'était rien moins qu'évidente, la Charte contribue de manière non négligeable à la redéfinition, sinon à l'extension, de l'office de la Cour de justice dans le domaine de l'action extérieure de l'Union. L'on sait désormais, par exemple, qu'elle n'a pas rejeté le principe d'un contrôle de conventionnalité des accords conclus par l'Union avec des États tiers⁷⁵ ou bien qu'elle s'est déclarée compétente pour répondre à des demandes préjudicielles en appréciation de validité tant d'accords internationaux conclus par l'Union⁷⁶ qu'à l'égard de décisions relevant de la politique étrangère et de sécurité commune⁷⁷.

Avec l'avis 1/17 la Cour en vient cette fois-ci au fondement même de cette jurisprudence, en enrichissant le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union vis-à-vis de l'ordre juridique international et

69 Arrêt *Indépendance de la Cour suprême*, précité, point 58 ; arrêt *Indépendance des juridictions de droit commun*, précité, point 106.

70 CJUE, Gr. Ch., 19 novembre 2019, *A. K. ((Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême))*, aff. jtes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

71 *Ibid.*, points 126 à 130, 133, 137, 145.

72 Communication du 17 juillet 2019, précitée, p. 13.

73 Annexe aux conclusions de la présidence, précitée, points 8 et 10, nous soulignons.

74 CJUE, ass. pl., 30 avril 2019, *Accord ECG UE-Canada*, ECLI:EU:C:2019:341.

75 CJUE, gde ch., 21 décembre 2016, *Conseil de l'UE c/ Front Polisario*, aff. C-104/16 P, ECLI:EU:C:2016:973. Même si dans cette affaire la Cour prend le contre-pied du Tribunal qui avait constaté une violation potentielle des dispositions de la Charte à la suite d'un échange de lettres entre l'Union et le Maroc.

76 CJUE, gde ch., 27 février 2018, *Western Sahara Campaign UK*, aff. C-266/16, ECLI:EU:C:2018:118.

77 CJUE, gde ch., 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.

conventionnel⁷⁸. Dans cet avis, elle était saisie d'une demande formulée par la Belgique relative à la conclusion de l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union⁷⁹, et en particulier sa section F instituant un mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et Etats ou l'Union (« mécanisme RIDE »). Toutefois, comme cela avait déjà été le cas dans l'avis 1/15 relatif à la conclusion d'un accord PNR entre le Canada à nouveau et l'Union⁸⁰, la demande ne concernait pas la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres mais bien la légalité des dispositions matérielles de l'accord « avec les traités, en ce compris les droits fondamentaux »⁸¹. Deux questions se posaient à la Cour. La première concernait la compatibilité des dispositions relatives aux conditions dans lesquelles les investisseurs des parties à l'accord pourront saisir la juridiction arbitrale chargée de régler les différends relatifs à leurs investissements⁸². Selon la Belgique, en effet, si les investisseurs canadiens, personnes physiques et entreprises, pourront la saisir à propos de leurs investissements dans l'Union, il n'en ira pas de même pour les investisseurs européens lorsque ceux-ci investissent au sein de l'Union, par exemple entre un investisseur hongrois et les Pays-Bas. Il faut comprendre cette interrogation à la lumière de la jurisprudence *Achmea*⁸³ par laquelle la Cour avait déclaré incompatibles avec l'ordre juridique de l'Union les traités bilatéraux d'investissement conclus entre Etats membres. De telles disparités, qui portent aussi selon la Belgique sur le retrait des amendes infligées à tort par la Commission aux investisseurs canadiens en application du régime européen de la concurrence, constitueraient ainsi une violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination au sens des articles 20 et 21 de la Charte. La seconde interrogation portait sur la compatibilité du mécanisme RIDE avec le « droit fondamental d'accès à un tribunal indépendant » consacré à l'article 47 de la Charte⁸⁴. La Belgique se fonde sur trois contrariétés principales. Tout d'abord, l'accès à la juridiction arbitrale serait rendu difficile pour les petites et moyennes entreprises qui devront supporter des frais comme les honoraires, le paiement des membres du tribunal ou les dépens, sans commune mesure avec leurs ressources financières. Ensuite, l'accord ne prévoirait ni la possibilité de bénéficier d'une aide juridictionnelle qui constituerait pourtant un droit fondamental, ni n'établirait les conditions de rémunération des membres de la juridiction qui serait laissée à l'appréciation des parties. Enfin, les conditions de nomination des membres de la juridiction arbitrale ne garantiraient pas complètement leur indépendance.

La Cour, écartant à titre liminaire l'application de l'article 21 (non-discrimination) en rappelant que selon sa jurisprudence le principe de non-discrimination à raison de la nationalité n'a pas vocation à s'appliquer à une éventuelle différence de traitement entre les ressortissants des Etats membres et ceux des Etats tiers⁸⁵, conclut que l'accord n'instaure aucune inégalité de traitement entre les investisseurs canadiens et européens au sens de l'article 21 puisque ces derniers ne se trouvent pas dans une situation comparable⁸⁶ et que les dispositions litigieuses ne sauraient avoir pour effet de neutraliser les infractions aux règles de la concurrence découlant de l'activité des entreprises établies sur le territoire de l'Union⁸⁷. A propos du droit fondamental à un tribunal indépendant il faut d'abord relever cette étonnante formule contenue dans une partie de l'avis intitulée « Principes », et selon laquelle « la création d'un tel mécanisme [de règlement des différends relatifs aux investissements] a, ainsi que l'ont observé le Conseil et la Commission, pour objet d'assurer que ladite confiance des investisseurs étrangers s'étende à l'instance compétente pour constater des violations, par l'Etat d'accueil de leurs investissements, des sections C et D de ce chapitre [8]. *Il s'avère, ainsi, que l'indépendance des tribunaux envisagés à l'égard de l'Etat d'accueil et l'accès à ces tribunaux pour les investisseurs étrangers, sont indissociablement liés à l'objectif du commerce libre et équitable énoncé à l'article 3, paragraphe 5, TUE et poursuivi par l'AECC* »⁸⁸. Est-ce à dire par conséquent que l'indépendance

78 Point 160 de l'Avis 1/17 : « Il ressort ainsi de l'ensemble de ces clauses contenues dans l'AECC que, (...), les Parties ont pris le soin d'exclure toute compétence, pour ces tribunaux, de remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie en matière, notamment, de niveau de protection de l'ordre public, de la sécurité publique, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de l'innocuité alimentaire, des végétaux, de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore des droits fondamentaux. »

79 AEGC ou CETA selon l'acronyme anglais.

80 CJUE, gde ch., 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592.

81 Point 1^{er} de l'Avis 1/17.

82 Point 51 de l'Avis 1/17.

83 CJUE, gde ch., 6 mars 2018, *Slowakische Republik contre Achmea BV*, aff. C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

84 Point 56 de l'Avis 1/17.

85 Point 169 de l'Avis 1/17.

86 Point 180 de l'Avis 1/17.

87 Points 184 à 186 de l'Avis 1/17.

88 Point 200 de l'Avis 1/17. C'est nous qui soulignons.

acquerrait ici un sens et une portée différents en vertu de cet objet ? Ou qu'une conciliation devrait s'opérer entre les exigences liées à l'indépendance des tribunaux et les objectifs du commerce libre et équitable ? La suite du raisonnement de la Cour à propos de l'accessibilité, de l'indépendance et de l'impartialité devant les tribunaux ne permet pas en tout état de cause d'y répondre clairement⁸⁹. Une fois ces principes rappelés, la Cour conclut que l'accessibilité est suffisamment garantie par une déclaration commune (n° 36) de la Commission et du Conseil annexée à l'accord en vertu de laquelle ces institutions s'engagent à soutenir « les usagers les plus faibles, c'est-à-dire les petites et moyennes entreprises et les particuliers »⁹⁰, et va même jusqu'à penser que « [l']engagement susvisé de l'Union de garantir l'accès réel aux tribunaux envisagés pour l'ensemble des investisseurs de l'Union visés par l'AECG conditionne ainsi l'approbation de cet accord par l'Union »⁹¹. A propos de l'indépendance la Cour relève que si les parties, à travers le Comité mixte⁹², pourront imposer des interprétations qui lieront les juridictions arbitrales, il n'est « ni interdit ni inhabituel, en droit international, de prévoir la possibilité pour les parties à un accord international de préciser, au fur et à mesure que leur volonté commune concernant la portée de cet accord évolue, l'interprétation de celui-ci. De telles précisions peuvent être apportées par les Parties elles-mêmes ou bien par un organe institué par les Parties et investi par celles-ci d'un pouvoir décisionnel les liant. »⁹³. Quant aux autres arguments de la Belgique tenant à la rémunération des membres de la juridiction ou à leur impartialité ils sont suffisamment garantis par l'accord aux yeux de la Cour.

Ce contrôle de légalité/conventionnalité à l'aune des droits fondamentaux dans le domaine des relations extérieures, qui offre à la Cour la possibilité d'étendre son office, n'est toutefois pas dépourvu d'une certaine ambiguïté, voire de certains risques. En effet, si le contrôle prend parfois la forme d'un véritable *codex* de la protection européenne des droits fondamentaux lorsqu'il s'agit d'exporter le régime juridique de l'Union, comme elle a pu le faire dans son avis 1/15 relatif à l'accord PNR avec le Canada (préc.) à propos du droit au respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel, la réciproque est aussi vraie. Ainsi, dans l'avis 1/17 les exigences de la sécurité des investissements – dont on connaît l'enjeu majeur qu'ils représentent dans l'économie mondiale aujourd'hui – et plus largement les principes de la libre circulation, incitent plutôt la Cour à rechercher une conciliation qui leur soit favorable face aux exigences posées par le droit de l'Union, droits fondamentaux compris. Il est donc possible de s'interroger sur la portée de ces jurisprudences. Sont-elles vouées à s'appliquer aux seuls engagements conventionnels de l'Union ou ont-elles vocation à définir les standards de la protection des droits fondamentaux que l'Union entend assurer tant au plan interne qu'externe ? Si du point de vue de la cohérence de l'action de l'Union, au sens de l'article 21 TUE, cette dernière hypothèse serait évidemment bienvenue, il n'est pas certain que les standards atteints en matière de protection des droits fondamentaux en sortent, dans tous les cas, indemnes.

Ch. MAUBERNARD

IV - La complexité de la fondamentalité dans le domaine de l'asile

A la différence des politiques d'immigration et de gestion des frontières, le régime d'asile européen commun (RAEC) n'enregistre en 2019 aucune évolution législative. Après plus de trois ans de négociations, la refonte des textes continue d'achopper sur des dissensions d'ordre interinstitutionnel et interétatique, concernant notamment le rééquilibrage des responsabilités dans le système « Dublin », les conditions d'éligibilité à une protection internationale, les procédures d'asile à la frontière... En contrepoint, il n'aura guère fallu plus d'un an pour que l'accord se fasse sur la réforme, en matière de contrôle de l'immigration et des frontières extérieures, du règlement relatif au réseau européen d'officiers de liaison « Immigration »⁹⁴, puis de celui relatif à l'agence Frontex⁹⁵. Or, une prise en considération renforcée des droits fondamentaux dans ces deux actes ne saurait ni faire oublier que leur premier enjeu reste l'amélioration de la lutte contre l'immigration irrégulière, ni conduire à surestimer leur contribution à la stratégie globale de l'Union pour se donner les moyens de mieux gérer à l'avenir, dans le respect de ses principes et de ses valeurs, des problèmes

89 Points 201 à 204 de l'Avis 1/17.

90 Point 217 de l'Avis 1/17.

91 Point 221 de l'Avis 1/17. Notons que la Cour se contente ici d'un engagement politique et non juridique découlant de la déclaration commune de la Commission et du Conseil, et dont les dispositions demeurent peu précises.

92 Il s'agit de l'organe chargé de la gestion de l'accord et regroupant les représentants des différentes parties à celui-ci.

