



Affaire M-530/17

BrickUp SRL c. Le Ministère de la Défense

- 1 La Sloranie et la Danubie sont membres de l'Union européenne depuis 2004. Ils ont tous deux ratifié l'Accord de Schengen en 2006 et ont atteint la troisième phase de l'Union Economique et Monétaire —c'est-à-dire l'adoption de l'euro pour monnaie— en 2010. L'Elbie est un Etat voisin de la Sloranie, non membre de l'Union. L'Elbie est un pays extrêmement pauvre, mais a entamé en février 2015 des négociations d'association avec l'Union.
- 2 De nombreux Elbiens, frustrés par la lenteur des négociations d'association, ont choisi d'émigrer illégalement en Sloranie. Pour contenir cette vague, le gouvernement Sloranien a décidé de construire un mur infranchissable (le "mur-frontière") entre la Sloranie et l'Elbie, le long de leur frontière commune qui s'étend sur deux kilomètres en terrain découvert.
- 3 Plusieurs Etats membres de l'UE ont exprimé leur préoccupation concernant la construction du mur-frontière, et ont demandé au Secrétariat du Conseil de l'Union d'examiner si cette construction pouvait constituer une violation par la Sloranie de ses obligations à l'égard de l'Union et, dans cette hypothèse, si l'Union pouvait adopter des mesures appropriées. Ce sujet a été abordé au cours de la préparation d'une réunion du Conseil européen, et de nombreux appels à agir ont été formulés.
- 4 L'intention initiale de la Sloranie consistait à faire supporter à l'Elbie le coût du mur, mais à la suite de négociations bilatérales entre ces deux pays, il fut admis que la Sloranie financerait et construirait le mur, la contribution de l'Elbie consistant à céder une bande de terrain située sur son territoire, large de 200 mètres, sur laquelle le mur serait construit. Cette bande de terrain serait ensuite déclarée zone démilitarisée, à laquelle les autorités de chaque pays n'auraient pas accès. Au contraire, les contrôles frontaliers seraient effectués par chaque pays uniquement sur leur côté de cette zone.
- 5 En février 2017, le gouvernement sloranien a demandé au Ministère du Logement et de la Construction de conduire une étude de marché. Cette étude fut finalisée et



- présentée le 10 mars. Le 13 mars, le gouvernement décida d'attribuer le contrat pour la construction du mur-frontière à ScreenIt Kft., une entreprise à responsabilité limitée enregistrée et domiciliée en Slovanie, détenue par un groupe d'investisseurs privés, tous membres du Parlement Slovanien.
- 6 Le Ministère slovanien de la Défense (MdD) fut désigné en qualité d'autorité contractante. Le 15 mars, le MdD décida de prendre en charge directement la construction des fondations du mur, afin de s'assurer que ce dernier soit étanche aux tunnels, par le biais d'équipements de surveillance sismique et de fibres optiques. Cette décision faisait suite à la recommandation de l'Etat-Major de ne pas confier cette tâche à une entreprise privée, pour des raisons de sécurité nationale. Le coût de construction des fondations était estimé à 2 millions d'euros.
 - 7 Dès lors, le contrat attribué à ScreenIt ne porterait que sur la construction du mur-frontière sur les fondations érigées par le MdD. Le coût était estimé à 5 millions d'euros, en plus du coût des fondations. Toutefois, le 17 mars, le MdD s'inquiéta de savoir si le contrat pouvait faire l'objet d'une attribution de gré à gré.
 - 8 En réponse, le Ministère slovanien du Commerce, dont les attributions incluent la responsabilité de la législation relative aux marchés publics, fit usage des pouvoirs découlant de l'article 219 de la Loi sur les marchés publics (une loi adoptée par le Parlement Slovanien), l'autorisant à suppléer à la loi par la voie d'un décret. Par un décret adopté le 21 mars, le Ministère précisa que tout contrat public accordé pour des raisons de sécurité nationale était exempté des prescriptions de la Loi.
 - 9 En outre, le 22 mars, le Ministère sollicita un avis juridique de la part du cabinet d'avocats Forthcoming & Partners LLP, établi dans la capitale de la Slovanie. Dans son avis du 27 mars, Forthcoming & Partners concluait que la construction du mur-frontière n'était pas soumise à la législation de l'Union relative aux marchés publics. Il recommandait toutefois de publier un avis préalable volontaire.
 - 10 Ayant obtenu une copie de l'avis juridique, ainsi qu'une lettre de la ministre du commerce dans laquelle elle faisait part de son accord avec cet avis, le MdD rédigea



