

BIBLIOGRAPHIE

- BOROWSKI, M., « Limiting Clauses : On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union », *Legisprudence*, 2007, pp. 197 à 240
- BURGOGUE-LARSEN, L., « Art. II-112 », in BURGOGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., et PICOD, F. (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 2, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 658 à 688
- COLELLA, S. U., *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019
- DAWSON, M., MUIR, E., et LYNKSEY, O., « The Essence of Fundamental Rights », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, n° 6, special issue
- ELLIS, E. (dir.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999
- HARBO, T.-I., « The Function of Proportionality Principle in EU Law », *European Law Journal*, 2010, vol. 16, pp. 158 à 185
- JACQUÉ, J.-P., « Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in JACQUÉ, J.-P., BENOÎT-ROHMER, F., GRIGORIOU, P., et MAROUDA, M. D. (dir.), *Liber amicorum Stelios Perrakis : écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, Sideris, Athènes, 2017, pp. 251 à 289
- KOUKIADAKI, A., « Application (51) and Limitations (52(1)) », in DORSEMMONT, F., LÖRCHER, K., SCHMITT, M., et CLAUWAERT, S. (dir.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford, Hart, 2019
- LENAERTS, K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 375 à 403
- PEERS, S., « Taking Rights Away ? Limitations and Derogations in The EU Charter of Fundamental Rights », in PEERS, St., et WARD, A. (dir.), *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart, 2004, pp. 141 à 179
- PEERS, St., et PRECHAL, S., « Article 52 », in PEERS, St., HERVEY, T., KENNER, J., et WARD, A. (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2014, pp. 1455 à 1521
- PEERS, St., et PRECHAL, S., « Article 52 », in PEERS, St., HERVEY, T., KENNER, J., et WARD, A. (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, 2^e éd., Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2021, pp. 1611 à 1673

- TRIANAFYLLOU, D., « The European Charter of Fundamental Rights and the “Rule of Law” : Restricting Fundamental Rights by Reference », *CML Rev.*, 2002, pp. 53 à 64
- VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2001
- VAN DROOGHENBROECK, S., et RIZCALLAH, C., « Légalité et intangibilité de l'essence des droits : quelles balises pour le principe de proportionnalité dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? », in BENTIROU, R. (dir.), *Proportionnalité, droits fondamentaux et juges*, Paris, L'Harmattan, à paraître.
- YETANO, A. M., *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1344
I. – CHAMP D'APPLICATION.....	1344
A. – Les limitations doivent respecter le contenu essentiel du droit fondamental.....	1347
B. – Les régimes particuliers.....	1346
II. – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES LIMITATIONS.....	1347
A. – Les limitations doivent respecter le contenu essentiel du droit fondamental.....	1347
B. – Les limitations doivent être prévues par la loi.....	1357
C. – Les limitations doivent répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui	1368
D. – Les limitations doivent respecter le principe de proportionnalité	1370

INTRODUCTION

1. « Il n'est pas de liberté sans ordre, ni plus d'ordre sans liberté », rappelle P. Abravanel (1). La préservation de l'intérêt général et des intérêts d'autrui n'est pas l'« Autre » des droits et libertés, mais, dans une très large mesure, une condition de leur effectivité. Point de manichéisme étroit, mais un subtil rapport dialectique fait de la recherche constante d'un équilibre entre les biens juridiques rivalisant. Entre autres objets – le présent commentaire doit être complété par celui qu'y consacre A. Bailleux –, l'article 52 de la Charte fixe le cadre de la réalisation de cet équilibre. Nous en examinerons successivement le champ d'application (I) et la portée (II), en passant de revue, à ce niveau, les conditions de validité formelles et substantielles auxquelles il subordonne la licéité des limitations aux droits et libertés.

I. – CHAMP D'APPLICATION

2. Souhaitant limiter les redondances (2) et prenant ainsi distance du système mis en place par la Convention européenne des droits de l'Homme, les auteurs de la Charte ont – sur le modèle de Constitutions récentes (3), ainsi que de la Déclaration universelle des droits de l'homme (4), – opté pour la consécration des conditions de limitation des droits et libertés de l'Union européenne dans une seule disposition d'application horizontale.

3. Ce régime transversal a cependant une portée « subsidiaire » (5). Deux exceptions assortissent en effet la généralité du champ d'application du premier paragraphe de l'article 52 de la Charte. Elles tiennent à l'existence de droits et libertés absolus (A) ou soumis à un régime de limitation obéissant à des conditions particulières (B).

(1) P. ABRAVANEL, *La protection de l'ordre public dans l'État régi par le droit*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1980, p. 145.

(2) G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, p. 257.

(3) Voy., par ex., l'article 36 de la Constitution suisse et la section 36 de la Constitution sud-africaine.

(4) Art. 29, § 2.

(5) M. BOROWSKY, « Title VII : Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », in J. MEYER (dir.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 772.

A. – Les droits absolus

4. À l'instar de ce qui prévaut dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme(6), le droit à la dignité humaine est, selon le texte de la Charte, « inviolable ». Les *Explications* y relatives ajoutent, quant à elles, qu'« aucune limitation ne peut affecter de manière légitime » l'interdiction de l'esclavage(7). Dans son arrêt *Schmidberger*, la Cour de justice a pour sa part reconnu le caractère intangible du droit à la vie et de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants(8). K. Lenaerts soutient par ailleurs que cette inviolabilité concerne tout le Chapitre premier(9), et donc également – ce qui est sans doute plus discutable – l'interdiction du travail forcé(10). Émerge ainsi une catégorie de droits et libertés soustraits à l'empire de la clause transversale de limitation contenue à l'article 52, paragraphe 1^{er}. Leur identité n'a pas lieu de surprendre, compte tenu des principes interprétatifs contenus à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte : il s'agit, en effet, de droits dits « indérogeables » de la Convention européenne des droits de l'Homme(11).

(6) Cour EDH, 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, req n° 23380/09, spéc. § 89.

(7) Explications *ad* article 5.

(8) CJUE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, pt 80.

(9) Voy. égal. concl. av. gén. G. HOGAN, du 12 mai 2021, ECLI:EU:C:2021:386, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, pt 127.

(10) K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *EuConst*, 2012, p. 388. Comp. cependant les *Explications* relatives à la Charte, qui ne visent que les droits découlant de l'article 5, paragraphe 1^{er}, de celle-ci (interdiction de l'esclavage et de la servitude) comme étant insusceptibles de limitation.

(11) Partant de ce parallélisme, il convient également d'ajouter, à cette catégorie de droits absolus soustraits à l'empire de la clause transversale de limitation, par exemple le principe de légalité en matière pénale (art. 49) dans la mesure où il correspond aux stipulations de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou encore, le principe *ne bis in idem*, dans la mesure où il correspond aux stipulations de l'article 4 du septième protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. Notons toutefois que l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte a été appliqué au principe *ne bis in idem* à plusieurs reprises par la Cour de justice, notamment dans l'arrêt CJUE, arrêt du 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197, pt 41. Cette approche a été critiquée par l'avocat général Bobek dans des conclusions présentées le 2 septembre 2021 dans l'affaire C-117/20, *Bpost*, ECLI:EU:C:2021:680. La Cour de justice a toutefois préservé sa démarche dans son arrêt en appliquant l'article 52.1 à une restriction faite au principe *ne bis in idem* (voy. CJUE, 22 mars 2022, *bpost*, aff. C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, pts 50 et s.). Par ailleurs, il y a également lieu, à notre estime, de considérer que les droits « absolus » du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne se prêtent pas non plus à une limitation sur base de l'article 52 de la Charte. Il en va ainsi, par exemple, du *for interne* de la liberté de religion (art. 18, §§ 1^{er} et 2, du Pacte).

B. – Les régimes particuliers

5. Selon le deuxième paragraphe de l'article 52, les droits qui trouvent leur fondement dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. Le but de cette disposition est d'éviter que la Charte puisse prendre le pas sur l'*acquis communautaire* (12). L'exercice des droits trouvant leur ancrage – et partant leur limitation – dans les traités, reste donc soumis aux seules conditions et modalités prévues par ceux-ci, malgré leur consécration additionnelle dans la Charte. Les *Explications* relatives aux articles 15(3) (13), 23(2) (14), 39 (15), 40 (16), 41(3) (17) et (4) (18), 42 (19), 43 (20), 44 (21), 45(1) (22) et 46 (23) font ainsi expressément référence à l'article 52, paragraphe 2, de la Charte, de manière toutefois non exhaustive (24). À titre d'exemple, la Cour de justice a considéré, à propos d'une restriction à la libre circulation des travailleurs, qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer au regard de l'article 15 de la Charte dans la mesure où celui-ci reprend l'article 45 du TFUE (25).

Pareillement opérée, la soustraction de certaines prérogatives au « droit commun » de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte a cependant, à divers égards, une portée plus théorique que réelle, puisque les principes de droit général de l'Union ne sont pas totalement étrangers – songeons par exemple à la doctrine des « raisons impérieuses » ou au principe de proportionnalité, consacré à l'article 5 du TUE – à ceux

(12) K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 394.

(13) Conditions de travail des ressortissants des pays tiers.

(14) Discrimination positive pour faciliter l'exercice d'une activité professionnelle ou pour prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle du sexe sous-représenté.

(15) Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen.

(16) Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales.

(17) Droit la réparation des dommages causés par les institutions européennes ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions.

(18) Droit de s'adresser aux institutions européennes et de recevoir une réponse dans une des langues des Traités.

(19) Droit d'accès aux documents.

(20) Médiateur européen.

(21) Droit de pétition.

(22) Liberté de circulation et de séjour des citoyens européens.

(23) Protection diplomatique et consulaire.

(24) Les *Explications* relatives à l'article 52, paragraphe 2, expriment en effet qu'il est applicable « notamment » aux droits découlant de la citoyenneté de l'Union. Voy. CJUE, 14 juillet 2013, *Gardella*, aff. C-233-12, ECLI:EU:2013:449, pt 39, qui confirme l'application de l'article 52, paragraphe 2, à l'article 45, paragraphe 2, lequel n'est pas repris dans la liste ci-dessus.

(25) CJUE, 18 juillet 2018, *Stierner* *e.a.*, aff. C-237/18, ECLI:EU:C:2018:630, pts 22 et 23.

que met en avant l'article 52, paragraphe 1^{er}, précité (26). La portée de l'article 52, paragraphe 2, réside surtout dans le fait que les individus, en présence d'un tel double fondement, ne pourraient réclamer, sur base de la Charte, plus de droits que ceux dont ils bénéficient d'ores et déjà en application des traités. On se permettra, pour le surplus, de renvoyer au commentaire dédié à cette disposition par A. Bailleux.

II. – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES LIMITATIONS

A. – Les limitations doivent respecter le contenu essentiel du droit fondamental (27)

6. Faisant écho à la jurisprudence classique de la Cour de justice (28) qui, à l'aube de la protection communautaire des droits fondamentaux, énonça que ceux-ci pouvaient être limités sous certaines conditions pourvu qu'il ne soit pas « porté atteinte à [leur] substance [...] » (29), l'article 52, paragraphe 1^{er}, consacre apparemment l'idée d'une « limite des limites » (*Schranken der Schranken*) (30) en prohibant *a priori* toute restriction qui porterait atteinte au « contenu essentiel » d'un droit fondamental (31). À prendre au sérieux les termes de la disposition concernée, nul but légitime ou raisonnement proportionnaliste ne pourrait donc prétendre justifier pareilles atteintes : pour reprendre les termes de P. Abravanel, le « contenu essentiel » ou encore la « substance » d'un droit fondamental serait une manière de « sanctuaire » aux portes duquel s'arrête la proportionnalité (32). Le test est donc supposé

(26) Comme le démontre l'arrêt CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, le raisonnement déployé sous l'article 52, paragraphe 1^{er}, d'un côté, et celui qui vise à justifier une restriction à la liberté d'établissement, d'un autre côté, peuvent être de parfaits substituts l'un pour l'autre.

(27) Voy., à propos de la notion de « contenu essentiel », la *special issue* dirigée par M. Dawson, E. Muir et O. Lynksey, « The Essence of Fundamental Rights », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, n° 6.

(28) Les *Explications* relatives à l'article 52 se réfèrent ainsi expressément à la jurisprudence de la CJUE.

(29) CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c. Commission*, aff. C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51, pt 14.

(30) L. BURGOGUE-LARSEN, « Art. II-112 », in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 2, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 668.