93 Point 233 de l'Avis 1/17.

94 Règlement (UE) 2019/1240, 20 juin 2019, JO L 198, 25 juil. 2019, p. 88.

95 Règlement (UE) 2019/1896, 13 nov. 2019, JO L 295, 14 nov. 2019, p. 1.

semblables à ceux suscités par la crise migratoire de 2015-2017. Car si la coopération opérationnelle a déjà permis de réduire le nombre d'entrées irrégulières, il ne s'ensuit pas que le droit des migrants à la vie est mieux préservé en Méditerranée. Au contraire, les statistiques du Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés (UNHCR) attestent d'un risque de décès accru depuis 2016⁹⁶. Durant l'année de référence, les capacités européennes de recherche et de sauvetage au large des côtes libyennes se sont encore réduites (avec la suspension des moyens navals de l'opération *Sophia*-EUNAVFOR Med)⁹⁷, tandis que l'action des ONG portant assistance aux migrants en détresse s'est heurtée à des restrictions accrues dans plusieurs Etats membres, y compris des poursuites pénales pour aide à l'entrée irrégulière⁹⁸. En conséquence, le débarquement en lieu sûr des personnes secourues n'est pas non plus garanti, bien que le droit dérivé insiste sur le respect du principe de non-refoulement⁹⁹. Aussi le UNHCR a-t-il à nouveau pressé les Etats européens de mettre en place un « mécanisme régional, coordonné et prévisible, afin d'améliorer les sauvetages en mer, en particulier pour les débarquements rapides dans un port sûr et le traitement des dossiers qui en résulte, notamment les relocalisations ainsi que l'accès à des conditions d'accueil adéquates, sûres et dignes »¹⁰⁰. C'est dire combien d'autres mesures sont nécessaires, pour remédier notamment à la tragédie humaine en Méditerranée, que l'extension du mandat de Frontex ou le renforcement de la coordination entre les officiers de liaison "Immigration" déployés dans des pays tiers.

A défaut de voir sa refonte progresser au niveau législatif, le RAEC reste néanmoins le principal – sinon le seul – sujet du dialogue entre la Cour de justice et les juridictions internes concernant la protection des droits fondamentaux dans le domaine des migrations, même si le droit au respect de la vie privée et familiale a pu également manifester en 2019 quelques vertus correctives dans le cadre de la directive 2003/86 relative au droit des ressortissants de pays tiers au regroupement familial¹⁰¹. La garantie du droit à un recours juridictionnel effectif s'est ainsi enrichie, par rapport aux conclusions de l'arrêt *Alheto*¹⁰², de la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel de réformation, indépendant des dispositions nationales, lorsque, sans motif valable, l'autorité de détermination prend une décision contraire à un précédent jugement concluant qu'il doit être fait droit à une demande de protection internationale¹⁰³. Et quatre arrêts de Grande chambre ont par ailleurs apporté d'importants éclairages au titre de la dignité humaine, du droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, voire du droit d'asile en tant que tel. A se concentrer alors sur ces derniers développements jurisprudentiels, la fundamentalité révèle cependant bien des visages différents qui, entre logique de compromis et effet de gradation, brouillent quelque peu l'image d'un respect générique des droits de l'homme.

96 En rapportant le nombre de décès en mer au nombre d'arrivées en Europe par la Méditerranée, il apparaît que le ratio est passé de 1 / 269 en 2015 (1.015.877 arrivées / 3771 décès) à 1 / 51 en 2018 (116.647 arrivées / 2275 décès). [Source : Rapport du UNHCR, « *Voyages Désespérés* », 2018].

97 <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/03/29/eunavfor-med-operation-sophia-mandate-extended-until-30-september-2019/> ; <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/09/26/eunavfor-med-operation-sophia-mandate-extended-until-31-march-2020/>.

98 Agence des droits fondamentaux de l'Union, « *NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and criminal investigations* », 19 juin 2019.

99 Règlement (UE) 656/2014 du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures, JO L 189, 27 juin 2014, p.93, art. 4§1 ; règlement 2019/1896, préc., art. 80.

100 UNHCR, « *Voyages désespérés* », 2019.

101 CJUE, 14 mars 2019, *Y. et Z.*, aff. C-557/17, ECLI:EU:C:2019:203 : s'ajoutant aux dispositions de l'article 17 de la directive 2003/86, le respect de l'article 7 de la Charte impose d'effectuer un examen individualisé de la situation des personnes concernées, en procédant à une appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des intérêts en présence au regard notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, avant de pouvoir retirer le titre de séjour de bénéficiaires d'un regroupement familial au motif d'une fraude commise à leur insu par le regroupant lors de la procédure. Cependant, la référence à la Charte ne produit ici qu'un effet renforçateur par rapport aux critères d'appréciation prévus par le droit dérivé qui peuvent déjà s'analyser, en soi, comme un traduction de l'exigence de conformité au droit au respect de la vie privée et familiale (voy. CJCE, Gde ch. 27 juin 2006, Parlement européen c. Conseil, aff. C-540/03, ECLI:EU:C:2006:429, pt. 64). Dans le domaine de l'asile et plus précisément dans le cadre du système Dublin, la prise en considération de l'article 7 de la Charte revêt une dimension plus constructive en fondant une exception au principe selon lequel, s'agissant d'une procédure de reprise en charge, le critère de responsabilité pris des liens familiaux avec un réfugié déjà établi dans un Etat membre ne peut être invoqué à l'appui du recours dirigé contre une décision de transfert (CJUE, Gde ch., 2 avril 2019, *H. et R.* aff. C-582 et 583/17, ECLI:EU:C:2019:280, pt. 83).

102 CJUE, Gde ch., 25 juillet 2018, *Alheto*, aff. C-585/16, ECLI:EU:C:2018:584, pts 144 à 149, cette Chron., *Ann. de Dr. UE* 2018, Bruylant, 2019, p. xx.

103 CJUE, Gde ch., 29 juil. 2019, *Torubarov*, aff. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626.

A – Composition mitigée entre présomption de confiance mutuelle et interdiction des traitements inhumains et dégradants au regard des conditions de vie offertes aux bénéficiaires d’une protection internationale

Souvent méconnue, la question des conditions de vie assurées après l’octroi d’une protection internationale dans l’Union n’est pourtant pas moins cuisante que celle des conditions d’accueil garanties avant décision sur les craintes de persécutions ou les risques d’atteintes graves allégués. Aussi un intérêt des affaires *Jawo*¹⁰⁴, *Ibrahim*¹⁰⁵ et *Hamed*¹⁰⁶ est-il de mettre pour la première fois cette problématique en lumière, en la reliant au respect du droit fondamental de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants.

Dans des causes que leurs contextes distinguent mais que leur objet rapproche, il incombait en effet à la Cour de déterminer si, et dans quelle mesure, l’article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l’UE s’oppose à ce qu’une demande d’asile – relevant de la responsabilité d’un autre Etat membre ou à laquelle un autre Etat membre a déjà fait droit – donne lieu, soit à une procédure de transfert en application de l’article 29 du règlement Dublin III¹⁰⁷ (affaire *Jawo*), soit à une décision d’irrecevabilité en application de l’article 33 § 2 a) de la directive « Procédure »¹⁰⁸ (affaires *Ibrahim* et *Hamed*), lorsqu’en tant que bénéficiaire d’une protection internationale, l’intéressé est promis dans cet autre Etat à des conditions de vie des plus précaires. L’enjeu, une fois de plus, revient donc à fixer le curseur entre principe « fondamental » de confiance mutuelle et respect des droits fondamentaux, dans un système qui – pour se vouloir commun – n’en est pas moins traversé de très fortes disparités entre les ordres juridiques nationaux. Et, une fois de plus, les réponses délivrées dessinent une sorte de « voie moyenne », moins pétrie de sagesse bouddhique qu’imprégnée de la difficulté à concilier la préservation des mécanismes qui manifestent l’identité de l’Union et la protection des valeurs qui en sont le socle. Car le juge européen campe sur une ligne jurisprudentielle dont la cohérence systémique comporte autant de restrictions que d’avancées.

Les avancées, en premier lieu, ne sauraient être négligées. Depuis l’arrêt *N.S.*¹⁰⁹, il est acquis que le caractère général et absolu de l’interdiction des traitements inhumains et dégradants exclut de conférer une portée irréfragable à la présomption de confiance mutuelle. Mais la conséquence, désormais, n’est plus seulement de proscrire tout transfert vers un Etat membre où les procédures d’asile et les conditions d’accueil des demandeurs présentent des défaillances systémiques. Bien que de telles défaillances soient les seuls motifs visés à l’article 3§2 du Règlement Dublin III, l’arrêt *Jawo* (pts 87-88) enseigne d’abord que l’interdiction des transferts vaut au-delà, « dans toute situation » où le demandeur d’asile encourrait un risque sérieux de traitements inhumains ou dégradants au sens de l’article 4 de la Charte, à quelque stade de la procédure que ce soit (au moment dudit transfert, lors de l’instruction de la demande d’asile ou après qu’elle se soit achevée par l’octroi d’une protection internationale). En d’autres termes (et conformément à l’argument de cohérence défendu par le juge allemand de renvoi), l’existence de défaillances graves dans la prise en charge des réfugiés et/ou des bénéficiaires de la protection subsidiaire par l’Etat membre normalement responsable doit tout autant être prise en considération et pourrait aussi bien empêcher un transfert, que des défaillances dans la prise en charge des demandeurs d’asile (pt. 89). Ensuite, et surtout, les motifs de l’arrêt *Ibrahim* (pts 85-88), vivifiés par l’ordonnance *Hamed*, extrapolent cette interprétation au champ de la directive « Procédure », qui permet de déclarer irrecevable une demande d’asile lorsqu’un autre Etat membre a déjà accordé une protection internationale. Désignée comme une autre expression du principe de confiance mutuelle (arrêt *Ibrahim*, pt 85), cette faculté disparaît en effet « lorsque les conditions de vie prévisibles que [le] demandeur rencontrerait en tant que bénéficiaire du statut [de réfugié] dans cet autre Etat membre l’exposeraient à un risque sérieux de subir un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l’article 4 de la Charte » (ord. *Hamed*, pt. 43). En soi, l’apport est encore plus notable. Car l’Etat membre ultérieurement saisi ne doit donc pas seulement s’abstenir de renvoyer l’intéressé vers son premier Etat d’accueil ; le respect de l’article 4 de la Charte requiert par surcroît un examen au fond de la demande d’asile, tandis que, par comparaison, l’usage de la clause de souveraineté demeure discrétionnaire dans le cadre du règlement Dublin III et que l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme lui-même peut se suffire d’un droit

104 CJUE, Gde ch., 19 mars 2019, *Jawo*, aff. C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218.

105 CJUE, Gde ch., 19 mars 2019, *Ibrahim*, aff. C-297/17, C-318/17, C-319/17 et C-438/17, ECLI:EU:C:2019:219

106 CJUE, ord., 13 nov.2019, aff. C-540/17, ECLI:EU:C:2019:964.

107 Règlement (UE) n ° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l’Etat membre responsable de l’examen d’une demande de protection internationale introduite dans l’un des Etats membres, JO L 180, 29 juin 2013, p. 31.

108 Directive (UE) n° 2013/32 du 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180, 29 juin 2013, p. 60.

109 CJUE, Gde ch, 21 décembre 2011, *N. S. e.a.*, aff. C-411/10 et C-493/10, ECLI : EU:C:2011:865.

de séjour humanitaire, ne comportant pas les mêmes attributs que le statut de réfugié. A cet égard, il est permis d'évoquer une protection renforcée.

