

ARTICLE 52-1.

LIMITATIONS AUX DROITS GARANTIS

par

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Assesseur au Conseil d'État de Belgique

et

Cecilia RIZCALLAH

Aspirante F.N.R.S.

Université Saint-Louis – Bruxelles et Université libre de Bruxelles

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.
2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. (...)

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. 197-240

- 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. 658-688
- COLELLA, S. U., « The Consistency Requirement between the ECHR and the EU Charter in the Context of Limitations of Fundamental Rights », *Geneva Jean Monnet Working Paper*, 14/2016
- ELLIS, E. (ed.), *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. 158-185
- JACQUÉ, J.-P., « Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stelios Perrakis*, à paraître
- LENAERTS, K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 375-403
- PEERS, S., « Taking Rights Away? Limitations and Derogations in The EU Charter of Fundamental Rights », in PEERS, S. et WARD, A., *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 141-179
- PEERS, S. et PRECHAL, S., « Article 52 », in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J. et WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights : a commentary*, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014, pp. 1455-1521
- TRIANTAFYLLOU, D., « The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law" : Restricting Fundamental Rights by Reference », *CML Rev.*, 2002, pp. 53-64
- 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
- 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.....	1085
I. – CHAMP D'APPLICATION.....	1085
A. – Les droits absolus.....	1086
B. – Les régimes particuliers	1087

II. – CONDITIONS DE VALIDITÉ DES LIMITATIONS.....	1088
A. – Les limitations doivent respecter le contenu essentiel du droit fondamental.....	1088
B. – Les limitations doivent être prévues par la loi.....	1093
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	1099
D. – Les limitations doivent respecter le principe de proportionnalité	1100

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) – opté pour la consécration des conditions de limitation des droits et libertés de l'Union européenne dans une seule disposition d'application horizontale.

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

3. Ce régime transversal a cependant une portée « subsidiaire » (4). 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).

A. – Les droits absolus

4. À l'instar de ce qui prévaut dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (5), 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 (6). 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 (7). K. Lenaerts soutient par ailleurs que cette inviolabilité concerne tout le Chapitre premier, et donc également – ce qui est sans doute plus discutable – l'interdiction du travail forcé (8). 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 (9).

(4) 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.

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

(6) *Explications* ad article 5.

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

(8) 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.

(9) 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. À notre estime, il y a également lieu 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* (10). 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) (11), 23(2) (12), 39 (13), 40 (14), 41(3) (15) et (4) (16), 42 (17), 43 (18), 44 (19), 45(1) (20) et 46 (21) font ainsi expressément référence à l'article 52, paragraphe 2, de la Charte, de manière toutefois non exhaustive (22). 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 que met en avant l'article 52, paragraphe 1^{er}, précité (23). 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

(10) K. LENAERTS, « Exploring... », *op. cit.*, p. 394.

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

(12) 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.

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

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

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

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

(17) Droit d'accès aux documents.

(18) Médiateur européen.

(19) Droit de pétition.

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

(21) Protection diplomatique et consulaire.

(22) 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. l'arrêt CJUE, 14 juillet 2013, *Gardella*, aff. C-233-12 ECLI:EU:2013:449, point 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.

(23) 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.

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

6. Faisant écho à la jurisprudence classique de la Cour de justice⁽²⁴⁾ 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 (...) »⁽²⁵⁾, l'article 52, paragraphe 1^{er}, consacre l'idée d'une « limite des limites » (*Schranken der Schranken*)⁽²⁶⁾ en prohibant *a priori* toute restriction qui porterait atteinte au « contenu essentiel » d'un droit fondamental⁽²⁷⁾. 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⁽²⁸⁾.

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⁽²⁹⁾ de cette notion dans

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

(25) CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, point 14.

(26) 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.

(27) 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. arrêt du 28 mai 2013, aff. T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273, point 81.

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

(29) Voy. encore les autres exemples cités in M. BOROWSKY, op. cit., p. 788.

la Loi fondamentale allemande(30), dans la Constitution suisse(31), ou encore, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme(32).

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(33). 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 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(34). 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.

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(35). L'analyse de la jurisprudence de Strasbourg révèle toute-

(30) Article 19, paragraphe 2.

(31) Article 36.