(31) Le Tribunal de l'Union européenne a par ailleurs confirmé que la référence de la Charte au « contenu essentiel » des droits équivalait celle de la « substance » de ceux-ci précédemment consacrée par la jurisprudence, voy. Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c. Conseil*, aff. T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273, pt 81.

(32) P. ABRAVANEL, *La protection de l'ordre public dans l'État régi par le droit*, op. cit., p. 89 ; T. OJANEN, « Making the Essence of Fundamental Rights Real : The Court of Justice of the

être « doté de sa propre autonomie », et son non-respect par une limitation devrait entraîner, comme le souligne l'avocat général Pitruzzella, « *de manière automatique* la nullité ou l'invalidité de [celle-ci], sans qu'il soit nécessaire de procéder à un balancement des intérêts en jeu » (33).

7. Qu'on la traduise sous les termes de « substance », de « contenu essentiel » ou de « noyau intangible » (*core*, *kerngehalt*, *wesengehalt*), l'affirmation théorique de l'existence de restrictions « injustifiables » n'est pas le propre de l'ordre juridique de l'Union. On retrouve en effet une consécration expresse (34) de cette notion dans la Loi fondamentale allemande (35), dans la Constitution suisse (36), ou encore, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (37).

8. Il n'est cependant pas certain que, en dépit de sa puissance symbolique, cette affirmation ne soulève pas davantage de difficultés qu'elle n'en résout (38). Par-delà certaines évidences – songeons aux droits indérogeables, qui, d'une certaine manière, s'identifient de part en part à leur contenu essentiel –, comment définir ce « noyau intangible » de chacun des droits et libertés, et tracer ainsi la frontière interne qui, dans leurs sphères de protection respectives, sépare l'essentiel de l'accessoire, du « périphérique », du « limitable sous condition de proportionnalité » ? Quelle est au demeurant, sur un plan strictement pragmatique, la valeur ajoutée d'un tel exercice de métaphysique juridique conduit en surplus – ou, plus exactement, à titre liminaire – du contrôle de proportionnalité ? En effet, si tout manquement à l'exigence de proportionnalité n'est pas nécessairement constitutif d'une atteinte à la substance d'un droit, toute atteinte à la substance d'un droit se

European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter », *EuConst*, 2016, p. 322.

(33) Concl. av. gén. G. PITRUZZELLA, du 27 janvier 2022, ECLI:EU:C:2022:65, dans l'affaire CJUE, 21 juin 2021, *Ligue des droits humains*, aff. C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491, pt 91.

(34) Voy. encore les autres exemples cités in M. BOROWSKY, « Title VII : Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », *op. cit.*, p. 788.

(35) Art. 19, § 2.

(36) Art. 36.

(37) Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects de du régime linguistique belge »*, req. n° 1474/62 et Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75. Adde S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 350.

(38) Voy. T. KINGREEN, « Art. 52 GrCh », in C. CALLIÉS et M. RUFFERT (dir.), *EUV/AUEV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 5^e éd., Munich, C.H. Beck, 2016, pp. 2982 à 2983. Voy., à propos de la notion d'« essence » des droits fondamentaux dans le système conventionnel, S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « The Essence of Rights in the ECHR : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *German Law Journal*, pp. 904 à 923.

traduira cependant et nécessairement par un manquement à l'exigence de proportionnalité, dès lors que l'on suppose que cette substance pèse, dans une balance des intérêts, nécessairement plus lourd que n'importe quel intérêt qui peut lui être opposé (39). En d'autres termes, l'« injustifiable *a priori* » sera toujours « injustifié *a posteriori* ». À quoi bon, dès lors, vouloir en faire une catégorie juridique à part entière ?

9. La pratique des juges européens n'incite pas à moins de scepticisme. Force est de constater, que la jurisprudence de la Cour de justice peine en effet encore à valider de manière tout à fait concrète et cohérente les horizons ainsi tracés. L'heure est d'ailleurs, provisoirement, à un certain scepticisme. Clôturant une analyse de la jurisprudence Luxembourgeoise en 2019, T. Tridimas et G. Gentile (40) écrivent : « *The value of the concepts lies much more in offering a constitutional posture and a legitimizing device than a judicial tool that provides a firm dividing line* ». Deux années plus tard, l'écho de R. Tinière n'est pas beaucoup plus enthousiaste : « La recherche de la substance du contenu essentiel des droits fondamentaux garantis par la Charte s'apparente visiblement à la poursuite d'un mirage. À chaque fois que l'on pense parvenir à cerner, sinon précisément la notion, du moins une méthode permettant de l'approcher, on s'aperçoit qu'elle reste insaisissable » (41). Pour S. Platon, « l'avenir [de la notion de "contenu essentiel"] dépendra de la capacité de la Cour à lui donner une définition et des effets à la fois clairs et prévisibles. Si la Cour y parvient, la protection des droits fondamentaux s'en verra doter d'un outil supplémentaire. Si elle échoue, il y a fort à parier que le concept de 'contenu essentiel' viendra rejoindre celui d'identité nationale dans le bric-à-brac des notions fortes, mais sémantiquement creuses et juridiquement plus encombrantes que fécondes » (42). O. Scarcello, pour sa part, estime que la Cour de justice n'a pas encore établi – il écrit en 2020 – « *a full-fledged method to establish the essence of a right ; instead, it has relied on a intuitive understanding* » (43).

(39) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 352.

(40) T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of rights : An Unreliable Boundary ? », *The Essence of Fundamental Rights, German Law Journal*, 2019, vol. 20, n° 6, special issue, pp. 815 et 816.

(41) R. TINIÈRE, « Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne », *CDE*, 2020, p. 429.

(42) S. PLATON, « La protection du "contenu essentiel" des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in R. TINIÈRE et C. VIAL (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 337.

(43) O. SCARCELLO, « Preserving the 'essence' of fundamental rights under Article 52(1) of the Charter : A Sisyphean Task ? », *European Constitutional Law Review*, 2020, vol. 16, pp. 667 et 668.

Déplions quelque peu pour tenter d'y voir plus clair.

10. En bonne logique, la détection de l'existence d'une atteinte à la substance d'un droit fondamental devrait s'effectuer en amont de l'examen de la légitimité du but et de la proportionnalité de la mesure litigieuse (44). L'analyse de la jurisprudence de Strasbourg révèle toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme n'applique pas méthodiquement cette prémisse théorique (45), allant tout au contraire, dans certains cas, jusqu'à examiner la proportionnalité d'une mesure *après* avoir constaté qu'elle portait atteinte à la substance du droit fondamental limité (46).

11. En droit de l'Union, la notion de « contenu essentiel » des droits fondamentaux est couramment utilisée aussi bien par les avocats généraux que par la Cour, mais le constat d'une atteinte qui y serait portée, est, pour sa part, exceptionnel (voy. spécifiquement, s'agissant du « contenu essentiel » de la liberté d'expression, le commentaire de l'article 11 de la Charte dressé par P. Wachsmann dans le présent ouvrage et, à propos du contenu essentiel de la liberté d'entreprise, la contribution par T. Léonard relative à l'article 16). Force est en outre de constater que, en dépit d'une certaine recrudescence de la mention explicite de l'examen du respect du « contenu essentiel » (47) du droit en cause dans la jurisprudence récente, la portée exacte de cette notion demeure encore fondamentalement obscure : rares, voire inexistantes sont en effet les cas où le juge de Luxembourg assortit le maniement de cette notion d'une définition générale et abstraite, formulée positivement, de ce qu'elle est censée recouvrir. Quelques exemples suffiront à s'en convaincre.

(44) T. OJANEN, « Making the Essence of Fundamental Rights Real : The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter », *op. cit.*, p. 322 et S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 357.

(45) Voy. en effet, de manière très significative, J. RESS *et al.*, opinion concordante sous Cour EDH, 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein*, req. n° 42527/98. Voy. aussi O. ROUZIERE-BEAULIEU, *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'Homme*, thèse, Université de Montpellier, septembre 2017. Voy., de manière très détaillée, l'opinion concordante jointe par le Juge Pinto de Albuquerque, auquel se rallie le juge Elosegui, jointe à l'arrêt *Muhammad et Muhammad c. Roumanie* du 15 octobre 2020.

(46) Cour EDH, 11 octobre 2011, *Association Rhino*, req. n° 48848/07, § 62.

(47) Voy., not., CJUE, 5 juillet 2017, *Fries*, aff. C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513, pts 38 et 72 ; CJUE, 27 septembre 2017, *Puskas*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, pt 64 ; CJUE, 8 février 2018, *Commission c. Allemagne*, aff. C-380/16, ECLI:EU:C:2018:76, pt 67 ; CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, aff. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, pt 45.

12. Dans l'affaire *N.S.*, l'avocat général Trstenjak mobilisa la notion d'atteinte au « contenu essentiel » du droit à un recours effectif afin de condamner l'existence d'une présomption irréfragable de respect des droits fondamentaux par tous les États membres dans le cadre des transferts des demandeurs d'asile sur la base du système Dublin (48). La Cour de justice rallia certes cette conclusion sur le fond, en considérant *in fine* que la présomption devait pouvoir être renversée, mais y parvint par un raisonnement distinct ne comportant pour sa part aucune mention de la notion de « contenu essentiel » du droit à un recours effectif (49).

13. La Cour de justice y fit par contre elle-même référence (50) dans son arrêt *Digital Rights Ireland* (51), à l'occasion duquel elle contrôla la validité de la directive 2006/24/CE imposant, entre autres, la conservation de certaines données générées ou traitées par les fournisseurs de services de communication électroniques en vue de garantir leur disponibilité à des fins de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves. Non sans avoir constaté qu'il s'agissait effectivement d'une ingérence « particulièrement grave » dans le droit à la vie privée, la Cour considéra qu'elle n'était toutefois pas de nature à porter atteinte au « contenu essentiel » de ce droit, et ce, dans la mesure où la directive « ne permet pas de prendre connaissance du contenu des communications électroniques en tant que tel » (52). Il en était de même pour le contenu essentiel du droit à la protection des données personnelles, cette fois-ci en raison du fait que les fournisseurs de services de communications devaient respecter certains principes de protection et de sécurité des données afin d'éviter la destruction accidentelle ou illícite, la perte ou l'altération accidentelle des données (53). Quoiqu'elle ne portait ainsi pas atteinte au « contenu essentiel » desdits droits, la directive fut malgré tout invalidée par la Cour en raison de la violation du principe de proportionnalité.

(48) Concl. av. gén. V. TRSTENJAK, du 22 septembre 2011, ECLI:EU:C:2011:51, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, aff. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, pt 162.

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

(50) Voy. par ex. CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 49 : « À cet égard, il y a lieu de constater que l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2010/13 n'affecte pas le contenu essentiel de la liberté d'entreprise. En effet, cette disposition n'empêche pas l'exercice de l'activité entrepreneuriale en tant que telle du titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle ».

(51) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238.

(52) *Ibid.*, pt 39. Voy. aussi CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 101.

(53) *Ibid.*, pt 40.

14. Quelques mois plus tard, la Cour de justice eut à nouveau l'occasion de se prononcer sur la notion de « contenu essentiel » des droits consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte, dans son arrêt *Schrems* (54) portant sur le transfert généralisé des données personnelles de l'Union vers les États-Unis, tel qu'il était autorisé par la décision de la Commission 2000/520/CE. Dans cet arrêt, la Cour rappela, de manière générale, que « la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire » (55). C'est dans le cadre des développements qu'il consacre à cette question de nécessité – et non à titre de préalable à ceux-ci –, que le même arrêt énonce qu'« une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte » (56). À notre estime, on touche ici, très précisément, à la difficulté ci-avant mise en lumière : le respect dû à l'intangibilité du contenu essentiel d'un droit n'apparaît en effet, dans un tel raisonnement, que comme un produit dérivé de l'exigence de proportionnalité (57). Toujours dans le cadre de l'affaire *Schrems*, la Cour de justice examina le respect du contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective et considéra qu'« une réglementation ne prévoyant aucune possibilité pour le justiciable d'exercer des voies de droit afin d'avoir accès à des données à caractère personnel le concernant, ou d'obtenir la rectification ou la suppression de telles données, ne respecte pas le contenu essentiel de ce droit » (58). À ce stade, il ne fut plus – ou en tout cas plus explicitement – question de proportionnalité de la limitation.

(54) CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

(55) *Ibid.*, pt 92.

(56) *Ibid.*, pt 94.