Sauf à dénaturer les logiques à l'œuvre, force est de relever toutefois combien ces avancées ne sont pas mises en exergue dans les conclusions de la Grande chambre. Le dispositif de l'arrêt *Jawo* insiste plutôt sur ce à quoi ne s'oppose pas l'article 4 de la Charte, et c'est au prix d'une lecture essentiellement *a contrario* de l'arrêt *Ibrahim* que la Cour écarte, dans l'ordonnance *Hamed*, l'éventualité d'une décision d'irrecevabilité quand la protection internationale qui a déjà été accordée par un autre Etat de l'Union soumet ses bénéficiaires à des conditions de vie inhumaines ou dégradantes (tout en laissant le soin au juge national de vérifier la réalité du risque). Ainsi que le manifeste le libellé même des réponses, les droits fondamentaux continuent d'être traités en exception dans le cadre du RAEC.

Les restrictions, en second lieu, sont alors nettes. Manifestement, l'importance fondamentale assignée en droit de l'Union à la confiance mutuelle dissuade la Cour de donner une portée trop extensive à la qualification de traitements inhumains et dégradants¹¹⁰. Certes, le sens ordinaire des termes s'oppose à une application de cette notion du seul fait que la situation matérielle et/ou la couverture sociale des bénéficiaires d'une protection internationale sont moins favorables dans l'Etat qui est normalement responsable de l'examen de la demande d'asile ou qui a déjà accordé sa protection (arrêt *Jawo*, pt. 97 ; arrêt *Ibrahim*, pt. 94). De même faut-il admettre que n'importe quelle violation des dispositions de la directive « Qualification »¹¹¹ sur le contenu du statut de réfugié et de la protection subsidiaire ne saurait constituer une atteinte à l'article 4 de la Charte (arrêt *Ibrahim*, pt. 92), y compris s'il s'agit de carences dans la mise en œuvre des programmes d'intégration censés répondre aux besoins particuliers des intéressés (arrêt *Jawo*, pt. 96). Cependant, l'interprétation retenue n'apparaît pas moins sévère. Se retranchant derrière la règle des droits correspondants et par référence à l'arrêt de la Cour de Strasbourg, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*¹¹², la Cour de justice circonscrit en effet le risque de traitements inhumains et dégradants, à raison des conditions de vie dans l'Etat responsable, aux seuls cas dans lesquels « une personne entièrement dépendante de l'aide publique se trouverait, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême, qui ne lui permettrait pas de faire face à ses besoins les plus élémentaires, tels que notamment ceux de se nourrir, de se laver et de se loger, et qui porterait atteinte à sa santé physique ou mentale ou la mettrait dans un état de dégradation incompatible avec la dignité humaine » (arrêt *Jawo*, pt. 92 ; arrêt *Ibrahim*, pt. 91 ; ord. *Hamed*, pt. 39). Dès lors qu'une grande précarité ou une forte dégradation des conditions de vie ne sont pas, autrement, jugées atteindre le seuil de gravité requis, l'absence de toute prestation de subsistance ou des allocations plus parcimonieuses ne sont pas déterminantes en elles-mêmes (arrêt *Ibrahim*, pts 93 et 101). A la faveur d'un dialogue préjudiciel abstrait, c'est se fermer, nous semble-t-il, à la réalité des faits¹¹³ et méconnaître la vulnérabilité des bénéficiaires d'une protection internationale qui, en raison de leur déracinement forcé, forment un groupe particulièrement exposé à un risque de marginalisation nuisible à leur dignité, lorsque le système social est en défaut. Si la vulnérabilité est ici intronisée comme un facteur d'applicabilité de l'article 4 de la Charte, ce n'est jamais que dans une dimension strictement individuelle et à titre si distinctif qu'elle paraît de nature à réduire l'impact réel de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (arrêt *Jawo*, pts 94-95 ; arrêt *Ibrahim*, pts 93 et 101). Sachant que le standard du dénuement matériel extrême a déjà montré ses effets pernicieux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en y faisant refluer l'avancée ouverte par l'arrêt *M.S.S.*¹¹⁴, on regrettera que la Cour de justice n'ait pas acté la possibilité, consacrée à l'article 52§3 de la Charte, d'une protection plus étendue, mais se soit plutôt arrêtée à une stratégie d'équivalence.

L'un dans l'autre, le sens et la portée donnés à l'article 4 de la Charte dans ces arrêts ne sont pas sans évoquer une version revisitée de l'adage latin « *ad augusta per angusta* ». *Ad augusta*, car assurément, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants jouit d'une valeur prééminente dans le régime d'asile

110 On notera que le poids de la confiance mutuelle a également pour effet de neutraliser les exigences du droit d'asile dans l'arrêt *Ibrahim* (cf. *infra*, B).

111 Directive 2011/95 du 13 déc. 2011 relative aux conditions d'octroi de la protection internationale et au contenu de cette protection, JO L 337, 20 déc. 2011, p. 9.

112 Cour EDH, Gde ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609.

113 Ainsi, d'après les données rassemblées par une juridiction interne dans l'affaire *Hamed*, les réfugiés statutaires en Bulgarie n'y auraient aucun droit à un hébergement dans une habitation sociale ou un logement municipal destiné aux sans-abri, ni d'accès effectif aux prestations publiques ou médicales, ni aucune chance réelle de se constituer un minimum vital.

114 Voy. Cour EDH, 24 mai 2018, *N.T.P. c. France*, n° 68862/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0524JUD006886213 ; *RDLF*, 2018, chron. n° 22, IV B et IV C, obs. C. BOITEUX-PICHERAL.

européen. *Per angusta*, néanmoins, tant ses voies demeurent étroites, confinées dans des circonstances à tous égards exceptionnelles, sans que le lien avec le respect de la dignité humaine se révèle en l'occurrence d'un grand apport. Heureusement, l'article 1 de la Charte, prenant le pas sur l'article 4, s'avère plus fécond dans d'autres contextes (cf. *infra*, B).

B – Apport contrasté des droits fondamentaux en matière de retrait pour raisons d'ordre public des droits inhérents à l'asile

Quoique moins prégnante que dans la politique d'immigration, la protection de l'ordre public fonde également, en droit européen de l'asile, diverses restrictions. Parmi celles-ci, les facultés de retrait, soit des conditions matérielles d'accueil prévues par la Directive 2013/33¹¹⁵, soit du statut même de réfugié en application de la directive Qualification (préc.), ont justement soulevé, en 2019, des questions de principe inédites, dont le traitement respectif fait ressortir la substance herméneutique inégale conférée à la dignité humaine, au sens de l'article 1 de la Charte, et au droit d'asile, proclamé à l'article 18.

Relatif aux sanctions permises par la directive 2013/33 quand un demandeur d'asile a un comportement violent ou manque gravement au règlement intérieur de sa structure d'hébergement, l'arrêt *Haqbin*¹¹⁶ fragilise les dispositions nationales qui prévoient un retrait des conditions matérielles d'accueil (tels l'ancien article 45 de la loi belge du 12 janvier 2007, en cause en l'espèce, mais aussi l'article L 744-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en France). Et ses implications sont d'autant plus larges que si l'affaire se rapportait à un mineur isolé étranger, les droits spécifiques garantis à l'enfant en vertu de l'article 24 de la Charte – en particulier le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant – ne constituent cependant qu'un élément renforçateur des limites générales imposées aux Etats. Indépendamment de l'âge des intéressés, la Cour statue essentiellement, en effet, par référence au respect de la dignité humaine. Articulé autour de ce fondement, l'arrêt *Haqbin* se distingue à deux titres.

Son premier et principal apport est sans doute d'établir qu'un retrait, même temporaire, du bénéfice des conditions matérielles relatives au logement, à la nourriture ou à l'habillement serait non seulement disproportionné mais inconciliable par nature avec l'obligation de garantir au demandeur d'asile un niveau de vie digne, dès lors qu'une telle sanction le priverait de la possibilité de faire face à ses besoins les plus élémentaires (pt. 47-48). Se retrouve donc ici la même conception de la dignité humaine que dans les arrêts *Jawo* et *Ibrahim* (cf. *supra*), et la même interdiction d'exposer un être humain à une situation de dénuement matériel extrême. Toutefois, l'application de ce standard ne se conçoit pas dans la même perspective. Car là où le risque d'une situation de dénuement matériel extrême est strictement lié, dans les arrêts *Jawo* et *Ibrahim*, à des circonstances exceptionnelles tenant à une vulnérabilité particulière de l'individu (cf. *supra*, A), le raisonnement de la Cour en l'occurrence revient au contraire à appréhender implicitement tout demandeur d'asile accueilli dans une structure d'hébergement comme étant, par définition, totalement tributaire de l'aide publique qui lui est fournie (alors que l'article 17§3 de la Directive Accueil permet, mais n'impose pas, de la subordonner à une condition de ressources)¹¹⁷. Ce postulat rejoint ainsi l'identification d'un « groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale »¹¹⁸, et ce n'est que dans l'application d'autres sanctions (telles qu'une réduction ou un retrait de l'allocation journalière, un transfert dans un autre centre d'hébergement, voire un placement en rétention) que la situation personnelle du demandeur concerné a vocation à être prise au compte, pour s'assurer qu'il n'est porté atteinte ni au principe de proportionnalité, ni à la dignité humaine.

Mais le second mérite, incident, de l'arrêt est aussi de récuser qu'une exclusion de la structure d'hébergement puisse néanmoins se concilier avec le respect de la dignité humaine, si elle s'assortit de l'indication de centres privés pour sans-abris, susceptibles d'offrir des prestations équivalentes à celles qui sont retirées. Vu le rôle pris en pratique par les structures caritatives et les dispositifs de veille sociale dans

115 Directive 2013/33 du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des demandeurs d'asile, JO L 180, 29 juin 2013, p. 96.

116 CJUE, Gde ch. 12 nov. 2019, *Haqbin*, aff. C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956.

117 Deux séries de motifs peuvent expliquer la différence d'approche. *Primo*, les actes législatifs en cause n'offrent pas les mêmes supports au juge dans la mesure où l'exigence de respect de la dignité humaine est moins actée dans le contenu du statut de réfugié et de la protection subsidiaire que dans les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile. *Secundo*, les questions dont la Cour est saisie ne soulèvent pas non plus les mêmes enjeux pour le fonctionnement du régime d'asile européen, dès lors que la problématique du retrait des conditions matérielles d'accueil, en cas de comportement perturbateur, ne met pas en cause le principe fondamental de la confiance mutuelle entre Etats membres.

118 Cour EDH, Gde ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, préc., § 251.

les systèmes nationaux d'accueil, il est précieux que les Etats soient ainsi rappelés à leur responsabilité d'assurer aux demandeurs d'asile un niveau de vie digne, en permanence et sans interruption, y compris lorsqu'ils « font appel, le cas échéant, à des personnes physiques ou morales privées afin de mettre en œuvre, sous leur autorité, une telle obligation » (pt. 50). Sur ce point, il nous semble que la Cour de justice va plus loin que le droit de la Convention européenne¹¹⁹. Car c'est signifier que, même si l'existence de structures supplétives peut éviter une situation de dénuement matériel extrême, les Etats ne sauraient en aucun cas abandonner à l'individu la charge d'y trouver une place

Après les arrêts *Cimade et Gisti*¹²⁰, puis *Saciri*¹²¹, la consistance effective du principe de respect de la dignité humaine s'en trouve encore renforcée (d'autant qu'en toute logique, les réponses fournies dans l'arrêt *Haqbin* devraient valoir pour toute limitation ou retrait des conditions d'accueil, y compris dans les autres hypothèses – correspondant à un risque d'abus du système par un demandeur – visées à l'article 20, paragraphes 1 à 2 de la directive).