un avis volontaire et l'adressa au *Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE)* le 29 mars. L'exposé des motifs contenu dans l'avis volontaire évoquait des préoccupations de sécurité nationale, expliquant que, selon le gouvernement sloranien, le projet n'était pas soumis aux règles des marchés découlant des directives européennes applicables, dans la mesure où il s'agissait d'un projet mis en œuvre sur le territoire d'un pays tiers pour des raisons de sécurité nationale et de défense, et constituait une réponse urgente à une crise migratoire sans précédent.

- 11 Lors d'une conférence de presse convoquée pour préciser les détails du contrat, le ministre de la Défense insista en outre sur l'importance de confier un projet national de construction à des sociétés sloraniennes.
- 12 L'avis volontaire fut publié dans la série 'S' du *JOUE* le 4 avril 2017. Le 6 avril, afin d'assurer la conclusion rapide du contrat, le ministre de la Défense annula les vacances de Pâques de tout le personnel, les 13 et 14 avril. Aucune plainte n'ayant été reçue par le Conseil sloranien de révision des marchés publics à cette date, le MdD signa le contrat avec ScreenIt le 14 avril. Le personnel du MdD put alors profiter du dernier jour de ses vacances de Pâques le 17 avril.
- 13 Toutefois, après les vacances de Pâques, le Conseil de révision reçut une plainte émanant de BrickUp SRL, une entreprise à responsabilité limitée enregistrée et domiciliée en Danubie. Cette plainte avait été adressée au Conseil par courrier posté le 12 avril, reçu le 18 avril. BrickUp y soutenait que le contrat conclu entre le MdD et ScreenIt enfreignait le droit européen des marchés publics et demandait au Conseil d'adopter des mesures conservatoires suspendant le contrat.
- 14 Le Conseil de révision se réunit le jeudi 20 avril pour examiner cette affaire et décida de rejeter le demande de mesures conservatoires, dès lors que le contrat avait été signé plus de 10 jours après le dépôt de l'avis volontaire au *Journal Officiel de l'Union Européenne*, et que la plainte avait également été reçue plus de 10 jours après cette même date. Parallèlement, le Conseil pris contact avec le MdD et reçut une copie de l'avis juridique rédigée par Forthcoming & Partners à la demande du Ministère du Commerce.



- 15 Ayant dûment examiné cet avis, le Conseil de révision se réunit à nouveau le lundi 24 avril et décida, en application de ses règles de procédure, de rejeter la plainte comme étant manifestement infondée, sans entendre les parties. Le Conseil conclut que la construction du mur-frontière constituait un sujet d'urgence manifeste, que le MdD était fondé à invoquer.
- 16 En application des règles de procédure du Conseil de révision, qui fixent le délai d'appel à deux mois, BrickUp fit appel de la décision du Conseil devant la Cour administrative de Slovanie le 24 juin 2017. En application des règles de procédure, l'appel était formé contre le MdD. BrickUp y soutenait que le contrat signé constituait une violation du droit des marchés publics de l'Union et devait être écarté comme inapplicable.
- 17 En réponse, le MdD soutint que les règles de l'UE relatives aux marchés publics n'étaient pas applicables au contrat pour les raisons exposées dans l'avis volontaire, et qu'en tous cas, le MdD pouvait s'appuyer sur l'avis obtenu de bonne foi de la part de ses conseils. En outre, il contesta la qualité à agir de BrickUp devant les cours slovaniennes, et releva qu'en raison du caractère tardif de l'appel formé contre la décision de mesures conservatoires, il n'existait pas de base légale pour demander d'écarter le contrat.
- 18 Sur la question de la qualité à agir, le Code slovanien de procédure civile dispose qu'une société n'a intérêt à agir devant les cours slovaniennes que si elle peut démontrer un intérêt juridique suffisant pour former une plainte. Les travaux préparatoires du Code suggèrent que pour être suffisant, l'intérêt juridique doit avoir un caractère réel et non marginal, ce qui, en matière de marchés publics, peut inclure l'exigence de démontrer une possibilité réelle et effective d'obtention d'un contrat.
- 19 Le MdD soutint que BrickUp n'avait pas démontré le moindre intérêt juridique à agir, s'étant contenté de former une plainte contre la validité du contrat attribué à ScreenIt. Il argumenta en outre que BrickUp n'aurait pas pu être considéré comme ayant un intérêt juridique suffisant, car elle aurait de toute façon été inéligible à l'attribution du