(57) Comp. T. OJANEN, « Making the Essence of Fundamental Rights Real : The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter », *op. cit.*, p. 325. Voy. égal. CJUE, 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202, pt 58 : « Dans la mesure où la fixation des quotas laitiers notamment des nouveaux producteurs et des producteurs en croissance à un niveau inférieur à leur capacité de production constitue une restriction à l'exercice de leurs droits fondamentaux, il y a lieu de rappeler que, lorsqu'il apporte des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux, un État membre est tenu de respecter le principe de proportionnalité. Celui-ci exige qu'une telle restriction ne constitue pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable, qui porterait atteinte à la substance même des droits » (nous soulignons).

(58) CJUE, 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, préc., pt 95.

15. Statuant sur une question analogue portant sur la validité de l'accord entre l'Union européenne et le Canada relatif au transfert et au traitement des données des dossiers des passagers aériens (59) (données PNR), la Cour de justice livra une analyse tatillonne de pareilles ingérences généralisées dans les droits consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte. Envisagé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la lutte contre la criminalité transnationale grave, le projet d'accord prévoyait le transfert systématique des données PNR de l'ensemble des passagers empruntant la voie aérienne entre l'Union européenne et le Canada. Ces données comprennent, entre autres, les dates de réservation du billet d'avion, les noms, prénoms et dates de naissance des passagers ainsi que leurs coordonnées ainsi que l'itinéraire prévu. Au préalable à tout examen de proportionnalité, la Cour de justice s'assura que le « contenu essentiel » des droits en cause demeurerait malgré tout indemne. Tel était bien le cas. S'agissant des droits consacrés par l'article 7, l'avis énonce que « même si les données PNR peuvent, le cas échéant, révéler des informations très précises sur la vie privée d'une personne, la nature de ces informations est limitée à certains aspects de cette vie privée, relatifs en particulier aux voyages aériens entre le Canada et l'Union ». Pour ce qui concerne le droit à la protection des données personnelles, la Cour jugea son contenu essentiel épargné par l'accord envisagé dans la mesure où il « circonscrit, à son article 3, les finalités du traitement des données PNR et prévoit, à son article 9, des règles destinées à assurer, notamment, la sécurité, la confidentialité et l'intégrité de ces données, ainsi qu'à les protéger contre les accès et les traitements illégaux » (60). (voy. plus spécifiquement à ce propos, les contributions de, R. Tinière et N. Cariat respectivement à propos de l'article 7 et l'article 8 de la Charte dans le présent ouvrage).

16. En matière de transfert d'entreprise, l'opposabilité des clauses de renvoi dynamiques aux conventions collectives négociées et adoptées postérieurement à la date du transfert prévue par une mesure nationale fut considérée par la Cour de justice comme portant atteinte à la substance de la liberté d'entreprendre (61), dans la mesure où le cessionnaire « n'a la faculté ni de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel ni de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique » (62).

(59) CJUE, avis, 26 juillet 2017, *Accord PNR UE-Canada*, avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592.

(60) *Ibid.*, pt 150.

(61) Consacrée à l'article 16 de la Charte.

(62) CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron e.a.*, aff. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, pt 34.

17. Par contre, la déchéance du droit de vote d'un condamné n'est pas, selon la Cour de justice, de nature à porter atteinte au contenu essentiel de l'article 39, paragraphe 2, de la Charte (63). En effet, elle « ne remet pas en cause ce droit en tant que tel, puisqu'elle a pour effet d'exclure, dans des conditions spécifiques et en raison de leur comportement, certaines personnes du groupe des bénéficiaires du droit de vote aux élections au Parlement, pour autant que lesdites conditions soient remplies » (64). La Cour conclut au surplus au respect du principe de proportionnalité, dès lors que la limitation querellée prenait en compte la nature et la gravité de l'infraction pénale commise ainsi que la durée de la peine (65). Le raisonnement ici tenu par la Cour semble s'orienter vers une conception plus « institutionnelle/objective » que « subjective » de l'intangibilité de la substance d'un droit (66). Seule l'abrogation *erga omnes* de la garantie serait absolument interdite, tandis que sa suppression au détriment de certains serait quant à elle justifiable, sous condition de proportionnalité (67). Les précédents évoqués ci-dessus (*Schrems*, *Avis 1/15...*) ne démentent pas le ralliement de la Cour à cette approche « institutionnelle » (68) ; convenons cependant qu'elle

(63) Droit de vote des citoyens de l'Union aux élections au Parlement européen.

(64) CJUE, 6 octobre 2015, *Delvigne*, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, pt 38.

(65) *Ibid.*, pt 39.

(66) Sur la différence entre approche institutionnelle et subjective, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., pp. 370 et s.

(67) Voy., cependant, l'arrêt *Scarlet Extended*, où l'injonction faite à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place un système de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif et sans limitation dans le temps fut invalidée par la CJUE non pas sur la base de l'atteinte au contenu essentiel du droit à la vie privée mais de la violation du principe de proportionnalité, CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

(68) Voy. égal. CJUE, 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, pt 52 : « En outre, l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 n'affecte pas le contenu essentiel du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte. En effet, cette disposition ne remet pas en cause la garantie de ce droit [...] » ; CJUE, 27 septembre 2017, *Puskas*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, pt 64 : « En outre, cette obligation respecte le contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la Charte. En effet, ladite obligation ne remet pas en cause ce droit en tant que tel. Seule une étape procédurale supplémentaire est imposée afin d'exercer celui-ci ». Voy. égal., CJUE, 14 septembre 2017, *K.*, aff. C-18/16, ECLI:EU:2017:680, pt 35 : « À cet égard, il convient de relever que la limitation de l'exercice du droit à la liberté résultant de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous a) et b), de la directive 2013/33 est prévue par un acte législatif de l'Union et qu'elle n'affecte pas le contenu essentiel du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte. En effet, l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous a) et b), de cette directive ne remet pas en cause la garantie de ce droit et, ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition et du considérant 15 de ladite directive, ne confère aux États membres le pouvoir de placer un demandeur en rétention qu'en raison de son comportement individuel et dans les circonstances exceptionnelles visées à ladite disposition, ces circonstances étant par ailleurs encadrées par l'ensemble des conditions figurant aux articles 8 et 9 de la même directive (voir, par analogie, arrêt du 15 février 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, points 51 et 52) ». Voy. enfin CJUE,

réduit à très peu de chose l'utilité concrète de l'intangibilité affirmée, reléguant finalement celle-ci à une retraduction, dans le discours des droits fondamentaux, du principe de la hiérarchie des normes...

18. La contemplation de ces quelques précédents génère donc une certaine perplexité sur l'utilité, l'épaisseur et – non sans quelque paradoxe –, le contenu même de la notion de « contenu essentiel » des droits fondamentaux. Quelques décisions, rares, œuvrent cependant à une élucidation plus « positive » sur ce point. On signalera dans cette perspective que les risques d'ébranlement du respect de l'État de droit existant actuellement dans certains États membres ont poussé la Cour de justice, dans un registre grave et solennel, à se montrer plus précise quant à la notion de contenu essentiel du droit à un procès équitable, prévu à l'article 47 de la Charte (voy. à son propos, le commentaire de F. Krenc et E. Penninckx). Ainsi a-t-elle considéré, à propos d'un mandat d'arrêt européen émis par la Pologne, que son exécution devait être refusée en présence « d'un risque réel de violation du droit fondamental de la personne concernée à un tribunal indépendant » (69) lequel « relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable » (70). La Vice-Présidente de la Cour de justice réitéra le propos dans son ordonnance exigeant la suspension immédiate et rétroactive des dispositions consacrant l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême polonaise en raison des risques qu'elles induisent pour l'indépendance du système judiciaire polonais (71). La Cour de justice reprit à son compte le raisonnement dans son arrêt définitif rendu le 24 juin 2019 (72).

20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, aff. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, pt 45 : « En outre, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal respecte le contenu essentiel de l'article 50 de la Charte, dès lors qu'elle ne permet un tel cumul de poursuites et de sanctions qu'à des conditions limitativement fixées, assurant ainsi que le droit garanti à cet article 50 ne soit pas remis en cause en tant que tel ».

(69) CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 P, ECLI:EU:C:2018:586, pt 47. Voy., sur cet arrêt, C. RIZCALLAH, « Arrêt L.M. : L'existence d'un risque réel et individualisé de violation du droit fondamental à un tribunal indépendant s'oppose à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen », *JDE*, 2018, pp. 348 à 352.

(70) *Ibid.*, pt 48. Voy encore, plus récemment, CJUE, 20 avril 2021, *Republika*, aff. C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, pt 51.

(71) Ordonnance du 19 octobre 2018 la Vice-Présidente de la Cour de justice dans l'affaire C-619/18 R (CJUE, ord., 19 octobre 2018, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852, pt 20).

(72) CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531. Voy., à propos de cette jurisprudence, C. RIZCALLAH et V. DAVIO, « L'article 19 du Traité sur l'Union européenne : sésame de l'Union de droit. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux », *RTDH*, à paraître.

19. L'on pointera encore, dans le sens d'une éventuelle évolution/clarification, deux (73) arrêts récents qui procèdent à une mise en œuvre méthodologiquement « académique » de la conception « absolue » de l'intangibilité de l'essence des droits en cause.

Dans les affaires C-245/19 et C-246/19(74), la juridiction de renvoi demandait, en substance, si l'article 47 de la Charte, lu conjointement avec les articles 7 et 8 ainsi qu'avec l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, devait être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que la législation d'un État membre exclue qu'une décision par laquelle l'autorité compétente de cet État membre oblige une personne détentricrice d'informations à lui fournir ces informations, en vue de donner suite à une demande d'échange d'informations émanant de l'autorité compétente d'un autre État membre, puisse faire l'objet de recours formés, premièrement, par une telle personne, deuxièmement, par le contribuable qui est visé, dans cet autre État membre, par l'enquête à l'origine de ladite demande et, troisièmement, par des tierces personnes concernées par les informations en cause.

Distinguant les différents cas de figure, la Cour estima tout d'abord que la législation qui exclut la possibilité, pour *une personne détentricrice d'informations à laquelle l'autorité nationale compétente adresse une décision d'injonction* de communication de ces informations, de former un recours direct contre cette décision, « ne respecte pas le contenu essentiel du droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte et, par conséquent, que l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci s'oppose à une telle législation » (75). Nul contrôle de proportionnalité ne compléta ce constat initial : la cause était entendue.

Autre fut par contre l'analyse de la Cour lorsqu'elle se pencha sur la position du *contribuable* qui, dans le système normatif mis en cause, a quant à lui bel et bien la possibilité de contester, à titre incident, la décision d'injonction de communication d'informations ainsi que les conditions d'obtention et l'utilisation des preuves recueillies grâce à celle-ci, et ce dans le cadre du recours qu'il peut former contre la décision de rectification ou de redressement fiscal qui s'ensuivrait. Selon la Cour, la disponibilité d'une telle contestation incidente préservait bel et bien le

(73) Voy. encore CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, pts 87 et s.

(74) CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois (Droit de recours contre une demande d'information en matière fiscale)*, aff. jtes C-245/19 et C-246/19, ECLI:EU:C:2020:795.

(75) *Ibid.*, pt 69.

« contenu essentiel du droit à un recours effectif garanti au contribuable visé » (76). Partant, pouvait être enclenchée la vérification du respect du principe de proportionnalité.

20. Tout autre domaine, même démarche : dans l'arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Gewest* du 17 décembre 2020 (77), la Cour s'assura, à titre préalable à toute entrée dans l'examen de proportionnalité, que le contenu essentiel du droit en cause – la liberté de religion – demeurerait intact. Selon la Cour, tel était bien le cas :

« une réglementation nationale qui impose l'obligation d'étourdissement préalable de l'animal lors de l'abattage rituel tout en prescrivant que cet étourdissement soit réversible et qu'il ne provoque pas la mort de l'animal respecte le contenu essentiel de l'article 10 de la Charte dès lors que, [...], l'ingérence résultant d'une telle réglementation se limite à un aspect de l'acte rituel spécifique que constitue ledit abattage, ce dernier n'étant en revanche pas prohibé en tant que tel » (78).

La prémisse de l'analyse de la Cour est que, pour les requérants, l'abattage rituel répond à des préceptes religieux spécifiques exigeant, en substance, que les croyants ne consomment que de la viande d'animaux abattus sans étourdissement préalable, « aux fins d'assurer qu'ils ne soient soumis à aucun procédé de nature à entraîner la mort avant l'abattage » et qu'ils se vident de leur sang (79).