En revanche, l'article 18 de la Charte n'acquiert guère de densité propre dans l'arrêt *M.*¹²², concernant la validité au regard du droit d'asile des paragraphes 4 et 5 de l'article 14 de la directive 2011/95, qui autorisent à révoquer ou refuser le statut de réfugié lorsque des motifs raisonnables ou une condamnation pénale pour un crime grave permettent de considérer la personne comme une menace pour la sécurité de l'Etat d'accueil et pour la société. Deux facteurs justifient certes que le contrôle de la Cour se déporte sur la compatibilité des dispositions litigieuses avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951. *Primo*, l'article 18 de la Charte, comme l'article 78 §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union, inscrivent la garantie du droit d'asile dans le respect de cette norme internationale, qui confirme ici son statut de pierre angulaire du régime d'asile européen commun. *Secundo*, les juridictions internes de renvoi pointaient précisément l'absence de concordance entre les motifs visés par la législation européenne et les causes d'exclusion et de cessation figurant à l'article 1^{er}, sections C à F, de la convention de Genève, alors que leur énumération revêt, dans le système de cette convention, un caractère exhaustif sans s'assortir d'aucune hypothèse de retrait.

Quoiqu'elle puisse donc faire figure d'exercice imposé, la translation d'une norme de référence à l'autre n'est cependant pas anodine. Car il est bon de rappeler que si la Convention de Genève relative au statut de réfugié établit un socle minimal de garanties sur le plan universel, elle n'instaure pas un droit fondamental de l'individu à l'asile. A partir de là, la démonstration de la Grande chambre est difficilement discutable : interprété de manière « systématique », le droit dérivé respecte bien le niveau de protection requis, dès lors que dans la logique même de la Convention de Genève, la qualité de réfugié au sens de son article 1, section A, est effectivement indépendante de ce qui en constitue la reconnaissance déclarative, c'est-à-dire le statut de réfugié au sens de l'article 2 de la directive « Qualification ». Dans ces conditions, un refus ou une révocation du statut pour motifs d'ordre public est d'autant moins assimilable à une exclusion de la protection internationale qu'une telle décision n'autorise nullement, pour sa part, à déroger au principe de non-refoulement et qu'elle laisse subsister tous les droits inhérents à la qualité de réfugié que la Convention de Genève ne subordonne pas à une résidence régulière. Il reste que le prisme de contrôle n'est pas celui des droits de l'homme et qu'en conséquence, le droit fondamental d'asile n'est pas jugé conférer obligatoirement un droit de séjour.

Certes, l'empreinte la Charte est néanmoins plus marquée que dans les précédentes interprétations relatives au pouvoir des Etats de refuser ou de retirer le titre de séjour d'un réfugié sous l'empire de la première directive « Qualification »¹²³. Outre la limite intangible fixée par les articles 4 et 19 (concernant l'interdiction d'éloigner un individu vers un pays où il encourrait à un risque sérieux de persécutions ou de traitements inhumains et dégradants), la Cour prend ainsi soin de souligner qu'en tout état de cause, la faculté pour un Etat membre de refuser ou de révoquer le statut de réfugié pour motifs d'ordre public est « sans préjudice de l'obligation [...] de respecter les dispositions pertinentes de la Charte, telles que celles figurant à son article 7, relatif au respect de la vie privée et familiale, à son article 15, relatif à la liberté

119 Dans l'arrêt (préc.) Cour EDH, 24 mai 2018, *N.T.P. c. France*, une demandeuse d'asile, contrainte pendant trois mois d'errer du matin au soir avec sa fillette de deux ans, en quête d'une permanence associative et d'un déjeuner dans une paroisse, n'avait pas été jugée se trouver dans situation contraire à l'article 3 de la Convention, au regard notamment des prestations que lui offrait son hébergement de nuit dans un centre privé financé par des fonds publics.

120 CJUE, 27 sept. 2012, *Cimade et GISTI*, C-179/11, pt. 56, ECLI:EU:C:2012:594.

121 CJUE, 27 fév. 2014, *Saciri*, aff. C – 79/13, ECLI:EU:C:2014:103.

122 CJUE, Gde ch., 14 mai 2019, *M.*, aff. jtes C-391/16, C-77/17 et C-78/17, ECLI:EU:C:2019:403.

123 CJUE, 24 juin 2015, *H.T.*, aff. C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413, pts 65 et 66, cette Chron., *Ann. de Dr. UE* 2015, Bruylant, 2016, p. 456.

professionnelle et au droit de travailler, à son article 34, relatif à la sécurité sociale et à l'aide sociale, ainsi qu'à son article 35, relatif à la protection de la santé » (pt. 109). L'indication constitue une véritable valeur ajoutée, par rapport à la fois aux standards du droit international et aux prescriptions du droit dérivé, puisqu'elle déborde les droits que l'article 14 paragraphe 6 impose de garantir *a minima*, afin de se conformer à la Convention de Genève, en cas d'application des paragraphes 4 ou 5. Mais l'obligation de respecter l'article 7, 15 ou 35 de la Charte ne procède pas du droit d'asile.

Indexé sur la Convention de Genève et concurrencé par d'autres dispositions, l'article 18 peine donc à déployer des exigences autonomes, sachant qu'aux termes de l'arrêt *Ibrahim*, sa violation potentielle ne justifierait pas davantage de déroger au jeu de la confiance mutuelle¹²⁴. En l'occurrence, la qualité de droit fondamental aurait pourtant permis de lui faire porter au moins un effet substantiel : subordonner la validité des dispositions en cause au respect du principe de proportionnalité, que le législateur européen s'est dispensé de mentionner. Malencontreusement, cette condition, qui est censée s'imposer en vertu de l'article 52§1 de la Charte, n'apparaît pas non plus dans les appréciations de la Cour. Une économie de moyens probablement...

Caroline BOITEUX-PICHERAL

V – Mandat d'arrêt européen et coopération judiciaire pénale

A – Effets ambivalents des droits fondamentaux à l'égard des compétences de l'autorité judiciaire d'exécution

Dans la dialectique entre droits fondamentaux et efficacité du système instauré par la décision-cadre 2002/584, la jurisprudence s'enrichit en 2019 de deux nouvelles séries de précisions quant aux pouvoirs et responsabilités de l'autorité judiciaire d'exécution.

S'agissant tout d'abord du maintien en détention des personnes visées par un mandat d'arrêt européen, au-delà des 90 jours prévus pour statuer sur la remise de l'intéressé, l'arrêt *T.C.*¹²⁵ creuse le sillon, tracé par l'arrêt *Lanigan*¹²⁶, d'une interprétation du droit à la liberté et à la sûreté correspondant à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. En l'occurrence, il est en effet jugé que l'article 6 de la Charte s'oppose à une jurisprudence nationale qui permet un tel maintien, par suspension du délai de décision sur l'exécution du mandat d'arrêt dans diverses circonstances¹²⁷, en tant que cette jurisprudence n'assure pourtant pas la conformité du droit national à la décision-cadre et qu'elle présente des divergences susceptibles d'aboutir à des durées de détention différentes (pt. 77). Aux critères classiques de clarté et de prévisibilité qui conditionnent la régularité de la privation de liberté, la Cour de justice associe donc l'exigence d'un rapport de conformité normative, qui manifeste les obligations particulières pesant sur les autorités nationales à l'égard du droit de l'Union. Mais l'article 6 de la Charte n'en prend pas pour autant un sens autonome, puisqu'en matière d'observation des voies légales, l'article 5§1 de la Convention peut lui-même renvoyer à « d'autres normes juridiques applicables aux intéressés, y compris celles qui trouvent leur source dans le droit international »¹²⁸. Dans un contexte où la loi interne de transposition était elle-même incompatible avec la norme européenne, il est ainsi doublement cohérent de sanctionner les défauts de la base légale. Le seul paradoxe est d'aboutir en substance à signifier, vu les raisons pour lesquelles ladite jurisprudence nationale échoue à satisfaire aux objectifs de la décision-cadre, qu'une méconnaissance des garanties de la liberté résulte de l'éventualité – passé un certain délai – d'une remise en liberté provisoire nonobstant un risque élevé de fuite ...

124 Tout en admettant qu'une politique nationale méconnaîtrait l'article 18 de la Charte si elle conduisait à refuser systématiquement, sans réel examen, l'octroi du statut de réfugié au profit de la protection subsidiaire, la Cour juge que cette circonstance n'empêcherait cependant pas les autres Etats membres de tenir pour irrecevable une demande d'asile, à charge pour l'Etat membre ayant précédemment accordé la protection subsidiaire de reprendre la procédure visant à l'obtention du statut de réfugié (arrêt *Ibrahim*, préc., pts. 99 et 100).

125 CJUE, 12 février 2019, *T.C.*, aff. C-492/18, ECLI:EU:C:2019:108.

126 CJUE, Gde ch. 16 juillet 2015, *Lanigan*, aff. C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, cette Chron., *Ann. Dr. UE* 2015, Bruylant, 2016, p. 430, obs. R. TINIÈRE

127 Circonstances tenant à une décision soit de saisir la Cour d'une question préjudicielle, soit d'attendre la réponse au renvoi préjudiciel formé par une autre autorité judiciaire d'exécution, soit de reporter la remise en considération d'un risque de conditions de détention inhumaines et dégradantes dans l'Etat d'émission.

128 Voy. notamment Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, n° 3394/03, ECLI:CE:ECHR:2010:0329JUD000339403, § 79.

S'agissant ensuite du contrôle que le juge requis est appelé à exercer sur l'existence d'un risque individuel de traitements inhumains et dégradants tenant aux conditions prévisibles de détention dans l'Etat d'émission, l'arrêt *Dorobantu*¹²⁹ approfondit, quant à lui, la jurisprudence *Aranyosi et Căldăraru*¹³⁰ à travers un double apport. D'une part, il exclut fermement que la constatation d'un risque de cette nature doive ou puisse être mise en balance, au moment de décider de l'exécution du mandat, avec l'efficacité de la coopération judiciaire en matière pénale et les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles. Si la jurisprudence antérieure permettait de le subodorer, la Grande chambre dissipe néanmoins les ambiguïtés que pouvait entretenir la recommandation, par exemple, d'un report plutôt que d'un abandon de l'exécution du mandat, sauf à ce que le risque individuel constaté ne puisse être définitivement écarté dans un délai raisonnable¹³¹. Tout aussi important, le second apport de l'arrêt est d'établir que l'appréciation des conditions de détention, dans l'établissement pénitentiaire où il est concrètement envisagé d'incarcérer la personne visée, ne se limite pas au contrôle des insuffisances manifestes (pt. 62). Par égard au caractère absolu de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, c'est dire que l'autorité judiciaire d'exécution ne saurait s'arrêter au standard minimal de contrôle consacré par la Cour européenne des droits de l'homme face aux mécanismes de reconnaissance mutuelle institués par l'Union¹³². Le juge requis est non seulement autorisé, mais engagé, à aller plus loin. Le sentiment se crée ainsi d'un fructueux jeu de concessions réciproques entre les deux juridictions européennes. Car la Cour de justice pourrait avoir été d'autant plus encline à tempérer ici les effets de la confiance mutuelle, que, compte tenu des obligations de coopération requises par une protection effective du droit à la vie, la Cour de Strasbourg a pour sa part condamné – dans l'affaire *Romeo Castaño c. Belgique*¹³³ – l'inexécution d'un mandat d'arrêt européen en l'absence d'une évaluation factuelle, actualisée et individualisée de la réalité des risques de traitements inhumains et dégradants encourus par la personne réclamée. Cela étant, l'arrêt *Dorobantu* précise également que le juge requis doit en revanche se fier, en principe, aux assurances fournies par l'autorité judiciaire d'émission, à moins que des motifs précis ne l'autorisent à considérer les conditions de détention comme contraires à l'article 4 de la Charte. Or, il est permis de se demander si la Cour européenne des droits de l'homme n'exigerait pas plutôt des motifs concrets de se fier à de telles assurances, dès lors que, suivant la « grille *Aranyosi et Căldăraru* », l'existence de défaillances générales des conditions de détention au sein des établissements pénitentiaires de l'Etat membre d'émission est déjà attestée. Tout en contribuant à une garantie convergente du droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants¹³⁴, l'arrêt *Dorobantu* est ainsi révélateur de la part d'autonomie que la Cour de justice se réserve, soit pour assurer une protection plus étendue, soit pour ménager l'efficacité de la reconnaissance mutuelle.