contrat, dans la mesure où son directeur général faisait l'objet de sanctions européennes pour méconduite professionnelle lourde.

- 20 Les sanctions en question concernaient Elif Kurskov. Par le passé, M. Kurskov avait été ministre dans le gouvernement Elbien, qui avait été renversé en mai 2014 à l'occasion d'une révolution pacifique.
- 21 En avril 2015, M. Kurskov avait déménagé en Danubie, où il avait obtenu un permis de séjour. En juillet de cette même année, il fut nommé directeur général de BrickUp. BrickUp est détenue par des investisseurs institutionnels en Danubie et, en vertu de son pacte d'actionnaires, l'assemblée générale élit un conseil de cinq membres. Le conseil se réunit mensuellement et nomme un directeur général, qui exerce le contrôle de la société au jour le jour, au nom du conseil.
- 22 A la suite de la révolution en Elbie, la Procureure-Générale N. Poklonska avait lancé une enquête pénale à l'encontre de certains membres du gouvernement renversé. Elle envisageait d'étendre cette enquête à M. Kurskov, suspecté d'avoir détourné 50.000 euros de fonds publics. Elle était également informée de l'adoption par l'UE d'un régime de sanctions concernant des membres de l'ancien gouvernement elbien.
- 23 Le régime de sanctions incluait la Décision du Conseil (PESC) 2015/6498, adoptée en application de l'article 29 TUE, et le Règlement du Conseil (UE) 7122/2015, en application de l'article 215 TFUE. Ces décisions, toutes deux adoptées le 24 mai 2015, fournissent le cadre permettant d'imposer des sanctions à l'encontre de membres de l'ancien gouvernement elbien. Elles contiennent toutes une disposition rédigée en termes identiques (l'article 4) en vertu de laquelle:
1. Tous les fonds et ressources économiques possédés par, détenus ou contrôlés par des personnes identifiées comme responsables de l'appropriation de fonds de l'Etat elbien et des personnes responsables de violation des droits de l'Homme en Elbie sont gelés.
 2. A cette fin, les personnes identifiées comme responsables de l'appropriation de fonds de l'Etat elbien incluent les personnes considérées comme susceptibles de faire l'objet d'enquête de la part des autorités elbiennes :



- a) pour l'appropriation de fonds ou d'actifs publics elbiens, ou la complicité dans une telle appropriation; ou
- b) pour l'abus de fonction en qualité de détenteur d'une fonction publique, en vue de procurer un avantage injustifié à soi-même ou à un tiers, causant ainsi une perte pour les fonds ou actifs publics elbiens, ou pour la complicité dans un tel abus.