B. – Les limitations doivent être prévues par la loi

21. Énoncée par l'article 52, paragraphe 1^{er}, l'exigence que toute limitation de l'exercice des droits et libertés soit « prévue par la loi » est une nouveauté par rapport à la jurisprudence classique de la Cour de justice en matière de limitation des droits fondamentaux : cette dernière ne faisait en effet pas expressément référence à cette condition de forme (80), excepté dans les cas où elle appliquait directement la juris-

(76) CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois (Droit de recours contre une demande d'information en matière fiscale)*, préc., pts 83 et 84.

(77) CJUE, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, aff. C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031.

(78) *Ibid.*, pt 61.

(79) *Ibid.*, pt 54.

(80) St. PEERS et S. PRECHAL, « Article 52 », in St. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2014, p. 1470.

prudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (81). Force est toutefois de constater que, malgré sa mention expresse dans la Charte, il subsiste de nombreux cas où la Cour met en œuvre cette condition sur le mode implicite (82).

22. L'exigence de « légalité » consacrée à l'article 52, paragraphe 1^{er}, porte tout à la fois sur l'existence même de la « loi » et sur les qualités qu'elle doit revêtir. Elle s'impose, à l'instar de la Charte elle-même, tant dans la sphère juridique de l'Union (a) que dans la sphère juridique interne des États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (b). De part et d'autre, il est requis que la « loi » soit suffisamment accessible et prévisible (c),

a. – L'exigence de légalité dans la sphère juridique de l'Union

23. L'arrêt *Knauf Gips c. Commission* (83) confirme que, s'agissant de limitations aux droits et libertés décidées par les institutions et organes de l'Union eux-mêmes, une base légale est nécessaire. Statuant sur pourvoi, la Cour de justice annula en effet la décision du Tribunal qui avait validé la limitation par la Commission de l'exercice d'un droit de recours sur base de la reconnaissance d'éléments de fait par une entreprise durant la procédure administrative devant la Commission, et ce, alors qu'aucun fondement légal n'attachait de telles conséquences à un tel acte. La Cour conclut que le Tribunal avait commis une erreur de droit en autorisant la restriction aux droits garantis à l'article 47 de la Charte, dès lors que celle-ci n'était pas prévue par la « loi » (84).

24. La question se pose de savoir si la « base légale » ainsi requise s'identifie à un « acte législatif », au sens de l'article 289 TFUE. Une réponse affirmative impliquerait un standard plus strict que celui qui prévaut dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

(81) CJUE, 6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, aff. C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127, t 40.

(82) CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, aff. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 et CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 ; voy. cependant *contra* CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 66 ; Trib. UE, 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg Finance c. BCE*, aff. T-590/10, ECLI:EU:T:2012:635, pt 76 ; Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c. Conseil*, aff. T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273, pt 79.

(83) CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips c. Commission*, aff. C-407/08, ECLI:EU:C:2010:389, pt 91. Voy. égal. Trib. UE, 17 décembre 2015, *Fuji Electric c. Commission*, aff. T-132/07, ECLI:EU:T:2011:344, pt 159.

(84) K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 389.

À ce niveau en effet, et sous réserve de quelques hésitations⁽⁸⁵⁾, la « base légale » des restrictions aux droits et libertés désigne indifféremment toute norme juridique quelconque, quel qu'en soit l'auteur, pourvu qu'elle soit suffisamment accessible et prévisible⁽⁸⁶⁾.

25. Dans un arrêt du 5 septembre 2012, la Cour de justice dut se prononcer sur la validité de la décision du Conseil 2010/252/UE⁽⁸⁷⁾, adoptée par le biais de la procédure de réglementation avec contrôle visant à compléter le Code Frontières Schengen⁽⁸⁸⁾. Le Parlement attaqua cette décision, qui, en attribuant des prérogatives de puissance publique aux gardes-frontières, excédait selon lui les limites des compétences d'exécution de l'article 12 paragraphe 5, du Code Frontières Schengen. Validant ce raisonnement, la Cour souligna au demeurant, sans toutefois citer l'article 52 de la Charte, que les ingérences dans les droits fondamentaux permises par cette décision étaient d'une importance telle que l'intervention du législateur de l'Union eut été nécessaire⁽⁸⁹⁾.

26. L'arrêt *J.N.* du 15 février 2016 conclut pour sa part que l'ingérence querellée *in casu* au regard de l'article 6 de la Charte – il s'agissait d'une mesure de placement en rétention – était « prévue par la loi », puisqu'elle procédait d'une directive « qui constitue un acte législatif de l'Union »⁽⁹⁰⁾.

27. En extrapolant les enseignements de ces deux arrêts, on serait tenté de conclure que, en toute matière, toute restriction quelconque aux droits fondamentaux doit être ancrée dans un acte législatif de l'Union. L'induction d'un tel enseignement serait cependant beaucoup trop hâtive.

(85) Voy en effet, à propos de l'exigence de « légalité » contenue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Cour EDH, 9 septembre 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n° 21722/11, § 150.

(86) Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, §§ 47 à 49. Voy., pour une synthèse, S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, avec la collaboration de G. DELANNAY et C. HOREVOETS, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 19 à 63.

(87) Décision 2010/252/UE du Conseil, du 26 avril 2010, visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE*, L 111/20 du 4 mai 2010.

(88) Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières, *JOUE*, L 105/1 du 13 avril 2006.

(89) CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, pt 77.

(90) CJUE, 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15 P, ECLI:EU:C:2016:84, pt 51.

28. Pareille conclusion, en sa généralité, serait tout d'abord excessive, puisqu'elle aboutirait à vider de leur substance certaines dispositions du traité qui prévoient des restrictions aux droits fondamentaux par des actes non législatifs (91). Tel est notamment le cas de l'article 215, paragraphe 2, du TFUE qui permet l'adoption de mesures restrictives dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC), domaine dans lequel l'adoption d'actes législatifs est formellement exclue (92). La Cour de justice a d'ailleurs confirmé cette lecture utile des traités en admettant qu'un règlement (93) instituant certaines mesures restrictives à l'encontre de personnes liées à des réseaux terroristes puisse être adopté par le Conseil sur base de la procédure prévue à l'article 215, paragraphe 2, du TFUE (94) – lequel prévoit uniquement l'information du Parlement européen – et non en usant de la procédure législative ordinaire qui aurait pu être mobilisée en fondant le règlement sur l'article 75 du TFUE (95). Il en résulte que les mesures prises sur base de l'article 215 du TFUE peuvent donc être assimilées à une « loi » au sens de l'article 52, paragraphe 1^{er} (96). Selon la Cour, « puisqu'elles sont énoncées dans des actes ayant notamment une portée générale et disposant d'une base juridique claire en droit de l'Union ainsi que d'une motivation suffisante », ces mesures restrictives doivent, être considérées comme étant « prévues par la loi » (97). Par contre, une décision d'exécution d'une décision prise sur la base de l'article 215 TFUE ne peut pas, elle-même, porter atteinte au droit de propriété en soumettant une personne à un gel d'avoirs pour des raisons qui ne seraient pas prévues dans la décision de base (98).

29. On remarquera en outre que la Cour de justice, dans son arrêt *Spasic*, a estimé que l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, telle qu'intégrée dans le droit de l'Union,

(91) St. PEERS et S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1471.

(92) TUE, art. 24.

(93) Règlement (UE) n° 1286/2009 du Conseil, du 22 décembre 2009, modifiant le règlement (CE) n° 881/2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans, *JOUE*, L 346/42 du 23 décembre 2009.

(94) CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472.

(95) Voy., à ce sujet, L. POTVIN-SOLIS, « Le rattachement des mesures restrictives en matière de la lutte contre le terrorisme international à la PESC : des implications institutionnelles et juridictionnelles contrastées », *RAE*, 2012, p. 687.

(96) Tel serait également le cas des règlements et directives établis par le Conseil sur proposition de la Commission et après simple consultation du Parlement européen en matière de droit de la concurrence, sur base de l'article 103 TFUE.

(97) Trib. UE, 13 septembre 2018, *Sberbank of Russia c. Conseil*, aff. T-732/14, ECLI:EU:T:2018:541, pt 144.

(98) Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi e.a. c. Conseil*, aff. T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273, pt 79.

pouvait être considéré comme une « loi », au sens de l'article 52, paragraphe 1^{er}, susceptible de limiter les droits garantis par l'article 50 de la Charte (99).

30. Force est par ailleurs d'observer que par la suite, l'attitude de la Cour de justice ainsi que de ses avocats généraux (100) semble s'être davantage orientée – sans néanmoins lever toute ambiguïté sur ce point – vers une conception souple de la « légalité » qui n'implique pas nécessairement le passage par l'acte « législatif ». L'avis 1/15 (101) (Accord PNR UE-Canada) du 26 juillet 2017 montre en tous cas des signes d'évolution en ce sens. En l'espèce, en rappelant « les exigences figurant, d'une part, à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et, d'autre part, à l'article 8, paragraphe 2, de celle-ci », le Parlement estimait « qu'il convient [...] de se demander si l'accord envisagé constitue une "loi", au sens de ces dispositions, et s'il peut servir de fondement pour des limitations à l'exercice des droits garantis aux articles 7 et 8 de la Charte ». « Or », poursuivait le Parlement, « alors que le terme "loi" coïncide avec la notion d'"acte législatif" prévue par le traité FUE, un accord international ne constituerait pas un tel acte législatif, de sorte que la question se poserait de savoir s'il ne serait pas plus adapté d'adopter un acte interne, fondé sur l'article 16 TFUE, plutôt que de conclure un accord international, en vertu de l'article 218 TFUE, tel que l'accord envisagé ». La réponse de la Cour fut clairement négative :

« À cet égard, il y a lieu de relever que l'argument du Parlement selon lequel l'accord envisagé ne relève pas de la notion de "loi", au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la Charte, et, partant, de l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci, puisqu'il ne constituerait pas un "acte législatif", ne saurait, en tout état de cause, prospérer ».

Cantonné à ce qui précède, l'avis 1/15 pouvait – à l'instar des conclusions de l'Avocat général qui le précédaient – clairement faire figure d'indice de ralliement à une conception *matérielle* de la légalité requise des limitations européennes (102). La Cour crut cependant – utile, nécessaire, indispensable ? : là est l'ambiguïté – de conforter sa

(99) CJUE, 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586, pt 57.

(100) Voy. concl. av. gén. M. SZPUNAR, du 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:875, dans l'affaire CJUE, 12 février 2019, *TC*, aff. C-492/18, ECLI:EU:C:2019:108, pt 39. Voy. plus clairement encore concl. av. gén. P. MENGOSZI, du 8 septembre 2016, ECLI:EU:C:2016:656, dans l'affaire CJUE, avis, 26 juillet 2017, *Accord PNR UE-Canada*, avis 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, pts 190 et s.

(101) CJUE, avis 1/15, 26 juillet 2017, préc.

(102) Se ralliant ainsi, implicitement, à son arrêt *Spasic*, dans lequel elle a considéré que la Convention d'application de l'accord de Schengen, telle qu'intégrée dans le droit de l'Union, devait être considéré comme une « loi » au sens de l'article 52, paragraphe 1^{er}, voy. CJUE, 27 mai 2014, *Spasic*, aff. C-129/14 P, ECLI:EU:2014:586, pt 57.

conclusion par une mise en évidence de la légitimation parlementaire que permettait la procédure d'adoption de l'acte faisant litige : à défaut d'être un acte législatif au sens strict, celui-ci n'en requiert pas moins une approbation de la part du Parlement. Selon la Cour, en effet,

« L'article 218, paragraphe 6, TFUE reflète, sur le plan extérieur, la répartition des pouvoirs entre les institutions applicable sur le plan intérieur et établit une symétrie entre la procédure d'adoption des mesures de l'Union sur le plan intérieur et la procédure d'adoption des accords internationaux, afin de garantir que, en rapport avec un domaine donné, le Parlement et le Conseil disposent des mêmes pouvoirs, dans le respect de l'équilibre institutionnel prévu par les traités [...]. Ainsi, la conclusion des accords internationaux couvrant des domaines auxquels, sur le plan intérieur, s'applique la procédure législative ordinaire, prévue à l'article 294 TFUE, nécessite, en vertu de l'article 218, paragraphe 6, sous a), v), TFUE, l'approbation du Parlement, de telle sorte que, comme l'a relevé M. l'avocat général au point 192 de ses conclusions, un tel accord peut être considéré comme étant, sur le plan extérieur, l'équivalent de ce qu'est un acte législatif sur le plan intérieur ».