Caroline BOITEUX-PICHERAL

B- Mandat d'arrêt européen et notion d'« autorité judiciaire d'émission »

Si la Cour avait déjà été conduite à se pencher sur la notion d'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt européen¹³⁵, elle a pu, durant l'année 2019, apporter d'utiles précisions sur son contenu, tout en occasionnant probablement quelques sueurs froides au sein du ministère français de la justice. Cette notion est définie par l'article 6 § 1 de la décision-cadre 2002/584 comme « l'autorité judiciaire de l'Etat membre

129 CJUE, Gde ch., 15 oct. 2019, *Dorobantu*, aff. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857

130 CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru* aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, cette Chron., *Ann. Dr. UE 2016*, Bruylant, 2017, p. 522, obs. C. VIAL

131 CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru* précité, § 98.

132 Cour EDH, 17 avr. 2018 *Pirrozzi c. Belgique*, n°21055/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0417JUD002105511, §§ 24-29

133 Cour EDH, 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD000835117, *RDLF*, 2020, Chron. n° 22, II, obs. C. BOITEUX-PICHERAL

134 Sur les éléments permettant de juger de la compatibilité – ou non – des conditions de détention avec l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (espace personnel disponible par détenu, pertinence des mesures générales destinées à renforcer le contrôle des conditions de détention), l'arrêt *Dorobantu* ne procède pas seulement d'une reprise littérale du précédent arrêt du 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, aff. C-220/18 PPU, EU:C:2018:58. Il applique expressément ou indirectement, les exigences de la jurisprudence européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 20 octobre 2016, *Muršić c. Croatie*, n° 7334/13, CE:ECHR:2016:1020JUD000733413).

135 Voy. notamment CJUE, 10 novembre 2016, *Poltorak*, aff. C-452/16, PPU ECLI:EU:C:2016:858 et le même jour *Kovalkovas*, aff. C-477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861.

d'émission qui est compétente pour délivrer un mandat d'arrêt européen en vertu du droit de cet État », article qui fait ainsi le choix du renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États. Notion autonome¹³⁶, la notion d'autorité judiciaire ne se limite pas aux seuls juges ou juridictions d'un État membre mais permet de couvrir plus largement « les autorités appelées à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné »¹³⁷, sans pour autant aller jusqu'à englober les services de police. Or, cette notion aux contours encore un peu flous, a fait l'objet durant l'année 2019 d'une série de questions préjudicielles visant à déterminer si les parquets nationaux de plusieurs États membres dont la France pouvaient se prévaloir de la qualité d'« autorité judiciaire » au sens de cette disposition et donc valablement émettre des mandats d'arrêt européen.

Dans deux arrêts rendus le 27 mai 2019, la Cour de justice réunie en grande chambre est amenée à se prononcer sur la qualité d'autorité judiciaire des parquets lituaniens et allemand et à définir plus précisément les exigences relatives à l'indépendance de ces autorités¹³⁸. S'il ne fait guère de doute que les parquets participent à l'administration de la justice au sein de leur État¹³⁹, la question de leur indépendance est plus délicate particulièrement lorsque les parquets appartiennent à une structure hiérarchisée éventuellement placée sous l'autorité d'un ministre de la justice. Or, comme le rappelle la Cour, une des raisons de la création du mécanisme du mandat d'arrêt européen était de mettre fin à l'intervention du pouvoir politique dans le jeu des mécanismes d'extradition (pt 65). Par ailleurs, l'émission d'un mandat d'arrêt européen en vue de l'arrestation et de la remise d'une personne recherchée ayant pour effet de porter atteinte au droit à la liberté garanti à l'article 6 de la Charte, il suppose l'existence d'une protection des droits fondamentaux procéduraux à deux niveaux. Ainsi, s'ajoute à la protection judiciaire conduisant à l'adoption du mandat d'arrêt national, une protection lors de l'émission du mandat d'arrêt européen, protection impliquant « qu'une décision satisfaisant aux exigences inhérentes à une protection juridictionnelle effective soit adoptée, à tout le moins, à l'un des deux niveaux de ladite protection » (pt 68). Il est donc possible, si le mandat d'arrêt national est adopté par une autorité judiciaire satisfaisant aux exigences d'une protection juridictionnelle effective, que l'autorité émettant le mandat d'arrêt européen ne soit pas une juridiction. Toutefois, cette dernière étant la garante du respect des droits procéduraux de la personne faisant l'objet du mandat, elle doit, quoi qu'il en soit, pouvoir contrôler « le respect des conditions nécessaires à cette émission et [examiner] le point de savoir si, au regard des spécificités de chaque espèce, ladite émission revêt un caractère proportionné »(pt 71). Elle doit en outre le faire « de façon objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge, et sans être exposée au risque que son pouvoir décisionnel fasse l'objet d'ordres ou d'instructions extérieurs, notamment de la part du pouvoir exécutif, de telle sorte qu'il n'existe aucun doute quant au fait que la décision d'émettre le mandat d'arrêt européen revienne à cette autorité et non pas, en définitive, audit pouvoir »(pt 73). Autrement dit, elle doit être indépendante, ce qui exige l'existence de règles statutaires et organisationnelles permettant de garantir qu'elle n'est pas soumise, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs, « notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif » (pt 74), et ses décisions doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel conforme au droit à un recours juridictionnel effectif.

C'est à partir de ces critères que la Cour a pu reconnaître dans l'affaire *PF* la qualité d'autorité judiciaire d'émission au sens de l'article 6 § 1 de la décision-cadre au procureur général de Lituanie du fait de son indépendance et la refuser au parquet allemand dans l'affaire *OG* à cause du risque qu'ils soient influencés par le pouvoir exécutif dans leur décision d'émettre un mandat d'arrêt européen. Ce faisant, elle a provoqué une vague de questionnements en Europe quant à l'indépendance des parquets nationaux, et plus particulièrement en France, suscitant une deuxième série de questions préjudicielles.

Ont ainsi été testés les parquets belge¹⁴⁰, suédois¹⁴¹ et français¹⁴². La reconnaissance de la qualité d'autorité judiciaire d'émission du parquet français est obtenue au terme d'un raisonnement étonnement ramassé¹⁴³ et possiblement en retrait par rapport à l'arrêt *OG*¹⁴⁴. En effet, la Cour y reconnaît l'indépendance du parquet

136 Affaire *Polotrak* préc. pt 32.

137 *Ibid* pt 33.

138 CJUE, gde ch., 27 mai 2019, *OG (parquet de Lübeck)*, aff. jtes C-508/18 et 82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456 et de la même date, *PF (Procureur général de Lituanie)*, aff. C-509/18, ECLI:EU:C:2019:457.

139 pt. 60 de l'arrêt *OG*.

140 CJUE, 12 décembre 2019, *Openbaar Ministerie (Procureur du Roi de Bruxelles)*, aff. C-627/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1079.

141 CJUE, 12 décembre 2019, *Openbaar Ministerie (Parquet Suède)*, aff. C-625/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1078.

142 CJUE, 12 décembre 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)*, aff. jtes C-566 et 626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077

143 V. MICHEL, *Europe* 2020, n°2, comm. 51.

144 En ce sens, D. REBUT, *JCP G*, 2020, Doct. 37, spéc. p. 57.

dans l'exercice des fonctions inhérentes à l'émission d'un mandat d'arrêt européen en relevant que le pouvoir exécutif peut « seulement adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale afin d'assurer la cohérence de cette politique sur l'ensemble du territoire », ce qui ne l'empêcherait pas d'exercer son « pouvoir d'appréciation quant au caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen »¹⁴⁵. Par ailleurs et s'agissant du second critère, la Cour se contente de relever que le mandat d'arrêt européen est nécessairement émis à la suite d'un mandat national, lequel est adopté par une juridiction qui est donc en mesure d'exercer un contrôle juridictionnel sur la proportionnalité de l'émission du mandat d'arrêt européen¹⁴⁶ pouvant en outre faire l'objet d'une action en nullité¹⁴⁷.

Les magistrats du parquet français peuvent ainsi être qualifiés d'autorité judiciaire au sens de la décision-cadre 2002/584 par la Cour de justice. On relèvera toutefois qu'ils se voient dénier une telle qualité par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁸ sur le fondement de l'article 5 de la Convention. Au-delà de la complexité qui peut naître d'une telle différence d'appréciation par les deux cours européennes, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'émission d'un mandat d'arrêt européen peut avoir pour effet de porter atteinte au droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 6 de la Charte et 5 de la Convention. Or, ce « droit correspondant » au sens de l'article 52 § 3 CDFUE, devrait en toute logique se voir conférer le même sens et la même portée que celui que lui confère le droit de la Convention et donc impliquer les mêmes garanties procédurales en cas de privation de liberté. On aurait donc légitimement pu attendre de la part de la Cour de justice un raisonnement un peu plus développé sur l'indépendance du parquet français et la nature du contrôle juridictionnel susceptible d'être exercé par le juge d'instruction sur sa décision d'émettre un mandat d'arrêt européen.

ROMAIN TINIÈRE

VI- La protection des données à caractère personnel : précisions et incertitudes

Dans sa communication en date du 24 juillet 2019¹⁴⁹ la Commission dresse le premier bilan d'application du RGPD. Seuls trois Etats membres n'avaient pas encore adopté à cette date les mesures requises par le règlement (la Grèce, le Portugal et la Slovénie), la Commission se félicitant par ailleurs de l'utilisation par les autorités nationales de protection des données des nouveaux pouvoirs que ce dernier leur confère. Une fois encore cette communication permet de rappeler que le cadre législatif existant a vocation à couvrir un champ territorial bien plus vaste que celui de l'Union par l'entremise d'accords bilatéraux ou l'adoption de décisions d'adéquation avec les Etats tiers qui favorisent la convergence des différents régimes juridiques au plan international. La Commission a également adopté une communication sur la confiance dans l'intelligence artificielle axée sur le facteur humain¹⁵⁰. Le principal défi que pose l'intelligence artificielle est de voir une machine « appliquer sans discernement la technologie au fur et à mesure de son développement »¹⁵¹, ce qui suppose pour la Commission de définir des « exigences essentielles » que sont 1) le facteur humain et le contrôle, 2) la robustesse technique et sécurité, 3) le respect de la vie privée et la gouvernance des données, 4) la transparence, 5) la diversité, la non-discrimination et l'équité, 6) le bien-être sociétal et environnemental et enfin 7) la responsabilisation¹⁵². Comme dans le domaine de la protection des données à caractère personnel l'Union entend défendre ses conceptions en termes d'intelligence artificielle au niveau mondial, même si en la matière l'action des opérateurs privés sera sans doute aussi voire davantage décisive.

Le législateur de l'Union a adopté au cours de l'année 2019 plusieurs actes de droit dérivé. Tel est le cas, tout d'abord, du règlement (UE) 2019/1157 du Parlement et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation¹⁵³. Si ce texte

145 Point 54 des aff. jtes C-566 et 626/19 PPU.

146 *Ibid.* pts 67-68.

147 pt. 69.

148 CourEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev e.a. c. France*, JCP G 2010, doct. 454, note F. SUDRE.

149 COM(2019) 374 final.

150 COM(2019) 168 final.

151 *Ibid.*, pp. 2-3.

152 *Ibid.*, p. 5.