- 24 Dans ce contexte, le 11 août 2016, la Procureure-Générale N. Poklonska a demandé à la Délégation de l'UE en Elbie que des sanctions soient adoptées à l'encontre d'Elif Kurskov. Dans sa demande, elle exposait qu'indépendamment de la détention ou non par M. Kurskov de fonds susceptibles d'être gelés au sein de l'UE, l'ouverture d'une enquête contre M. Kurskov en application du Code de procédure pénale elbien serait facilitée si ce dernier faisait l'objet de sanctions européennes.
- 25 En annexe de sa demande, était joint un rapport de police –non conclusif– concernant des entretiens tenus avec des membres des services de l'Autorité d'Audit de l'Etat elbien relatifs aux détournements présumé de fonds publics, ainsi que le dossier personnel de M. Kurskov détenu par le Registre général elbien. Ce dossier personnel contenait son historique professionnel et pénal, ainsi que des informations sur ses affiliations politiques et religieuses. Ces éléments constituaient la base sur laquelle Mme Poklonska envisageait l'ouverture d'une enquête contre M. Kurskov.
- 26 Une semaine plus tard, le 18 août, le chef de la Délégation de l'UE en Elbie eut un agréable déjeuner avec son collègue, l'Ambassadeur sloranien en Elbie. L'Ambassadeur souligna l'importance pour l'UE de faire droit à la demande de sanctions formulée par la Procureure-Générale, car, dans le cas contraire, il existait un risque majeur de voir l'Elbie se désengager du projet de mur-frontière. Le chef de la Délégation reconnu que le mur constituait un élément important dans la mise en œuvre effective des politiques de frontière extérieures de l'UE, en dépit des protestations de divers Etats membres. Il exprima toutefois des préoccupations concernant le respect des règles de l'UE en matière de marchés publics, tout en reconnaissant que la lutte contre l'immigration illégale pouvait constituer une préoccupation supérieure.



- 27 Ainsi, le 21 août, la Délégation de l'UE en Elbie transmet la demande au Service Européen pour l'Action Extérieure à Bruxelles, avec une recommandation d'adoption de mesures contre Elif Kurskov. Le 25 août, la recommandation de la Délégation fut transmise au COREPER, qui adopta des projets de décision d'exécution PESC et d'un règlement d'exécution UE. Ces projets furent adoptés par le Conseil le 2 septembre, i.e. respectivement la Décision d'exécution 2016/8892 et le Règlement d'exécution 9355/2016. Ces deux textes avaient pour base légale les mesures de sanction du 24 mai 2015.
- 28 En application de ces textes, tous les fonds détenus par Elif Kurskov dans l'UE furent gelés. En annexe de ces deux textes figurait une annexe détaillant le motif expliquant les sanctions adoptées contre M. Kurskov en ces termes:
- Personne susceptible de faire l'objet d'une enquête pénale des autorités elbiennes pour des faits d'appropriation de fonds ou actifs publics.
- 29 En parallèle avec la publication des textes d'exécution imposant des sanctions à M. Kurskov, le Conseil consulta son Responsable de la Protection des Données, qui recommanda de préparer un projet de communication sur la protection des données, à publier dans le *JOUE*. Mais une erreur de serveur survint dans le réseau de la Commission, et la publication au *JOUE* échoua. L'incident ne fut pas remarqué par le Secrétariat du Conseil, le projet ayant été correctement intégré dans le dossier.
- 30 A la fin janvier 2017, M. Kurskov envisagea un recours contre ces sanctions, mais dans la mesure où ses fonds étaient principalement placés hors de l'UE, il décida d'attendre de voir si ces sanctions seraient maintenues lors de la revue obligatoire, prévue en juin 2017 en application des dispositions finales des textes d'exécution.
- 31 Le 26 juin 2017, le Conseil notifia à M. Kurskov son intention de prolonger la validité des sanctions à son encontre pour une année supplémentaire. Le Conseil ne fit part d'aucun fait nouveau au soutien de cette prolongation, mais indiqua avoir reçu des informations en provenance d'Elbie, selon lesquelles il était toujours susceptible de faire l'objet d'une enquête. M. Kurskov décida de ne pas répondre, considérant cette



procédure comme une farce violant ses droits fondamentaux. Le 1er septembre, le Conseil adopta les textes d'extension, i.e. la Décision d'exécution PESC 2017/9489 et le Règlement d'exécution UE 9723/2017, dont la revue est prévue pour juin 2018, et dont l'exposé des motifs concernant M. Kurskov est identique à celui contenu dans les textes d'exécution de 2016.