31. On pourrait être tenté de ramener la cohérence dans tout ceci en affirmant que, hors ces hypothèses très précises où le traité (par exemple l'article 215 du TFUE) ou un accord international (par exemple l'accord PNR entre l'Union et le Canada, ou encore la Convention d'application de l'Accord de Schengen) autoriserait lui-même une restriction aux droits et libertés par les actes qu'il désigne, il faudrait malgré tout retenir, au titre d'un régime de « droit commun », l'exigence d'un « acte législatif » pour permettre – éventuellement par délégation (103) – à une institution ou un organe de l'Union de limiter les droits et libertés garantis par la Charte. La doctrine n'offre cependant pas un soutien unanime à une telle reconstruction. Selon K. Lenaerts (104) et J.-P. Jacqué (105), seuls les actes législatifs répondraient à la condition de l'article 52 – peu importe, pour le surplus, qu'ils procèdent d'une procédure législative ordinaire ou d'une procédure législative spéciale.

(103) Voy. en effet CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 66, où la Cour a admis comme fondement légal suffisant un règlement de la Commission adopté sur délégation du règlement (CE) n° 1290/2005.

(104) K. LENAERTS, « La vie après l'avis : Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *CML Rev.*, 2017, p. 811.

(105) J.-P. JACQUÉ, « Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Liber Amicorum Stelios Perrakis*, Siders, Athènes, 2017, p. 251. Comp. K. LENAERTS, « La vie après l'avis : Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *CML Rev.*, 2017, p. 811.

T. Lock, prenant appui sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, souligne qu'une interprétation large de cette exigence est requise, comme comprenant l'ensemble du droit primaire et secondaire de l'Union, pour autant que la disposition soit suffisamment précise et accessible (106).

32. Un arrêt rendu le 21 décembre 2021 par la Cour de justice siégeant en grande chambre nous semble confirmer la lecture matérielle de l'exigence de légalité pour ce qui concerne les restrictions « *made in EU* ». En effet, elle considère qu'une limitation de la liberté d'entreprise mise en œuvre par un règlement d'exécution adopté par la seule Commission répondait à l'exigence posée par l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte (107).

b. – La légalité dans la sphère juridique nationale

33. La Cour de justice s'est dans un premier temps prononcée de manière relativement univoque sur la portée de l'exigence de légalité lorsqu'elle est rapportée à la sphère *nationale* de mise en œuvre du droit de l'Union. La conception souple promue par la Cour européenne des droits de l'Homme – *i.e.*, la seule exigence d'une loi au sens matériel – semblait, en effet, avoir été retenue (108). Deux arrêts récents bousculent néanmoins quelque peu cette cohérence, semant par-là également le doute quant à l'interprétation de l'exigence de légalité dans la sphère étatique.

34. Représentatif de la tendance initiale, l'arrêt *Léger* (109) a considéré qu'une restriction au principe de non-discrimination contenue dans un arrêté ministériel français répondait à la condition de « légalité » visée par l'article 52 (110). Il s'agissait, en l'occurrence, d'une contre-indication permanente au don de sang pour les homosexuels. Par ailleurs, et toujours dans la même veine, c'est en référence explicite à la

(106) T. LOCK, « Interpretation and Application of the Charter. Art. 51-54 », in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT et J. TOMKIN (dir.), *Commentary of the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, OUP, 2019, p. 2251.

(107) CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, ts 84 à 86.

(108) Comp. Concl. av. gén. P. CRUZ VILLALON, du 14 avril 2011, ECLI:EU:C:2011:255, dans l'affaire CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, pt 113, qui considère que les limitations aux droits fondamentaux doivent nécessairement résulter d'une délibération car seul un débat parlementaire pourrait assurer le plein respect du principe de proportionnalité.

(109) CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

(110) *Ibid.*, pt 53.

jurisprudence de son homologue strasbourgeoise que la Cour de justice, dans son arrêt *WebMindLicenses*, a utilisé le terme de « base légale » pour désigner la « loi » qui, selon l'article 52, doit prévoir une limitation aux droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte (111). Selon l'avocat général Saugmandsgaard Øe, il faut voir dans cette référence et la terminologie utilisée le ralliement à l'idée selon laquelle le droit de l'Union, à l'instar de celui du Conseil de l'Europe, se contentera lui aussi d'une norme nationale « non législative » pour limiter les droits et libertés (112). Le Tribunal a encore récemment confirmé la pratique d'un tel parallélisme (113)

35. Nous l'avions cependant annoncé : une jurisprudence ultérieure de la Cour de justice n'est toutefois pas tout à exemptée d'ambiguïtés à cet égard. Elle s'est ainsi notamment montrée plus ferme quant à l'exigence de légalité dans le cadre de la mise en rétention des demandeurs d'asile, prévue par le système Dublin (114). À propos de l'exigence que les critères de mise en rétention soient prévus « par le droit national » (115), la Cour de justice a en effet considéré, dans son arrêt *Al Chodor*, que « seule une disposition de portée générale saurait répondre aux exigences de clarté, de prévisibilité d'accessibilité et, en

(111) CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, pt 81.

(112) Concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pts 101 et, 135 et s. Il en irait différemment s'il apparaissait que le droit de l'Union a délibérément opté, dans l'un ou l'autre cas particulier, pour une conception plus exigeante de la notion de « loi » que celle qui prévaut dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Voy. en ce sens, à propos de la « légalité » d'une mesure de rétention, concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 10 novembre 2016, ECLI:EU:C:2016:865, dans l'affaire CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor e.a.*, aff. C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, pts 59 et s. Voy. la contribution d'A. BAILLEUX dans le présent livre.

(113) Trib. UE, 10 février 2021, *Forte c. Parlement*, aff. T-519/19, ECLI:EU:T:2021:79, pt 131 : « D'autre part, le Tribunal constate que les nouvelles règles de calcul de cette pension sont fixées, avec suffisamment de clarté et de précision, par les dispositions de la décision n° 14/2018, ce que ne conteste d'ailleurs pas le requérant. En outre, la circonstance que la décision n'ait pas la forme d'une « loi » en droit italien n'a aucune incidence. Selon une jurisprudence constante, la notion de « loi » doit être entendue dans son acception « matérielle », et non « formelle ». En conséquence, elle inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris les textes de rang infra législatif, ainsi que la jurisprudence qui l'interprète [voy. Cour EDH, 18 janvier 2018, *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) e.a. c. France*, req. n°s 48151/11 et 77769/13, pt 160 et jurisprudence citée] ». Voy., dans le même sens, Trib. UE, 27 avril 2022, *Roos e.a. c. Parlement*, aff. jtes T-710/21, T-722/21 et T-723/21, ECLI:EU:T:2022:262, pts 81 et 82.

(114) Règlement n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, *JOUE*, L 180 du 29 juin 2013, pp. 31 à 59, art. 28.

(115) Directive 2013/33 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE*, L 180 du 29 juin 2013, pp. 96 à 116, art. 8, § 3, f).

particulier, de protection contre l'arbitraire » en la matière. Elle déduit de ce constat que les motifs de mise en rétention des demandeurs d'asile ne pourraient être valablement consignés dans une pratique administrative constante et, ce, même si celle-ci est sanctionnée par une jurisprudence établie (116). Dès lors, le fait que la République tchèque n'ait pas défini les critères de mise en rétention dans une disposition contraignante de portée générale s'oppose à ce que des demandeurs d'asile y soient détenus. Il semble ressortir de tout ceci, non pas qu'une loi au sens formel serait toujours et nécessairement exigée (117) – la Cour n'en parle pas –, mais qu'en tous cas, une règle *écrite*, à portée générale et contraignante, serait indispensable.

36. On notera néanmoins que, dans l'affaire *TC*, l'avocat général Szpunar a quelque peu ressemé le trouble, cette fois à propos de la mise en détention dans le cadre du mécanisme du mandat d'arrêt européen, en affirmant que :

« une jurisprudence peut remplir l'exigence relative à l'existence d'une base légale, à condition, d'une part, qu'elle soit accessible et prévisible (exigences générales) et, d'autre part, qu'elle soit constante et n'ait pas été systématiquement remise en cause (exigences spécifiques) » (118).

Statuant sur l'affaire, la Cour de justice, dans son arrêt du 12 février 2019 (119), n'a pas explicitement démenti son avocat général. Tout juste a-t-elle insisté sur le fait que la jurisprudence nationale pareillement susceptible de former ainsi la base légale de la limitation aux droits et libertés, lorsqu'elle évolue outre, et a fortiori contre les stipulations expresses du droit national pour les besoins d'une interprétation

(116) CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor e.a.*, aff. C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, pts 42 à 45.

(117) Telle semble par contre être la voie dans laquelle s'engage l'avocat général Campos Sanchez-Bordona (concl. av. gén. C. SANCHEZ-BORDONA, du 5 décembre 2021, ECLI:EU:C:2021:992, dans l'affaire CJUE, 5 mai 2022, *Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, aff. C-570/20, ECLI:EU:C:2022:348, pt 46 : « La limitation en cause en l'espèce a été prévue par la loi, de sorte qu'elle remplit, en principe, la première de ces conditions. La possibilité de cumuler des poursuites et des sanctions administratives et pénales est prévue *non pas par de simples actes administratifs* ou dans le cadre de pratiques judiciaires, mais dans deux dispositions législatives spécifiques [...] ». Voy. encore les pts 54 et 55 : « Pour respecter (le principe *non bis in idem*), il ne suffit pas d'une quelconque définition législative des cas dans lesquels le cumul de poursuites et de sanctions est possible ; seule une définition claire et précise le permet. S'il en était autrement, la garantie que comporte le principe de légalité quant à la compétence exclusive du législateur pour restreindre des droits fondamentaux serait dénaturée. Le pouvoir législatif ne saurait, de ce fait, attribuer l'exercice de cette compétence à l'administration ou aux juridictions ».

(118) Concl. av. gén. M. SZPUNAR, du 6 novembre 2018, ECLI:EU:C:2018:875, dans l'affaire CJUE, 12 février 2019, *TC*, aff. C-492/18, ECLI:EU:C:2019:108, pt 46.

(119) CJUE, 12 février 2019, *TC*, aff. C-492/18, ECLI:EU:C:2019:108.

conforme de ce dernier avec le droit de l'Union, doit être elle-même exempte de contradictions internes : ainsi le veulent les exigences de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les « bases légales » requises par l'article 52, paragraphe 1^{er} de la Charte.

37. Si l'hésitation reste donc à ce stade permise quant au « régime général » de l'exigence de légalité prévu par l'article 52, paragraphe 1^{er} de la Charte, la conclusion est en revanche plus assurée s'agissant de l'une ou l'autre clauses particulières (120), quoique puisse suggérer leur libellé sur ce point. Ainsi l'article 22, paragraphe 1^{er} du Règlement général sur la protection des données (121) prévoit-il que :

« Le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement ou le sous-traitant est soumis peuvent, *par la voie de mesures législatives*, limiter la portée des obligations et des droits prévus aux articles 12 à 22 et à l'article 34 (de ce règlement), ainsi qu'à l'article 5 dans la mesure où les dispositions du droit en question correspondent aux droits et obligations prévus aux articles 12 à 22, lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir [...] » (notre accent)

Ainsi que le confirme cependant le point 41 du Préambule, les « mesures législatives » ainsi visées n'ont pas lieu de s'identifier, nécessairement, à des lois au sens formel :

« Lorsque le présent règlement fait référence à une base juridique ou à une mesure législative, cela ne signifie pas nécessairement que l'adoption d'un acte législatif par un parlement est exigée, sans préjudice

(120) L'on notera que la Cour de justice se montre occasionnellement plus exigeante, lorsque se trouve en cause des droits du procès équitable. Voy. not., en ce qui concerne l'indépendance du juge, CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, aff. C-216/18 P, ECLI:EU:2018:586, pt 66 : « Ces garanties d'indépendance et d'impartialité postulent l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent. Afin de considérer la condition relative à l'indépendance de l'instance concernée comme remplie, la jurisprudence exige notamment que les cas de révocation de ses membres soient déterminés par des dispositions législatives expresses [...] » (notre accent). Le recours à l'exigence *formelle* de légalité est au demeurant à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'article 6. Voy. en effet S. VAN DROOGHENBROECK et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019.