153 JOUE n° L 188 du 12 juillet 2019, p. 67.

a pour objet la conciliation de la libre circulation des citoyen(ne)s européen(ne)s et de leur famille avec la sécurité publique, la sécurité des documents officiels et des cartes d'identité en particulier soulève logiquement des interrogations quant à la protection des données contenues dans ces derniers. Ainsi, et sans préjudice du RGPD, le règlement (UE) 2019/1157 introduit dans son article 11 un certain nombre de principes communs à l'ensemble des Etats membres, ces derniers devant être tenus pour responsables du traitement de ces données – notamment des données biométriques – y compris lorsqu'ils font appel à des prestataires de services extérieurs. Il est toutefois regrettable que dans le cadre d'une telle harmonisation, le législateur n'ait pas saisi l'opportunité de préciser davantage les obligations qui pèsent sur les responsables du traitement des données personnelles, dont certaines ici peuvent être qualifiées de sensibles, notamment à la lumière de la jurisprudence de la Cour. Le second règlement (UE) 2019/816 a été adopté par le Parlement et le Conseil le 17 avril 2019 et il porte création d'un système centralisé permettant d'identifier les États membres détenant des informations relatives aux condamnations concernant des ressortissants de pays tiers et des apatrides (ECRIS-TCN), qui vise à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires, et modifiant le règlement (UE) 2018/1726¹⁵⁴. Ce règlement vise à favoriser l'échange entre les Etats membres d'informations extraites des casiers judiciaires et par là-même, à prévenir et lutter contre la criminalité et le terrorisme dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il autorise par ailleurs à rendre communes au niveau européen de telles informations lorsqu'elles concernent des ressortissants d'Etats tiers par la création d'une nouvelle base de données dénommée ECRIS-TCN. Une fois encore, on ne peut qu'être étonné par la pauvreté des garanties accordées par le législateur de l'Union au titre de la protection des données à caractère personnel. Alors qu'il s'agira de partager des données sensibles, comme des images faciales, ce dernier se contente de rappeler dans les considérants liminaires du règlement la nécessité de protéger les droits fondamentaux des individus (il est difficile de faire moins) et d'exiger de l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (EU-LISA) qu'elle procède tous les trois ans à un audit sur la protection des données par les différentes autorités nationales et européennes engagées dans ces actions, sans accorder par ailleurs de garanties particulières en matière de durée de conservation de ces données (celle-ci étant calquée sur celle des casiers judiciaires qui varie d'une législation nationale à une autre !). Enfin le Parlement et le Conseil ont adopté la directive (UE) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public¹⁵⁵ ainsi que la directive (UE) 2019/520 du 19 mars 2019 concernant l'interopérabilité des systèmes de télépéage routier et facilitant l'échange transfrontière d'informations relatives au défaut de paiement des redevances routières de l'autoroute¹⁵⁶. Ce dernier texte vise à favoriser l'interopérabilité des systèmes de télépéages au nom des objectifs de l'Union en matière de redevances routières, ce qui peut expliquer qu'une attention particulière doive être portée selon le législateur à la « protection des données commercialement sensibles » des prestataires d'un service européen de télépéage¹⁵⁷. Si ces prestataires sont tenus bien entendu de respecter les dispositions du règlement général à la protection des données lorsqu'ils transmettent des informations aux percepteurs de péages (art. 5, point 10), le législateur a nouveau opère ici une harmonisation minimale en se contentant de renvoyer aux textes généraux de protection des données à caractère personnel. Toutefois alors que la directive prévoit l'accès à des informations telles que le titulaire du certificat d'immatriculation, le véhicule, son immatriculation, l'Etat, le lieu et l'heure de l'infraction notamment, sans imposer de durée spécifique de conservation, il fait peu de doute qu'un contentieux devrait voir rapidement le jour. Pourtant le travail du législateur ne devrait-il pas être de le prévenir et non de se décharger de cette tâche sur les particuliers et le juge comme il le fait trop systématiquement ? Quant à la directive (UE) 2019/1024 elle renvoie au « concept de données ouvertes [qui] s'entend généralement comme désignant des données présentées dans un format ouvert qui peuvent être librement utilisées, réutilisées et partagées par tous quelle qu'en soit la finalité » et qui « peuvent jouer un rôle important pour promouvoir l'engagement social, et lancer et soutenir le développement de nouveaux services reposant sur des moyens innovants de combiner et d'utiliser ces informations »¹⁵⁸. Ce texte ne trouvera donc pas à s'appliquer aux documents dont l'accès est refusé au nom de la protection des données à caractère personnel (art. 1^{er}, point 2, h)), tout en précisant que l'« anonymisation des informations constitue un moyen de concilier l'intérêt de rendre les informations du secteur public aussi réutilisables que possible avec les obligations découlant du droit relatif à la protection des données, mais elle est onéreuse »¹⁵⁹.

154 JOUE n° L 135 du 22 mai 2019, p. 1.

155 JOUE n° L 172 du 26 juin 2019, p. 56.

156 JOUE n° L 91 du 29 mars 2019, p. 45.

157 Considérant 16 de la directive (UE) 2019/520.

158 Considérant 16 de la directive (UE) 2019/1024.

159 Considérant 52 de la directive (UE) 2019/1024.

Quant à la Cour de justice elle poursuit son travail de sédimentation jurisprudentielle à l'égard du droit à la protection des données au sens des traités, du droit dérivé et de la Charte.

Par deux arrêts rendus le même jour en grande chambre à la suite de demandes formulées par le Conseil d'Etat français, la Cour vient préciser à nouveau le régime juridique du droit à la protection des données à caractère personnel au sens du droit de l'Union et de l'article 8 de la Charte en particulier.

Dans l'affaire *Google LLC*¹⁶⁰, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL, France) avait infligé une amende à l'entreprise Google qui avait refusé de faire droit à des demandes de déréférencement sur l'ensemble des extensions de nom de domaine de son moteur de recherche. Le problème principal concernait la portée territoriale du droit au déréférencement. La Cour constate « que de nombreux États tiers ne connaissent pas le droit au déréférencement ou adoptent une approche différente de ce droit » (pt 59) et « en l'état actuel, il n'existe, pour l'exploitant d'un moteur de recherche [...] pas d'obligation découlant du droit de l'Union de procéder à un tel déréférencement sur l'ensemble des versions de son moteur » (pt 64). Toutefois, par une interprétation *a contrario* assez surprenante, la Cour considère ensuite que si « le droit de l'Union n'impose pas, en l'état actuel, que le déréférencement auquel il serait fait droit porte sur l'ensemble des versions du moteur de recherche en cause, *il ne l'interdit pas non plus* »¹⁶¹. Dès lors, « une autorité de contrôle ou une autorité judiciaire d'un État membre demeure compétente pour effectuer, à l'aune des standards nationaux de protection des droits fondamentaux (...), une mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection des données à caractère personnel la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information, et, au terme de cette mise en balance, pour enjoindre, le cas échéant, à l'exploitant de ce moteur de recherche de procéder à un déréférencement portant sur l'ensemble des versions dudit moteur » (pt 72).

Dans une affaire *GC, AF, BH et ED*¹⁶² les requérants contestaient à l'inverse plusieurs décisions de la CNIL refusant de mettre Google LLC en demeure de déréférencer des liens vers des pages web publiés par des tiers à la suite d'une recherche effectuée à partir de leur nom¹⁶³. Les questions posées concernaient les points 1 et 5 de l'article 8 de la directive 95/46. Le point 1 interdit le traitement de données dites sensibles (origine raciale ou ethnique, convictions religieuses, etc.), tandis que le point 5 précise que « Le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ». Or le traitement de données sensibles constitue « une ingérence particulièrement grave dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, garantis par les articles 7 et 8 de la Charte » (pt 44) qui fait peser sur l'exploitant d'un moteur de recherche une responsabilité particulière lors du référencement (pt 46). Or dans la mesure où le « règlement 2016/679, [...] consacre ainsi explicitement l'exigence d'une mise en balance entre, d'une part, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte, et, d'autre part, le droit fondamental à la liberté d'information, garanti par l'article 11 de la Charte » (pt 59), il reviendra à l'exploitant de « vérifier, [...], si l'inclusion de ce lien dans la liste de résultats, qui est affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, s'avère strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, consacrée à l'article 11 de la Charte » (pt 68).

L'affaire *S. Buivids*¹⁶⁴ soulevait une question inédite devant la Cour. Lors de sa déposition dans un commissariat letton le requérant avait filmé à leur insu les policiers présents et avait par la suite diffusé ses enregistrements sur le site de partage YouTube afin « d'attirer l'attention de la société sur les pratiques prétendument irrégulières de la police qui se seraient déroulées lors de sa prise de déposition » (pt 60). L'Autorité nationale de la protection des données exigea cependant que le requérant supprime ces enregistrements, ce qu'il refusa de faire. La Cour indique tout d'abord que la mise en ligne des enregistrements sur YouTube constitue bien un traitement automatisé de données à caractère personnel (pt 39) qui ne peut relever d'aucune des exceptions prévues à l'ancien article 3, § 2, de la directive 95/46 relatives au traitement ayant pour objet la sécurité publique, la défense ou la sûreté, d'un côté, ou des activités exclusivement personnelles ou domestiques, de l'autre (pts 42 et 43). Mais surtout elle considère,

160 CJUE, Gde Ch., 24 septembre 2019, aff. C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772.

161 *Ibid.*, point 72. C'est nous qui soulignons.

162 CJUE, Gde Ch., 24 septembre 2019, aff. C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773.

163 Les requérants, pour l'essentiel, avaient fait l'objet d'articles de presse ou d'un photomontage publiés sur Internet, évoquant des faits passés tels que, notamment, une condamnation pour agression sexuelle, l'exercice de fonctions au sein de l'église de scientologie ou la présomption de rapports extraconjugaux.

164 CJUE, 14 février 2019, aff. C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122.

sans que le juge national n'ait véritablement soulevé cette question, que le requérant a entendu poursuivre un intérêt légitime d'information au sens de l'article 11 de la Charte. La Cour en déduit que « l'article 9 de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que des circonstances de fait telles que celles de l'affaire au principal, à savoir l'enregistrement vidéo de membres de la police dans un commissariat, lors d'une prise de déposition, et la publication de la vidéo ainsi enregistrée sur un site Internet de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager celles-ci, peuvent constituer un traitement de données à caractère personnel aux seules fins de journalisme, au sens de cette disposition, pour autant qu'il ressorte de ladite vidéo que ledit enregistrement et ladite publication ont pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées » (pt 69). Si la Cour ramène sa solution au cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que la définition très large qu'elle retient de la notion de journalisme, dans un contexte où les enregistrements vidéo et leur partage se multiplient, ne saurait manquer de générer un contentieux important.

Dans une affaire *A., B. et P.*¹⁶⁵ il était question de la possibilité pour un Etat membre d'introduire une « nouvelle restriction » à la libre circulation des ressortissants turcs au sens des décisions n° 2/76 et 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie. Les Pays-Bas préoyaient en effet de subordonner la délivrance d'un titre de séjour provisoire au profit des ressortissants d'Etats tiers « à la condition que leurs données biométriques soient prélevées, enregistrées et conservées dans un fichier central » (pt 32). La Cour, en s'appuyant sur les articles 7 et 8 de la Charte, considère que les restrictions imposées sont justifiées au regard de l'objectif qui consiste à prévenir et à lutter contre la fraude à l'identité et documentaire (pt 70). Dans cette affaire c'était pourtant la seconde question préjudicielle qui présentait de l'intérêt même si la Cour la déclare irrecevable. En effet, le droit national prévoit aussi la possibilité de transmettre ces données à des tiers dans le cadre de la détection et de la poursuite d'infractions pénales, dans le cas où une mesure de détention provisoire peut être prononcée (pt 74). Si l'irrecevabilité ne faisait aucun doute puisque les requérants n'étaient pas sujets à de telles procédures en l'espèce, l'on ne peut que s'interroger à nouveau sur le croisement de plus en plus systématique des différents fichiers dont l'appréciation peut rarement être envisagée de manière globale, mais seulement au cas par cas. Se justifient ainsi l'harmonisation des pratiques et réglementations nationales, mais aussi le contrôle vigilant des autorités européennes de contrôle, du Parlement au Contrôleur européen de la protection des données, en passant par les différentes agences chargées de leur gestion.