- 32 Dans l'affaire de marché public soumise par BrickUp contre le MdD devant la Cour administrative de Slorania, l'avocat de BrickUp soutint que la qualité à agir de la société ne pouvait être conditionnée à celle de son directeur général et qu'en toute hypothèse, les sanctions adoptées contre M. Kurskov étaient invalides, ayant été adoptées au terme d'une coopération judiciaire avec les autorités de poursuite d'un pays tiers.
- 33 Il en résultait que les sanctions ne pouvaient être considérées comme faisant part de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, et qu'ainsi leur adoption avait méconnu l'équilibre institutionnel des traités UE. Enfin, BrickUp argumenta que rien n'indiquait que des mesures de protection des données avaient été appliquées lors du transfert aux autorités européennes des dossiers d'enquête depuis l'Elbie. Par conséquent, les informations qu'ils contenaient ne pouvaient fonder l'adoption des textes de sanction.
- 34 Le MdD soutint pour sa part que quelle que soit l'origine des informations continues dans les demandes formulées par les autorités elbiennes, ces informations fournissaient un fondement valide permettant au Conseil d'agir en application du régime de sanctions. Le MdD souligna qu'en sa qualité de seul directeur général de BrickUp, la qualité à agir de M. Kurskov influençait directement celle de la société.
- 35 De plus, le MdD argumenta que toute irrégularité éventuelle relative aux procédures de transfert des données personnelles ne pourrait avoir d'influence que sur la responsabilité potentielle de l'UE en tant qu'organisation internationale, ou sur la responsabilité personnelle de ses agents. Elle serait sans pertinence sur le fait que le MdD s'était appuyé sur les textes d'exécution confirmant la disqualification de BrickUp pour l'attribution du contrat pour la construction du mur-frontière.



- 36 Enfin, le MDD soutint que si BrickUp avait souhaité contester la validité des sanctions adoptées à l'encontre de son directeur général, elle aurait dû le faire devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Puisqu'elle ne l'avait pas fait, la Cour administrative de Slovanie ne pouvait pas être le for adéquat devant lequel contester la validité des sanctions.
- 37 BrickUp répondit à ces arguments qu'elle n'aurait eu ni titre ni intérêt à agir devant la Cour de Justice, et qu'il résultait alors des principes établis par la Cour de Justice que le système judiciaire slovanien était tenu de reconnaître la qualité à agir de BrickUp.
- 38 Dans ce contexte, la Cour administrative décida d'adresser plusieurs questions à la Cour de Justice de l'Union européenne, en vertu de l'article 267 TFEU. Elle joignit toutefois au dossier une note expliquant que dans un arrêt récent rendu en matière de prestations de sécurité sociale, la Cour suprême de Slovanie avait jugé que, bien que la loi nationale devait toujours être interprétée à la lumière du droit européen applicable, le droit constitutionnel interdisait de lui appliquer une interprétation directement *contra legem* à une législation adoptée par le Parlement souverain de Slovanie.
- 39 En conséquence, la Cour administrative de Slovanie adressa les questions suivantes à la Cour de Justice de l'Union européenne :

1. Dans le cadre des règles de l'UE en matière de marchés publics, et dans des circonstances telles que celles de la procédure au principal, un contrat public peut-il être attribué de gré à gré pour des raisons de sécurité nationale après publication volontaire d'un avis dans le Journal Officiel de l'Union Européenne?

2. Dans le cadre des règles de l'UE en matière de revue des marchés publics, en prenant particulièrement en compte la Charte des droits fondamentaux de l'UE, l'accès aux procédures de revue des marchés publics peut-il être refusé à une société constituée et domiciliée dans un



Etat membre sur le seul fondement de sanctions européennes imposées à son directeur général?

3. Dans le cadre des règles européennes en matière de protection des données, et dans des circonstances telles que celles de la procédure au principal, des sanctions de l'UE peuvent-elles être considérées comme valides lorsque leur adoption se fonde sur des données personnelles reçues d'une autorité publique d'un Etat tiers, accompagnant une demande d'adoption de sanctions ?

- 40 L'ordonnance de renvoi fut reçue le 1^{er} septembre 2017 par le Greffe de la Cour, qui lui attribua le numéro de référence M-530/17. En application de l'article 23 du statut de la Cour de Justice, le Greffier en informa BrickUp SRL (en qualité de demandeur) et le Ministère slovanien de la Défense (en qualité de défendeur) et les invita à soumettre leurs observations écrites à la Cour pour le 25 novembre 2017.