(121) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, JOUE, L 119 du 4 mai 2016.

des obligations prévues en vertu de l'ordre constitutionnel de l'État membre concerné. Cependant, cette base juridique ou cette mesure législative devrait être claire et précise et son application devrait être prévisible pour les justiciables, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après dénommée « Cour de justice ») et de la Cour européenne des droits de l'homme »

38. L'adoption d'une telle conception souple, « non organique », de la légalité nous semble justifiée par deux raisons principales. D'abord, elle résulte sans doute d'un impératif d'ordre pragmatique : c'est également une lecture matérielle qui, nous l'avons rappelé, préside l'interprétation de l'exigence de légalité dans le système de restriction en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, comme le souligne l'avocat général Saugmandsgaard Øe, « eu égard à la nature horizontale de cette exigence (de légalité), qui est susceptible de s'appliquer à de nombreux types d'ingérences tant dans le contexte de la Charte que dans celui de la CEDH [...], il serait inopportun de soumettre les États membres à des critères différents selon que l'ingérence est examinée au regard de l'un ou de l'autre de ces instruments » (122). L'emprunt des standards conventionnels – qui ne s'imposait pas en soi, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte permettant en toute hypothèse à l'Union d'offrir une protection *plus étendue* des droits fondamentaux (123) – évite néanmoins de placer les États dans l'inconfort de devoir être jugés, sur des actes identiques, à l'aune de standards distincts, à Strasbourg et à Luxembourg.

Cette manière de raisonner, *a priori* indifférente à l'identité de la « source formelle » de la norme limitative de liberté, est par ailleurs en phase avec l'article 4, paragraphe 2, du TUE, qui consacre le respect des structures politiques et constitutionnelles des États membres, ainsi qu'avec le principe d'autonomie procédurale qui permet à ces derniers de déterminer librement les modalités de mise en œuvre du droit de l'Union, pour autant que soient respectés les principes d'équivalence et d'effectivité (124). Le préambule de la Charte rappelle, en ce sens, que l'Union respecte « l'organisation [des] pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local » par les États membres.

(122) Voy. égal., en ce sens, concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pts 137 et s.

(123) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Vérité à Luxembourg, erreur à Strasbourg. À propos de certaines plus-values discrètes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Paris, Édition Panthéon Assas, 2021, pp. 173 à 192.

(124) J.-P. JACQUÉ, « Les limitations aux droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 251.

39. Notons par ailleurs que la Cour de justice a considéré qu'une ingérence au droit à la vie privée, résultant d'écoutes téléphoniques, n'avait pas été « prévue par la loi », parce que l'autorisation judiciaire préalable nécessaire avait été émise par une autorité judiciaire incompétente en vertu du droit national (125).

c. – Accessibilité et prévisibilité

40. Passées les incertitudes qui affectent sa nature même, il apparaît clairement que la « base légale » visée par l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte, dans le parfait prolongement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, doit présenter certaines qualités pour que la limitation qu'elle fonde puisse être réputée « prévue par la loi » : l'accessibilité (126), ainsi qu'une clarté et une prévisibilité suffisantes (127). La Cour ajoute que, s'agissant d'ingérences dans les droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte, il y a lieu de permettre aux personnes « dont les données à caractère personnel sont concernées [de disposer] de garanties suffisantes permettant de protéger efficacement leurs données contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicite de ces données » (128). Toujours à propos des droits garantis par l'article 7, il est encore exigé, dans l'arrêt *Webmindlicenses*, que la base légale « offre une certaine protection contre d'éventuelles atteintes arbitraires de cette administration » (129). On touche ici, sous le véhicule de l'exigence de légalité, à une forme de protection procédurale parallèlement rattachable au principe de proportionnalité ; on y reviendra ci-dessous.

C. – Les limitations doivent répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui

41. L'article 52, paragraphe 1^{er}, pose comme condition substantielle que toute limitation à un droit ou à une liberté consacré dans la Charte poursuive un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union ou la protection des droits et libertés d'autrui.

(125) CJUE, 17 janvier 2019, *Dzivev e.a.*, aff. C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, pt 36.

(126) Concl. av. gén. P. CRUZ VILLALON, du 14 avril 2011, ECLI:EU:C:2011:255, dans l'affaire CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, pts 95 et 96.

(127) CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, pt 81. Voy. pour le surplus S. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 251 et s.

(128) CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, pt 91.

(129) CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, pt 81.

43. Le second objectif auquel peut répondre la limitation d'un droit fondamental renvoie à la situation d'un conflit de droits. L'on vise ici, non seulement l'hypothèse d'une concurrence avec un autre droit garanti par la Charte – l'arrêt *Digital Rights Ireland* évoque ainsi, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le conflit que se joue entre le droit au respect de la vie privée (art. 7 et 8) et le droit à la sûreté (art. 6) –, mais aussi l'affrontement avec l'un ou l'autre droit conféré « hors Charte » par le droit de l'Union général, à l'instar des libertés de circulation (143) qui sont considérées comme ayant « un rang égal » à celui des droits fondamentaux (144). Ainsi, vu l'absence de hiérarchie rigide entre les droits fondamentaux (145), il y a lieu, en cas de conflit, « d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (146), ce qui suppose l'application du principe de proportionnalité (147).

D. – Les limitations doivent respecter le principe de proportionnalité

1. – *Le contenu de l'exigence de proportionnalité*

44. En plus de respecter le contenu essentiel des droits et libertés fondamentaux, d'être prévues par la loi et poursuivre un objectif légitime, l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte requiert que les limitations soient conformes au principe de proportionnalité. Contrairement à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Charte ne contient pas de référence expresse au fait que les limitations doivent être « nécessaires dans une société démocratique », mais la lecture systématique du droit primaire de l'Union et notamment de l'article 2 TUE et du son Titre II relatif aux « principes démocratiques », peut laisser légitimement penser que cet élément de contexte a également sa place

(143) Voy. K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 392 qui cite entre autres CJUE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (relatif au conflit entre les libertés de circulation et d'expression) et CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (relatif au conflit entre les libertés de circulation des services et des marchandises et la dignité humaine), voy. aussi au sujet du conflit entre le droit à la négociation collective et les exigences des libertés du marché intérieur l'arrêt CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426.

(144) Concl. av. gén. V. TRSTENJAK, du 15 juillet 2010, ECLI:EU:C:2010:183, dans l'affaire CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426, pt 81.

(145) Excepté ceux du Titre 1 selon K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*, p. 392.

(146) CJUE, 29 avril 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, pt 68.

(147) St. PEERS et S. PRECHAL, « Article 52 », *op. cit.*, p. 1479.

dans l'ordre juridique de l'Union (148). La Cour de justice y fait d'ailleurs référence dans certains arrêts (149).

45. Trouvant un écho éloquent dans les conclusions rendues respectivement par les avocats généraux Kokott et Saugmandsgaard Øe dans les affaires *G4G Secure Solutions* (150) et *Tele2 Sverige AB* (151), ainsi que dans le récent arrêt *Pologne c. Parlement et Conseil* (152), la recomposition théorique la plus pure du principe de proportionnalité aboutit à y apercevoir trois exigences d'ordre substantiel – *i.e.* portant sur le contenu même de la mesure querellée –, vérifiées en ordre subsidiaire. Il faut d'abord que la mesure soit « appropriée » à la poursuite de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire, qu'elle soit au moins « apte à contribuer » (153) à sa réalisation. La mesure doit, ensuite, être « nécessaire » à la poursuite dudit objectif, ce qui ne peut être le cas « qu'en l'absence de toute autre mesure qui serait aussi appropriée tout en étant moins contraignante » (154). Enfin, et à la supposer « appropriée » et « nécessaire » aux sens prédéfinis, la mesure devra encore être « proportionnée », au sens strict, à la poursuite de l'objectif poursuivi. Pour reprendre les mots de l'avocat général Saugmandsgaard Øe, « une mesure portant atteinte à des droits fondamentaux ne peut être considérée comme proportionnée que si les inconvénients causés ne sont pas démesurés par rapport aux buts visés » (155).

(148) *Ibid.*, p. 1480.

(149) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 79.

(150) Concl. av. gén. J. Kokott, du 31 mai 2016, ECLI:EU:C:2016:382, dans l'affaire CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt 97.

(151) Concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 174.

(152) CJUE, 16 février 2022, *Pologne c. Parlement et Conseil*, aff. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, pt 353 : « À titre liminaire, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ».

(153) *Ibid.*, pt 176. Voy. égal. concl. av. gén. G. HOGAN, du 12 mai 2021, ECLI:EU:C:2021:386, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, pt 129.

(154) *Ibid.*, pt 185.

(155) *Ibid.*, pt 247.

46. Chacune des trois exigences ainsi mises en lumière présente un contenu et une utilité propres dans le raisonnement, en sorte que nulle n'a vocation à s'éclipser derrière l'autre. Comme le souligne l'avocat général Saugmandsgaard Øe,

« À la différence des exigences relatives au caractère approprié et nécessaire de la mesure en cause, lesquelles évaluent son efficacité au regard de l'objectif poursuivi, l'exigence de proportionnalité *stricto sensu* consiste à mettre en balance, d'une part, les avantages résultant de cette mesure au regard de l'objectif légitime poursuivi avec, d'autre part, les inconvénients en découlant au regard des droits fondamentaux consacrés dans une société démocratique [...]. Cette exigence ouvre ainsi un débat sur les valeurs devant prévaloir dans une société démocratique et, en définitive, sur le type de société dans lequel nous souhaitons vivre [...] » (156).

47. Loin s'en faut toutefois que la pratique de la Cour de justice ait présenté – par le passé (157) –, et présente encore – à l'heure actuelle –, la clarté d'une telle recomposition doctrinale. Dans certains cas en effet, la Cour statue sur le respect du principe de proportionnalité sans réel raisonnement (158). Dans d'autres cas – la plupart (159) –, ledit principe est contracté autour des seules exigences de l'appropriation et de la nécessité (160). Ce n'est que plus rarement que l'on voit poindre, en sus, l'exigence de la proportionnalité au sens strict (161), dont la légitimité même fut d'ailleurs contestée avec véhémence, il y a de cela quelques années, par certains auteurs (162). Entre les épures doctri-

(156) *Ibid.*, pt 248. Voy. aussi l'exemple de la note 81 dans les concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

(157) W. VAN GERVEN, « The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community : National Viewpoints from Continental Europe », in E. ELLIS (dir.), *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 37.

(158) CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, aff. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100.

(159) T. VON DANWITZ, « Thoughts on Proportionality and Coherence in the Jurisprudence of the Court of Justice », in P. CARDONNEL, *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart, 2012, p. 373.

(160) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 50 ; CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670, pts 34 et 40 ; CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 46, voy., égal., concl. av. gén. G. HOGAN, du 12 mai 2021, ECLI:EU:C:2021:386, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035, pt 129.

(161) W. VAN GERVEN, « The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community : National Viewpoints from Continental Europe », *op. cit.*, p. 37.

(162) S. VAN DROOGHENBROECK, « Vérité à Luxembourg, erreur à Strasbourg. À propos de certaines plus-values discrètes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 224, note 218.

nales visiblement inspirées du droit public allemand et le *law in action* du prétoire luxembourgeois, il y a donc une importante marge (163). La conclusion n'est pas différente au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quoique l'hésitation ait ici davantage porté, non sur l'exigence de « proportionnalité au sens strict », mais bien sur l'exigence de « nécessité » (164).

48. Les propositions qui précèdent méritent quelques développements et illustrations supplémentaires.

49. L'exigence d'appropriation implique que la restriction du droit fondamental atteigne effectivement le but poursuivi, ou, à tout le moins, contribue à sa réalisation. Ainsi, dans l'arrêt *Volker et Schecke*, la Cour a considéré que la publication des noms des bénéficiaires d'aides financières dans le cadre de la Politique agricole commune participait effectivement aux objectifs (légitimes) d'amélioration de la transparence (165) ainsi que d'utilisation appropriée des fonds publics par l'administration (166). Autre exemple : dans son arrêt *Digital Rights Ireland*, la Cour confirma que la conservation des données était apte à réaliser l'objectif poursuivi par la directive 2006/24 consistant à lutter contre le terrorisme international et la criminalité grave afin de garantir la sécurité publique. L'arrêt *G4S Secure Solutions* considère, quant à lui, que l'interdiction du port de signes convictionnels est apte à poursuivre l'objectif, légitime aux yeux de la Cour, d'assurer une politique de neutralité cohérente et systématique dans une entreprise (167). Au vrai, le constat de l'inadéquation d'une mesure vis-à-vis de l'objectif qu'elle est censée servir, est assez rare dans la jurisprudence de la Cour. Un tel constat peut néanmoins être trouvé dans l'arrêt *Tas Hagen* (168), relatif à la libre circulation, dans lequel fut jugée inappropriée la condition de résidence aux Pays-Bas pour bénéficier d'avantages réservés aux victimes civiles de guerre ayant un lien avec le peuple néerlandais. En effet, estima la Cour, la condition de résidence n'est pas en soi un critère suffisamment indicatif du degré de rattachement à cette société (169).