CH. MAUBERNARD

VII. Le respect du droit de propriété, beaucoup plus largement de la Charte et de l'office du juge de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux

Le 21 mai 2019, la Cour de justice a rendu un arrêt que l'auteur de ces lignes avoue avoir lu bien trop rapidement, se contentant de noter que la Hongrie avait violé le droit de l'Union en supprimant les droits d'usufruit sur des terres agricoles détenues par des ressortissants d'autres Etats membres¹⁶⁶. Quoi de plus banal qu'une décision condamnant une violation du droit au respect de ses biens ? Quoi d'étonnant, par les temps qui courent, à ce que la Hongrie soit condamnée par le juge de l'Union ? Rien ne nous aurait particulièrement poussés à nous intéresser à une décision portant sur une privation de propriété par l'Etat hongrois, d'autant que c'est la seconde fois que la Cour se prononce sur la législation litigieuse, ayant déjà affirmée, dans l'arrêt *SEGRO et Horváth*¹⁶⁷, qu'une telle législation était incompatible avec le droit de l'Union. Mais voilà, le responsable de cette chronique ayant vu un intérêt, sans nous dire précisément lequel, à commenter l'affaire *Commission / Hongrie*, il a bien fallu creuser la question. Disons-le d'emblée, nous ne regrettons pas un seul instant d'avoir lu plus attentivement la décision de la Cour, encore moins les conclusions qui l'accompagnent¹⁶⁸. Parce que si nous continuons de penser ne pas nous être trompés sur l'absence de plus-value de l'arrêt, s'agissant de l'incompatibilité du droit hongrois avec le droit de l'Union, nous admettons être largement passés à côté de son apport, s'agissant des dispositions avec lesquelles la législation est incompatible.

165 CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-70/18, ECLI:EU:C:2019:823.

166 CJUE, Gr. Ch., 21 mai 2019, *Commission / Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, aff. C-235/17, ECLI:EU:C:2019:432.

167 CJUE, Gr. Ch., 6 mars 2018, *SEGRO et Horváth*, aff. jtes C-52/16 et C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157.

168 Conclusions de l'avocat général Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 29 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:971.

Rappelons que dans l'affaire *SEGRO et Horváth*, le juge hongrois avait saisi la Cour d'une demande en interprétation des articles 49 (liberté d'établissement) et 63 (libre circulation des capitaux) du TFUE ainsi que des articles 17 (droit de propriété) et 47 (droit à une protection juridictionnelle effective) de la Charte des droits fondamentaux. La Cour avait décidé d'examiner le droit hongrois exclusivement au regard de la libre circulation des capitaux, estimant que « bien que [la] réglementation soit, a priori, susceptible de relever des deux libertés fondamentales évoquées par la juridiction de renvoi, il n'en demeure pas moins que, dans le contexte caractérisant les affaires au principal, les éventuelles restrictions à la liberté d'établissement résultant de ladite réglementation constitueraient une conséquence inévitable de la restriction à la libre circulation des capitaux et ne justifient pas, dès lors, un examen autonome de la même réglementation au regard de l'article 49 TFUE »¹⁶⁹. Ayant conclu à l'existence d'une restriction injustifiée en l'espèce, la Cour avait ensuite indiqué, en ces termes, ne pas avoir à se prononcer sur l'interprétation des dispositions de la Charte : « ainsi qu'il ressort des considérations exposées [ci-dessus], une réglementation telle que celle en cause au principal qui entrave la libre circulation des capitaux ne peut être justifiée, conformément au principe de proportionnalité, ni par des raisons impérieuses d'intérêt général admises par la jurisprudence ni sur le fondement de l'article 65 TFUE, de telle sorte qu'elle enfreint l'article 63 TFUE. Dans ces conditions, aux fins de la solution des litiges au principal, *il n'est pas nécessaire* d'examiner lesdites réglementations nationales au regard des articles 17 et 47 de la Charte »¹⁷⁰. Que fallait-il comprendre alors ? Qu'il n'était pas nécessaire – ce sont les termes employés par la Cour – de délivrer une interprétation des dispositions de la Charte dès lors que l'interprétation de l'article 63 du TFUE avait suffi à démontrer l'incompatibilité du droit hongrois avec le droit de l'Union ? Ou alors qu'il n'y avait pas lieu de s'intéresser à l'incompatibilité avec les dispositions de la Charte dès lors que l'examen au regard des droits fondamentaux se limiterait au cas dans lequel la restriction à une liberté fondamentale du marché intérieur pourrait être justifiée par un motif d'intérêt général tiré du traité ou de la jurisprudence ? Difficile de dire avec certitude si nous étions face à une économie de moyens ou à un éventuel obstacle lié à l'applicabilité de la Charte. Sauf à considérer, malgré la référence à l'absence de nécessité de se prononcer, que la Cour avait suivi les conclusions de son avocat général qui affirmait que « l'article 51, paragraphes 1 et 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être interprété en ce sens que, lorsque la Cour examine une réglementation nationale au regard des libertés de circulation, la violation alléguée d'un droit fondamental garanti par ladite charte ne peut pas être examinée indépendamment de la question de la violation de ces libertés »¹⁷¹.

Dans son recours en constatation de manquement introduit après que le juge hongrois avait saisi la Cour mais avant que cette dernière ne rende son arrêt préjudiciel, la Commission soutenait que la Hongrie avait manqué aux obligations qui lui incombent au titre des articles 49 et 63 du TFUE ainsi que de l'article 17 de la Charte. Mêmes dispositions en jeu, donc, à l'exclusion du droit à une protection juridictionnelle effective. *A priori*, le but de la Commission était d'obtenir un constat de multiples violations du droit de l'Union parmi lesquelles, surtout, la violation d'un droit fondamental, l'Avocat général – qui avait déjà conclu dans l'affaire relevant *SEGRO et Horváth* – relevant qu'« à [sa] connaissance, il [s']agissait de la première fois que [la Commission demandait] à la Cour de constater qu'un État membre [avait manqué] à une disposition de la Charte »¹⁷². La Commission justifiait sa position ainsi : « dans la mesure où la réglementation contestée entrave la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux et où la Hongrie invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier de telles entraves, les dispositions de la Charte trouvent en l'occurrence à s'appliquer. Or, ladite réglementation [enfreint] l'article 17 de la Charte »¹⁷³. La défense de la Hongrie, sur ce point, était pour partie ainsi présentée : « un examen séparé de la réglementation contestée à la lumière de la Charte n'est pas nécessaire et [...], en tout état de cause, il ressort de l'arrêt n° 25, du 21 juillet 2015, de l'Alkotmánybíróság (Cour constitutionnelle) que la suppression des droits d'usufruit en cause ne constitue pas une expropriation et qu'elle est, de surcroît, justifiée par l'intérêt général, tandis que les règles du droit civil permettent à l'ancien usufruitier d'obtenir une compensation juste, globale et en temps utile pour les pertes encourues » (pt 50). Application/méconnaissance de la Charte d'un côté ; absence de nécessité d'un examen au regard de la Charte et rappel d'un constat (relatif) de constitutionnalité de l'autre. Et l'Avocat général de considérer d'entrée de jeu, dans le même esprit que dans l'affaire *SEGRO et Horváth*, que « la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur l'article 17 de la Charte comme le demande la Commission. À titre

169 Arrêt *SEGRO et Horváth*, précité, point 55.

170 *Ibid.*, points 127 et 128, nous soulignons.

171 Conclusions de l'avocat général Henrik SAUGMANDSGAARD ØE, présentées le 31 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:410, point 143.

172 Conclusions présentées le 29 novembre 2018, précitées, point 64.

173 Arrêt *Commission / Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, précité, points 37 et 38.

subsidaire, [...] un examen de la réglementation litigieuse à l'aune de cette disposition serait en tout état de cause surabondant. Enfin, à titre infiniment subsidiaire, [l'examen de cette réglementation au regard dudit article 17 permet de] conclure à l'incompatibilité de ladite réglementation avec le droit fondamental de propriété garanti par cet article »¹⁷⁴.

Le dispositif de l'arrêt est finalement le suivant : « la Hongrie a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions *combinées* de l'article 63 TFUE et de l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹⁷⁵. La solution est moyennement satisfaisante. Cela étant, elle vaut toujours mieux que celle qui aurait consisté à ne condamner la Hongrie qu'au regard de la libre circulation des capitaux.

A lire l'arrêt de la Cour, on peut effectivement parler de combinaison. Une combinaison complexe, d'ailleurs, et assez critiquable. Sans surprise, la Cour exclut l'article 49 TFUE des dispositions au titre desquelles exercer son contrôle, pour les mêmes raisons que dans l'arrêt *SEGRO et Horváth*. Toujours sans surprise, elle réaffirme ensuite que le droit hongrois constitue une restriction à la libre circulation des capitaux. C'est à partir de là que le raisonnement s'éloigne de celui tenu dans l'arrêt *SEGRO et Horváth*, la Cour liant justification de la restriction et applicabilité de l'article 17 de la Charte, en s'appuyant sur une jurisprudence qui paraît constante puisqu'elle prend le soin de la faire remonter à l'arrêt *ERT*¹⁷⁶, rendu sous l'empire des principes généraux du droit, qui est cité plutôt que l'arrêt *Pfleger e.a.*¹⁷⁷, alors que ce dernier a été rendu sous l'empire de la Charte. Combinée avec l'arrêt *Åkerberg Fransson* qui pose le principe de l'applicabilité de la Charte chaque fois que le droit de l'Union est applicable¹⁷⁸, la jurisprudence antérieure est interprétée en ce sens que lorsque la réglementation contestée est constitutive d'une restriction à une liberté fondamentale du marché intérieur et que l'État membre concerné invoque l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général ainsi que des motifs visés [par le traité] aux fins de justifier cette restriction, « la compatibilité de cette réglementation avec le droit de l'Union doit être examinée au regard tant des exceptions ainsi prévues par le traité et la jurisprudence de la Cour que des droits fondamentaux garantis par la Charte »¹⁷⁹. Il y a là un léger glissement dès lors qu'il ne s'agit plus seulement de s'assurer que l'on ne donne pas un brevet de conventionnalité à une mesure restrictive des droits fondamentaux (l'examen au titre de la Charte est effectué avant ou après celui réalisé au titre des justifications propres aux libertés de circulation et à la condition que la mesure puisse effectivement être justifiée par le traité ou la jurisprudence), mais de condamner une mesure restreignant tant la libre circulation qu'un droit fondamental (l'examen au regard de la Charte peut alors précéder celui réalisé au titre des justifications propres aux libertés de circulation, la globalisation n'étant pas exclue lors de l'examen des justifications à la double restriction).

D'ailleurs, la Cour commence son analyse par vérifier l'existence d'une privation de propriété, avant de venir sur le terrain des « justifications et causes d'utilité publique », la globalité d'un tel examen se justifiant, d'une part, par l'article 17 de la Charte qui suppose que l'on tienne compte de sa lettre en même temps que celle de l'article 52, paragraphe 1, au stade de la justification et, d'autre part, par le fait que l'on est en présence d'une restriction à la fois à un droit fondamental et à une liberté de circulation. Évidemment, nous dirions trivialement qu'à la fin tout est mélangé, seul le test de proportionnalité émergeant véritablement du magma des justifications pour faire pencher la balance dans un sens plutôt que dans l'autre. Et l'impression de désordre ne cède pas avec « la conclusion » que la Cour prend le soin de présenter avant le dispositif : « eu égard à tout ce qui précède, il convient de conclure, *d'une part*, que la Hongrie n'a pas établi que la suppression de droits d'usufruit détenus directement ou indirectement par les ressortissants d'États membres autres que la Hongrie qu'opère la réglementation contestée viserait à garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt général admis par la jurisprudence de la Cour ou mentionnés à l'article 65, paragraphe 1, sous b), TFUE, ni que cette suppression serait appropriée et cohérente, ou encore limitée aux mesures nécessaires, aux fins de poursuivre de tels objectifs. *D'autre part*, ladite suppression n'est pas conforme à l'article 17, paragraphe 1, de la Charte. En conséquence, les entraves à la libre circulation des capitaux ainsi nées de la privation de biens acquis au moyen de capitaux bénéficiant de la protection instaurée par

174 Conclusions précitées, point 4, l'Avocat général souligne.

175 Nous soulignons.

176 CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254, point 43. V. aussi CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, ECLI: ECLI:EU:C:1997:325, point 24.