(163) Voy. M. ARDEN, « Proportionality : the Way Ahead? », *Human Rights and European Law. Building New Legal Orders*, Oxford, OUP, 2015, pp. 56 et s.

(164) Cour EDH, 23 février 2016, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09, § 128. Voy. pour une synthèse récente, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 2019, vol. 7, pp. 41 à 61.

(165) CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 67.

(166) *Ibid.*, pt 69.

(167) CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt 40.

(168) CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, ECLI:EU:C:2006:676.

(169) *Ibid.*, pt 34.

50. La condition de « nécessité » exige pour sa part que les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif visé « n'aill(ent) pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (170). Avec divers auteurs, on constate qu'il s'agit là du critère « dominant » du test de proportionnalité tel qu'appliqué par la Cour de justice (171). Ainsi, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*, la Cour, statuant sur les contours des limitations possibles au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, estima que la réglementation en cause portait atteinte au principe de proportionnalité dès lors que la conservation des données relatives au trafic de tous les moyens de communication électronique de la quasi-totalité de la population européenne, de manière indifférenciée et généralisée, dépassait le « strict nécessaire » pour atteindre l'objectif poursuivi (172). Cette conclusion fut, en substance, confirmée par l'arrêt *Tele2 Sverige AB* (173). Dans l'arrêt *Schwarz*, la Cour eut l'occasion de se prononcer sur la légalité de la vérification d'identité au moyen d'empreintes digitales. Après avoir constaté qu'il s'agissait effectivement d'un moyen approprié pour prévenir l'utilisation frauduleuse des passeports et pour empêcher l'entrée illégale sur le territoire de l'Union, la Cour considéra qu'il s'agissait au surplus d'un moyen nécessaire dans la mesure où il ne semblait pas exister de moyen moins attentatoire aux articles 7 et 8 de la Charte pour parvenir à atteindre le but recherché de manière aussi efficace (174). Enfin, la Cour de justice est prête à juger nécessaire que, dans le souci de préserver une image neutre aux yeux du public, une entreprise interdise à ses employés d'arborer des signes convictionnels, mais à la condition que cette interdiction ne vise, précisément, que ceux desdits employés qui sont en contact avec le public (175). L'exigence de nécessité, ici mise en lumière dans une version très pure, va logiquement jusqu'à imposer à l'employeur le devoir de rechercher des aménagements raisonnables. Selon l'arrêt *Achbita*,

(170) CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 74 ; CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, pt 83. Concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, note 56.

(171) P.-A. VAN MALLEGHEM, *Proportionality and the Erosion of Formalism*, thèse défendue sous la direction de K. LENAERTS et P. LEMMENS, Katholieke Universiteit Leuven, 2016, p. 73.

(172) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 65.

(173) CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

(174) CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670, pts 48 à 53.

(175) CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt 42.

« En l'occurrence, s'agissant du refus d'une travailleuse telle que Mme Achbita de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de G4S, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement. Il incombe à la juridiction de renvoi, eu égard à tous les éléments du dossier, de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire » (176).

51. Ainsi qu'annoncé ci-dessus, l'analyse de la jurisprudence met en lumière l'examen sporadique d'une troisième composante du test de proportionnalité – la proportionnalité *sensu stricto* – impliquant que « les inconvénients causés [par l'ingérence] ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés » (177). On en trouvera une illustration dans l'arrêt *Sky Österreich*, qui concernait la validité de l'article 15 de la directive 2010/12/UE. En effet, cette disposition prévoit en substance que le titulaire de droits exclusifs de retransmission d'événements présentant un grand intérêt pour le public, est tenu de permettre la réalisation de brefs reportages d'actualité à tout autre organisme de radiodiffusion télévisuelle. Après avoir constaté qu'il y allait d'une ingérence dans la liberté d'entreprise du titulaire des droits exclusifs, telle que consacrée à l'article 16 de la Charte, la Cour de justice examina la proportionnalité de la mesure au regard de ses objectifs d'intérêt général, à savoir la préservation de la liberté fondamentale de recevoir des informations et du pluralisme des médias (178). Elle considéra tout d'abord la mesure

(176) *Ibid.*, pt 43.

(177) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 50 ; voy. aussi CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e.a.*, aff. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, pt 13 et les concl. av. gén. dans cette affaire, du 8 mars 1990, ECLI:EU:C:1990:109 ; CJUE, 16 juin 2014, *Gauweiler e.a.*, aff. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, pt 91 ; CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, pt 57 ; concl. av. gén. J. KOKOTT, du 31 mai 2016, ECLI:EU:C:2016:382, dans l'affaire CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt 97 ; concl. av. gén. W. VAN GERVEN, du 11 juin 1991, ECLI:EU:C:1991:249, dans l'affaire CJUE, 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan e.a.*, aff. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:378, pt 27 ; concl. av. gén. M. POIARES MADURO, du 28 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:462, dans l'affaire CJUE, 28 septembre 2006, aff. C-434/04, ECLI:EU:C:2006:609, pts 24 à 26 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, pts 123 à 127 ; CJUE, 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, pt 58 ; concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 246 et note 78 ; CJUE, 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate e.a.*, aff. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193.

(178) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pts 51 et 52.

était apte à garantir ces objectifs étant donné qu'elle permettait à tout organisme de radiodiffusion télévisuelle, quel que soit son pouvoir commercial et sa capacité financière, de réaliser effectivement de brefs reportages d'actualité et d'ainsi informer le public sur des événements d'un grand intérêt (179). La Cour examina ensuite la nécessité de la réglementation en cause et conclut qu'une mesure moins contraignante n'aurait pas pu atteindre ce but de manière aussi efficace (180). La Cour finalisa son raisonnement par l'examen de la proportionnalité au sens strict de la mesure, en mettant en balance les exigences de la liberté d'entreprise, d'une part, et le souci de préserver la liberté de recevoir des informations et le pluralisme des médias, d'autre part (181). Elle conclut en l'occurrence que le nécessaire équilibre des droits et intérêts concernés avait été atteint par le législateur, compte tenu notamment du fait que les titulaires de droits exclusifs pouvaient obtenir une indemnisation financière suite à l'exploitation par d'autres organismes de leurs droits (182). Il semble que l'étape de la proportionnalité *sensu stricto* se détache explicitement ici en raison du conflit entre droits fondamentaux (183) que doit trancher la Cour de justice. Pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt, « [l]orsque plusieurs droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union sont en cause, l'appréciation de l'éventuel caractère disproportionné d'une disposition du droit de l'Union doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits et libertés et d'un juste équilibre entre eux » (184).

52. Pareille application méthodique du triptyque *appropriation – nécessité – proportionnalité* *sensu stricto* est également à l'œuvre dans l'arrêt *K*, relatif à la mise en rétention de demandeurs d'asile, prévue par la directive 2013/32/UE (185) aux fins d'en établir l'identité (186). Considérant, dans un premier temps, que la détention d'un demandeur d'asile est de nature à faciliter la récolte de certaines

(179) *Ibid.*, pt 53.

(180) *Ibid.*, pt 55.

(181) *Ibid.*, pt 59.

(182) *Ibid.*, pt 66.

(183) La troisième étape du test de proportionnalité est néanmoins également parfois omise dans la situation de conflits de droits fondamentaux, voy. par ex., CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 45.

(184) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 60 et références citées.

(185) Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, *JOUE*, L 180 du 29 juin 2013, p. 96, art. 8.

(186) CJUE, 14 septembre 2017, *K*, aff. C-18/16, ECLI:EU:2017:680, pt 35.

informations qui ne pourraient pas être obtenus sans ce placement, la Cour de justice la jugea apte à assurer le bon fonctionnement du système d'asile commun (187). Elle examina ensuite sa nécessité et souligna que la disposition querellée est limitée au strict nécessaire dans la mesure où la mise en rétention ne peut s'envisager qu'en présence de certains motifs particuliers et qu'elle doit être la plus brève possible (188). Enfin, la limitation n'est, aux yeux de la Cour pas démesurée par rapport à l'objectif poursuivi étant donné qu'elle « procède d'une pondération équilibrée entre l'objectif d'intérêt général poursuivi [...] et l'ingérence dans le droit à la liberté occasionnée par une mesure de rétention » (189).

53. Le raisonnement en « trois temps » des arrêts *Sky Österreich et K* ne constitue pas, toutefois, le modèle unique, ni même dominant, du contrôle de proportionnalité mené par la Cour de justice. Une partie des observateurs souligne en effet que la Cour ne distingue pas de manière constante les deux dernières composantes de ce test (190). Ainsi, dans son arrêt *Volker et Schecke*, c'est sous visa du contrôle de la « nécessité » de la mesure de publication des bénéficiaires d'aides financières que la Cour vérifia que la législation réalisait « une pondération équilibrée entre l'intérêt de l'Union à garantir la transparence de ses actions et une utilisation optimale des fonds publics, d'une part, et l'atteinte au droit des bénéficiaires concernés au respect de leur vie privée, en général, et à la protection de leurs données à caractère personnel, en particulier, d'autre part » (191).

2. – L'intensité du contrôle

54. La Cour de justice semble considérer que les modalités d'application du test de proportionnalité diffèrent en fonction du droit ou de la liberté limité. Ainsi, elle souligna dans l'arrêt *Sky Österreich* que la liberté d'entreprise « ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société » (192), et que, eu égard à ce caractère non-absolu et « au libellé

(187) *Ibid.*, pt 39.

(188) *Ibid.*, pts 42 à 46.

(189) *Ibid.*, pt 47.

(190) K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2011, p. 143 et T. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. ELLIS (dir.), *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, *op. cit.*, p. 68.

(191) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pt 77.

(192) CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, pt 85.

de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique » (193). « Cette circonstance », poursuit la Cour, « trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, paragraphe 1^{er}, de la Charte » (194). La géométrie variable du contrôle de proportionnalité est également suggérée par l'arrêt *Digital Rights Ireland*, dans lequel la Cour a précisé que l'étendue du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union pouvait varier selon, entre autres, la « nature » du droit en cause garanti (195). En l'occurrence, le même arrêt affirme que, compte tenu du rôle important que joue la protection des données à caractère personnel au regard du droit fondamental à la vie privée, le pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union était réduit et qu'il convenait dès lors d'opérer un contrôle « strict » du respect du principe de proportionnalité (196). D. Sarmiento conclut, sur base de cette jurisprudence, que le droit à la vie privée constitue un « super » droit fondamental (197). Les limitations au droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte, à l'instar des placements en rétention des personnes demandant la protection internationale, sont également soumises à un contrôle strict de la proportionnalité (198). Il en va de même des différences de traitement fondées sur la race ou l'origine ethnique (199). La prise en compte de la « nature du droit » pour définir l'intensité du contrôle nous semble avoir été confirmée par

(193) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 46.

(194) *Ibid.*, pts 45 à 47 ; À noter toutefois, comme le soulignent St. Peers et S. Prechal (« Article 52 », *op. cit.*, p. 1471) que la Cour n'a plus fait cette distinction dans son arrêt *Alemo-Herron* relatif à une mesure nationale limitant l'article 16, où elle fit une application classique du principe de proportionnalité, CJUE, 18 juillet 2013, *Alemo-Herron e.a.*, aff. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521. La Cour mobilisa toutefois à nouveau ce raisonnement dans ses arrêts CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:97, ainsi que CJUE, 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:1035.

(195) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 4 ; il semble également dépendre du domaine concerné, de la nature et la gravité de l'ingérence ainsi que la finalité poursuivie par celle-ci.

(196) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, pt 48. Voy. égal. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 96.

(197) D. SARMIENTO, « What Schrems, Delvigne and Celaj tell us about the state of fundamental rights in the EU », *Verfassungsblog*, 16 octobre 2015.

(198) CJUE, 15 février 2016, *N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84.

(199) CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, pt 112.

l'arrêt rendu dans l'affaire *La Quadrature du Net*, où la Cour a souligné que dans le cadre de son appréciation, il y a lieu « de tenir compte également de l'importance des droits consacrés aux articles 3, 4, 6 et 7 de la Charte et de celle que revêtent les objectifs de protection de la sécurité nationale et de lutte contre la criminalité grave en contribuant à la protection des droits et des libertés d'autrui » (200). Outre l'importance du droit concerné, il y a donc également lieu de prendre en compte l'objectif poursuivi par la restriction. A cet égard, selon la Cour « l'objectif de sauvegarde de la sécurité nationale, lu à l'aune de l'article 4, paragraphe 2, du TUE [...] dépasse notamment celle des objectifs de lutte contre la criminalité en général, même grave, ainsi que la sécurité publique » (201).

55. Il apparaît par ailleurs que l'intensité du contrôle de proportionnalité dépend du domaine concerné (202). Ainsi, la Cour de justice considère que le législateur européen jouit d'un « large pouvoir d'appréciation dans les domaines où son action implique des choix de nature tant politique qu'économique ou sociale, et où il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes » (203). Il en résulte que seule une ingérence manifestement disproportionnée peut être sanctionnée, notamment dans le domaine de la PAC, lorsque le législateur exerce ses prérogatives en vertu des articles 40 à 43 TFUE (204). Un « large pouvoir d'appréciation » est également concédé au législateur européen dans la politique du handicap, où des différences de traitement sont fondées sur des appréciations complexes d'ordre médical (205). En conséquence, le contrôle de la Cour devra « [s'y] limiter à examiner si l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si ledit législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation » (206).

(200) CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. jtes C-511/18, C-512/18 et C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, pt 122.

(201) *Ibid.*, pt 136.

(202) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, pt 47. Voy. égal. S. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, op. cit., pp. 451 et s.

(203) CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, pt 52 ; voy. égal., CJUE, 9 juillet 2020, *Haswani c. Conseil*, aff. C-241/19 P, ECLI:EU:C:2020:545, pt 99. Voy. encore CJUE, 16 février 2022, *Pologne c. Parlement et Conseil*, aff. C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, pt 353.

(204) CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303, pt 22 et CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, pt 48.

(205) CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, pt 52.

(206) *Ibid.*

56. Également perceptible dans l'arrêt *Connolly* (207), ce « *judicial self restraint* » observé dans le jugement de la validité des actes de l'Union n'est pas sans rappeler la « marge nationale d'appréciation » que la Cour de justice, sur le modèle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, concède parallèlement dans certaines hypothèses aux États membres dont elle contrôle les actes (208). Songeons (209), sur ce point, aux arrêts *Omega* (210), *Sayn-Wittgestein* (211), ou encore, *Bogendorff von Wolffersdorff* (212), ou encore, *SM* (213). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Achbita*, l'avocat général Kokott, s'exprimant à propos du port de signes convictionnels par une travailleuse, soulignait encore que « dans un cas comme le cas d'espèce, le contrôle de proportionnalité est une affaire délicate dans laquelle la Cour, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour EDH relative aux articles 9 et 14 de la CEDH [...], devrait reconnaître aux autorités nationales – en particulier aux juridictions nationales – une certaine marge d'appréciation, dont celles-ci peuvent faire usage en respectant strictement les règles du droit de l'Union. Il ne faut pas nécessairement que Luxembourg impose sur ce point une solution uniforme à l'ensemble de l'Union » (214). C'est très exactement ce qu'affirme la Cour de justice dans son arrêt *WABE*, qui porte également sur la question du port de signes convictionnels au travail. Selon la Cour, la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (215) « laisse une marge d'appréciation aux États membres, compte tenu de la diversité de leurs approches quant à la place qu'ils accordent, en leur sein, à la religion ou aux convictions ». Cette déférence n'implique néanmoins pas l'existence d'un blanc-seing, dans la mesure où elle va « de pair avec un contrôle, incombant au juge de

(207) CJCE, 6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, aff. C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127, pt 49 par renvoi à la CEDH.

(208) F.J. MENA PARRAS, « From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the margin of appreciation concept into EU law », *Working Papers Series*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, WP 2015/7.

(209) Voy. encore CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972. La concession d'une marge d'appréciation apparaît clairement, dans cet arrêt, comme la base d'une présomption de nécessité des mesures adoptées par l'État, pt 93.

(210) CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, pt 31.

(211) CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, pt 87.

(212) CJUE, 2 juin 20016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, aff. C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401, pt 68.

(213) CJUE, 26 mars 2019, *SM (Enfant placé sous kafala algérienne)*, aff. C-129/18, ECLI:EU:2019:248.

(214) Concl. av. gén. J. KOKOTT, du 31 mai 2016, ECLI:EU:C:2016:382, dans l'affaire CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt 99.

(215) *JOUE*, 2000, L 303, p. 16.

l'Union, consistant notamment à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et si elles sont proportionnées » (216) (sur cette jurisprudence, voy., da manière plus approfondie, le commentaire de Gérard Gonzalez à propos de l'article 10 dans le présent ouvrage).

57. Le rapprochement entre la « retenue » du contrôle juridictionnel des actes de l'Union et la concession d'une marge d'appréciation au profit des États, ainsi que les conclusions qu'il faut tirer de ce rapprochement quant à l'identité – ou tout au contraire, à la différence – d'intensité du contrôle de proportionnalité mené de part et d'autre, sont sources de perplexité et de controverses (217). Il est vrai que la doctrine de la « marge nationale d'appréciation » ne peut être transposée telle quelle à des rapports « horizontaux » noués, au sein d'un seul et même ordre juridique, entre l'auteur d'une norme et le juge qui en contrôle la validité – en l'occurrence, le législateur européen et la Cour de justice. Comme la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même l'a souligné dans son arrêt *A et autres c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, « la théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne » (218). Il n'en demeure pas moins que, même dans ces rapports « horizontaux », toute une série de facteurs – tenant par exemple à la complexité de la matière – peuvent et, le cas échéant, doivent conduire la Cour de justice à estimer que l'autorité européenne dont il contrôle les actes est *a priori* en « meilleure position » que lui-même pour poser les appréciations utiles, et, en conséquence, à observer une « retenue » d'ampleur équivalente à celle que commanderait, dans un rapport « vertical », la doctrine de la marge nationale d'appréciation. Le fondement diffère, les mots pour le dire ne sont pas les mêmes, mais le résultat concret peut finalement être identique. Partant, il n'y a selon nous pas de raison de conclure que l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé sur les actes de l'Union serait par principe, *a priori*, plus ou moins accentuée que celle du contrôle de proportionnalité exercé sur les actes des

(216) CJUE, 15 juillet 2021, *WABE*, aff. jtes C-804/18 et C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594, pt 86.

(217) Voy. et comp. T. TRIDIMAS, *General Principle of EU law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2006, Chapter 3 ; S. U. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, op. cit., p. 16 ; S. PEERS et S. PRECHAL, « Article 52 », op. cit., pp. 1480 et s.

(218) Cour EDH, 19 février 2009, *A e.a. c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05, pt 184.

États (219). La seule différence de principe entre ces deux contrôles est le « lieu » où il s'exerce. S'agissant des actes de l'Union, il reviendra par définition en monopole à la Cour de justice (220). Par contre, le contrôle de proportionnalité exercé sur les actes des États sera, dans certaines hypothèses, intégralement exercé par la Cour de justice (221), et, dans d'autres hypothèses, renvoyé par celle-ci à la compétence du juge national (222) sans pour autant que ce changement d'attitude ne puisse toujours être rationnellement expliqué.

3. – La « procéduralisation » du contrôle de proportionnalité

58. Quels que soient les mots qui la désignent, l'existence d'une large marge d'appréciation dans le chef du législateur n'implique pas une absence totale de contrôle de proportionnalité. Par contre, et en pareilles hypothèses, ce contrôle apparaîtra parfois plus « formel », ou encore, « procédural », que « substantiel », en ce sens qu'il s'attachera tout autant, sinon davantage, à la qualité du processus décisionnel suivi qu'au contenu de la décision finalement adoptée. Ici encore, s'aperçoit un phénomène qui est également à l'œuvre, depuis quelques années, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (223). Ainsi et par exemple, dans l'affaire *Schaible* qui concernait l'établissement d'un système d'identification et d'enregistrement de certains animaux dans le but d'empêcher la propagation de maladies infectieuses en matière de PAC, la Cour de justice conclut à l'absence d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise (art. 16 de la Charte) en mettant en avant le fait que réglementation en cause était fondée sur

(219) Concl. av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, du 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, pt 191 : « il est, à mon avis, impossible d'interpréter les dispositions de la Charte différemment selon que le régime en cause a été établi au niveau de l'Union ou au niveau national [...] ».

(220) CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

(221) CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771.

(222) CJUE, 29 avril 2015, *Léger*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288.

(223) Pour un exemple tout à fait significatif en matière de liberté d'expression, voy. Cour EDH (GC), 17 mai 2016, *Karacsony e.a. c. Hongrie*, req n° 44461/13 et 44357/13, § 133 ; Cour EDH, 23 février 2016, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09, § 116, c). Voy. e.a. K. PANAGOU LIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011 et E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RTDH*, 2007, pp. 397 à 425 ; M. BEJER, « Procedural Fundamental Rights Review by the Court of Justice of the European Union », in J. GERARDS and E. BREMS (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Right Cases*, Cambridge, CUP, 2018, pp. 177 à 209 ; S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *op. cit.*, pp. 51 et s.

différentes études commandées notamment par la Commission (224). Bien que celui-ci n'ait pas explicitement mis en jeu un droit garanti par la Charte (225), l'arrêt *Vodafone* illustre également cette « procéduralisation » du principe de proportionnalité qui s'opère en présence d'une large marge d'appréciation concédée à l'auteur de la norme litigieuse. En l'occurrence, l'absence de violation de ce principe fut affirmée, entre autres au départ du constat que l'impact de cette norme avait, au moment de son adoption, fait l'objet d'analyses approfondies de la part de la Commission (226). Dans l'affaire *Glatzel*, le fait que le législateur ait suivi les recommandations d'un groupe de travail mis en place pour examiner les valeurs minimales en matière d'acuité visuelle nécessaires pour conduire un véhicule afin de préserver les impératifs de sécurité routière, a conduit la Cour à confirmer la validité de la différence de traitement basée sur l'existence ou non d'un handicap visuel dans l'autorisation ou non de conduire un véhicule à moteur (227).

59. Cette « procéduralisation » de l'exigence de proportionnalité n'est cependant pas cantonnée aux seules hypothèses où l'auteur de la mesure jouit d'une large marge d'appréciation. Ainsi, dans l'arrêt *Volker et Schecke*, qui concernait une ingérence dans le droit de la vie privée, la Cour s'est entre autres penchée sur l'absence d'examen, par le Conseil et la Commission, de la disponibilité de mesures moins restrictives pouvant atteindre de manière équivalente le but recherché, en l'espèce l'amélioration de la transparence dans l'utilisation de fonds publics (228). La Cour constata ainsi que, contrairement à la situation qui présidait à l'arrêt *Vodafone* ci-avant examiné, ni la Commission ni le Conseil n'avaient correctement exécuté le travail préparatoire requis avant de décider une ingérence dans un droit fondamental (229).

60. La « procéduralisation » de l'exigence de proportionnalité se matérialise, enfin, dans l'examen de la disponibilité de voie(s) de recours permettant de quereller l'ingérence dénoncée (230). Ainsi, un des

(224) CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, pt 57.

(225) Voy. par ex., quoiqu'ici encore sans mise en jeu d'un droit garanti par la Charte, CJUE, 31 mars 1993, *Kraus c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, pt 40 (exigence d'un recours de nature juridictionnelle déduite du principe de proportionnalité).

(226) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, pts 55 et 65.

(227) CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, pts 63 à 72.

(228) CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, pt 83.

(229) K. LENAERTS, « The European Court of Justice and Process-Oriented Review », *Yearbook of European Law*, 2012, p. 12.

(230) Recours dont l'effectivité sera elle-même dépendante de l'existence d'une motivation formelle des décisions entreprises : voy. CJUE, 8 mai 2019, *PI*, aff. C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383,

arguments versés au crédit de la proportionnalité de l'interdiction de vote d'un condamné dans l'affaire *Delvigne*, tenait au fait que le droit national en cause « offr[ait] la possibilité à une personne se trouvant dans la situation de M. Delvigne de demander et d'obtenir le relèvement de la peine complémentaire de dégradation civique conduisant à la privation de son droit de vote » (231).

pts 78 et 79.

(231) CJUE, 6 octobre 2015, *Delvigne*, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, pt 5 ; voy. aussi CJUE, 31 mars 1993, *Kraus c. Land Baden-Württemberg*, aff. C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, pt 40.