177 CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, point 36.

178 CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, point 21.

179 Arrêt *Commission / Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, précité, point 66. Pour parvenir à une telle solution, la Cour est contrainte de s'appuyer sur plusieurs points éclatés dans l'arrêt *AGET Iraklis* (CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, points 65, 102 et 103), l'exercice de justification au regard de l'esprit de cet arrêt n'étant pas particulièrement aisé.

l'article 63 TFUE ne sauraient être justifiées »¹⁸⁰. Ce qui paraissait combiné est finalement séparé, avant d'être recombinaison dans le dispositif de l'arrêt.

Alors, oui, sur le plan de l'orthodoxie juridique, il est difficile de dire que la solution de la Cour est pleinement satisfaisante. Et nous comprenons tout à fait que l'on puisse reprocher au juge de l'Union d'avoir considérablement étendu le champ d'application de la Charte en ayant retenu, comme « porte d'entrée »¹⁸¹, la restriction à la libre circulation plutôt que la justification à cette restriction. Mais que voulons-nous à la fin ? C'est une vraie question. L'Avocat général soutenait, dans notre affaire, que « sur le plan institutionnel, [était] en jeu la mesure dans laquelle *la Cour*, en tant qu'ultime juridiction, a compétence pour se substituer aux juridictions constitutionnelles nationales et à la Cour européenne des droits de l'homme dans le contrôle des réglementations et actions des États membres à l'aune des droits fondamentaux »¹⁸². Soit. On peut reléguer le juge de l'Union à un rôle de « juge économique » et attendre des juges constitutionnels et de la Cour EDH qu'ils protègent les droits fondamentaux. Ou alors on peut accepter l'idée que la Cour de justice est une juridiction pleinement protectrice des droits fondamentaux, même si elle intervient essentiellement dans des matières économiques, et qu'elle participe ainsi à la préservation de l'État de droit. Il nous semblait que c'était ce que l'on attendait d'elle, dans un contexte dangereux pour les valeurs de l'Union et l'Union elle-même, mais peut-être nous sommes nous trompés. En tout état de cause, nous ne croyons pas qu'il faille distinguer entre les voies de droit pour laisser à la Cour de justice plus ou moins de latitude dans l'examen des moyens avancés au soutien d'une violation du droit de l'Union par les États membres¹⁸³. Que l'affaire vienne à la Cour au moyen d'un renvoi préjudiciel ou au moyen d'un recours en constatation de manquement, il ne faut pas oublier l'esprit dans lequel le système des voies de droit a été pensé tout au long de ces années : la complémentarité de ces deux voies aux fins d'assurer la protection de l'individu plutôt que celle de l'État. Que la Cour interprète une disposition de la Charte en ce sens que cette dernière s'oppose à une mesure nationale ou qu'elle constate le manquement – pour la première fois, voire les suivantes¹⁸⁴ – à une disposition de la Charte revient au même : les États membres doivent respecter les droits fondamentaux protégés par la Charte et c'est parce que certains d'entre eux s'abstiennent de le faire, de façon délibérée et en toute connaissance de cause, que le juge de l'Union est contraint de malmener le droit pour mieux le protéger.

CLAIRE VIAL

VIII - La directive 2019/1937 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union¹⁸⁵

Ayant pour objet, selon son article 1, « de renforcer l'application du droit et des politiques de l'Union dans des domaines spécifiques en établissant des normes minimales communes assurant un niveau élevé de protection des personnes signalant des violations du droit de l'Union », la directive 2019/1937 vise en substance à mettre en place au niveau européen une protection harmonisée des lanceurs d'alerte, même si le

180 *Ibid.*, point 130, nous soulignons.

181 Selon l'expression de l'Avocat général (conclusions précitées, point 98).

182 Conclusions précitées, point 68, l'Avocat général souligne. Selon lui, « la Cour n'a pas, contrairement aux cours constitutionnelles nationales et la Cour EDH, pour *mandat spécifique de sanctionner les éventuelles violations des droits fondamentaux commises par les États membres*. Ainsi, [il] ne peut que lui conseiller, dans les situations de « dérogation », de faire une interprétation stricte de sa compétence en la matière » (point 111, il souligne).

183 Voir les propos de l'Avocat général sur le caractère surabondant, selon lui, d'un examen distinct de l'article 17 de la Charte en l'espèce (points 113 à 127). Si nous sommes d'accord avec lui sur l'absence de pertinence de la distinction entre renvoi préjudiciel et recours en manquement, nous ne parvenons pas à la même conclusion : selon nous, rien n'empêchant la Cour de se prononcer à titre surabondant dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, même si elle a tendance à faire l'inverse, elle peut aussi le faire dans le cadre d'un recours en manquement sans que l'on ait besoin de rattacher cette faculté au caractère objectif de la procédure, plusieurs violations pouvant alors être constatées (voir ainsi, par exemple, CJUE, 18 juin 2019, *Autriche / Allemagne*, aff. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, où l'Allemagne est condamnée pour une violation des articles 18, 34, 56 et 92 du TFUE, sachant qu'il est pour le moins rare que la Cour se prononce sur la violation de deux libertés de circulation en même temps, ici la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services).

184 Voir les affaires pendantes C-66/18 (conclusions de Mme. Juliane KOKOTT, présentées le 5 mars 2020, ECLI:EU:C:2020:172) et C-78/18 (conclusions de M. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, présentées le 14 janvier 2020, ECLI:EU:C:2020:1).

185 Directive du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2019, *JOUE*, n°L 305 du 26 novembre 2019, pp. 17 s.

terme est totalement absent de son dispositif. Longtemps cantonnée à une place secondaire en Europe¹⁸⁶, la question de la protection des lanceurs d'alerte bénéficie d'un intérêt accru depuis le début des années 2010 et la multiplication « d'affaires » dans lesquelles une personne physique (le lanceur d'alerte) révèle ou signale une violation du droit ou une atteinte grave à l'intérêt général commise par un État¹⁸⁷ ou une entreprise¹⁸⁸ au risque de représailles potentiellement importantes. Même si le risque de dénonciations calomnieuses existe¹⁸⁹, lancer une alerte revient finalement à faire usage de son droit à la liberté d'expression possiblement dans le but de préserver d'autres droits fondamentaux atteints par la pratique dénoncée et, en règle générale, de contribuer à un débat d'intérêt général. Leur action mérite donc une protection contre d'éventuelles représailles. Encore souvent insuffisante et surtout fragmentée au niveau national, une telle protection justifiait pleinement l'adoption d'une directive européenne, ce d'autant plus que nombre de réglementations adoptées en matière de régulation économique et dont la violation est susceptible de faire l'objet d'une alerte trouvent leur origine en droit de l'Union européenne. C'est d'ailleurs l'angle d'attaque de la violation du droit de l'Union qui a été retenu par la Commission. Ce qui lui a permis de fonder sa proposition sur les bases juridiques utilisées pour adopter sa réglementation dans les différents domaines, délimitant ainsi le champ d'application matériel de la directive dont la liste figure à son article 2 et parmi lesquels on trouve les marchés public, la protection de l'environnement, la sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine, la santé publique, la protection des consommateurs, de la vie privée et des données à caractère personnel, mais aussi les atteintes aux intérêts financiers de l'Union ou encore les violations relatives au marché intérieur¹⁹⁰. Si les matières sont nombreuses, on relèvera néanmoins l'absence surprenante de la lutte contre les discriminations. Il faudra à cet égard voir si les États saisissent l'opportunité laissée par l'article 2 § 2 d'étendre la protection offerte par la directive à d'autres domaines, permettant ainsi une harmonisation la plus large possible. De façon moins surprenante, l'article 3 pose le principe d'une exclusion de la sécurité nationale entendue au sens large, du secret professionnel des avocats et du secret médical. Sur le plan personnel, la directive s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public ayant obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel actuel, passé ou futur ainsi qu'aux tiers ayant aidé l'auteur au risque de représailles et, dans une certaine mesure, aux personnes morales avec lesquelles un lien professionnel existe.

Pour bénéficier de la protection offerte par la directive, il faut toutefois que l'auteur du signalement ait « eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement » et respecte les procédures de signalement prévues (art. 6). Une des difficultés qu'il a fallu résoudre pour permettre l'adoption de la directive portait précisément sur la détermination de cette procédure de signalement. La directive opte pour un mécanisme en deux temps. L'auteur doit en effet envisager un canal de signalement interne à la structure dans laquelle il travaille ou externe à celle-ci, sachant que ces canaux doivent être préalablement établis, avant de se tourner éventuellement vers une divulgation publique. Du moins sauf si l'auteur « a des motifs raisonnables de croire » que la violation peut présenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, engendrer un préjudice irréversible, ou si le signalement externe peut faire l'objet de représailles ou être inefficace. Certains États dont la France défendaient plutôt l'idée d'une procédure en trois temps imposant à l'auteur du signalement d'utiliser le canal interne, puis externe avant d'envisager éventuellement une divulgation publique. On se contera de relever ici que, bien souvent, ce n'est que grâce à la divulgation publique des informations et avec l'aide des médias qu'un signalement peut être suivi d'effets positifs. Les mesures de protection, inscrites au titre VI de la directive, posent le principe d'une interdiction des représailles (art. 19), de mesures de soutien (art. 20) et de protection contre les représailles (art. 21), incluant notamment l'absence de responsabilité lorsque la divulgation d'informations protégées est interdite et un renversement de la charge de la preuve si l'auteur fait l'objet de représailles, avec également l'obligation pour les États de prévoir des sanctions à l'encontre des personnes physiques ou morales qui entraveraient le signalement ou exerceraient des représailles à l'encontre des auteurs. Établissant un régime de protection plancher des lanceurs d'alerte / auteurs de

186 À la différence des États-Unis où la protection des *Whistleblowers* est consacrée depuis longtemps.

187 Révélations d'Edward Snowden relatives aux pratiques d'écoutes de la NSA.

188 Révélations d'Irène Frachon sur les mensonges des laboratoires Servier à propos du Médiateur ou d'Antoine Deltour à propos du système d'optimisation fiscale en place au Luxembourg (affaire dite des « LuxLeaks »)

189 L'article 22 de la directive insiste d'ailleurs sur la présomption d'innocence et le droit à un recours juridictionnel effectif des personnes concernées par un signalement de violation du droit de l'Union et l'article 23 § 2 pose le principe de sanctions applicables aux auteurs de signalement qui auraient « sciemment signalé ou divulgué publiquement de fausses informations ».

190 L'annexe reprenant l'ensemble des actes de droit dérivé concernés.

signalement¹⁹¹, la directive 2019/1937 doit être transposée pour le 17 décembre 2021. Même s'il faudra attendre la fin de la période de transposition pour tenter de dresser un bilan¹⁹², le régime défini semble à la hauteur des enjeux d'une protection des lanceurs d'alerte et donc de la liberté d'expression en Europe. En ce sens, il vient utilement compenser les carences qu'avait révélées en la matière la directive sur les secrets d'affaires¹⁹³.

ROMAIN TINIÈRE

191 La directive comporte en effet une clause de traitement plus favorable et de non-régression.

192 Dans son rapport annuel d'activité 2019, le Défenseur des droits français souligne l'opportunité que constitue cette directive pour que les États membres de l'Union améliorent leurs régimes de protection des lanceurs d'alerte et appelle d'ailleurs à une remise à plat de ce régime en France (p. 74 du rapport annuel d'activité 2019 disponible sur le site internet du Défenseur des droits : www.defenseurdesdroits.fr).

193 Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE* n°L 157 du 15 juin 2016.