(32) Cour EDH, arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects de du régime linguistique belge »*, req. n° 1474/62 et Cour EDH, arrêt du 23 septembre 1982, *Arrêt 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*, *op. cit.*, p. 350.

(33) Voy. T. KINGREEN, « Art. 52 GrCh », C. CALLIÉS et M. RUFFERT (dir.), *EUV/AUEV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 5^e éd., München, C.H. Beck, 2016, pp. 2982-2983.

(34) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 352.

(35) T. OJANEN, *op. cit.*, p. 322 et S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, p. 357.

fois que la Cour européenne des droits de l'homme n'applique pas méthodiquement cette prémisse théorique (36), 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 (37).

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'art. 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 et J. Salteur relative à l'art. 16).

12. Ainsi, 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 (38). 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 (39).

13. La Cour de justice y fit par contre elle-même référence (40) dans son arrêt *Digital Rights Ireland* (41), 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 four-

(36) Voy. en effet, de manière très significative, les opinions concordantes des juges Ress et Costa sous Cour EDH, arrêt du 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.

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

(38) CJUE, conclusions de l'avocat général V. Trstenjak, présentées le 22 septembre 2011, *N.S.*, aff. C-411/10, ECLI:EU:C:1974:51, point 162.

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

(40) Voy. par exemple CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, point 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 ».

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

nisseurs 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 » (42). 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 illécite, la perte ou l'altération accidentelle des données (43). 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.

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* (44) 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 » (45). 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 » (46). 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

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

(43) *Ibid.*, point 40.

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

(45) *Ibid.*, point 92.

(46) *Ibid.*, point 94.

n'apparaît en effet, dans un tel raisonnement, que comme un produit dérivé de l'exigence de proportionnalité (47). 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 » (48). À ce stade, il ne fut plus – ou en tout cas plus explicitement – question de proportionnalité de la limitation.

15. 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 (49), 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 » (50).

16. 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 (51). 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 » (52). 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

(47) Comp. T. OJANEN, *op. cit.*, p. 325. Voy. également CJUE, 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, ECLI:EU:C:2000:202, point 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).

(48) *Ibid.*, point 95.

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

(50) CJUE, 18 juillet 2013, *Mark Alemo-Herron*, aff. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, point 34.

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

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

la durée de la peine (53). Le raisonnement ici tenu par la Cour semble s'orienter vers une conception plus « institutionnelle » que « subjective » de l'intangibilité de la substance d'un droit (54). 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 (55). Les précédents évoqués ci-dessus (*Schrems...*) ne démentent pas le ralliement de la Cour à cette approche « institutionnelle » (56) ; convenons cependant qu'elle 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...

B. – Les limitations doivent être prévues par la loi

17. 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 (57), excepté dans les cas où elle appliquait directement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (58). 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 (59).

(53) *Ibid.*, point 39.

(54) Sur la différence entre approche institutionnelle et subjective, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 370 et s.

(55) 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.

(56) Voy. ég. CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, point 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 (...) ».

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

(58) CJUE, 6 mars 2001, *Connolly*, aff. C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127, point 40.

(59) CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*, 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 Schecke*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, point 66 ; Trib. UE, 29 novembre 2012, *Thesing*, aff. T-590/10, ECLI:EU:T:2012:635, point 76 ; Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi*, aff. T-187/11, ECLI:EU:T:2013:273, point 79.

18. 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 que dans la sphère juridique interne des États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

19. L'arrêt *Knauf Gips c. Commission* (60) confirme que, dans la première sphère ainsi visée, une base légale est nécessaire pour limiter les droits fondamentaux. 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 » (61).

20. 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, ou – s'agissant cette fois-ci de la sphère nationale –, à un acte issu de la délibération d'une assemblée législative. Une réponse affirmative impliquerait un standard plus strict que celui qui prévaut dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. À ce niveau en effet, et sous réserve de quelques hésitations (62), 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 (63).

21. 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 (64),

(60) CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Knauf Gips*, aff. C-407-08, ECLI:EU:C:2010:389, point 91.

(61) K. LENAERTS, « Exploring... », *op. cit.*, p. 389.

(62) 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, arrêt du 9 septembre 2013, *Oleksander Volkov c. Ukraine*, req. n^o, § 150.

(63) Cour EDH, arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n^o 6538/74, §§ 47 à 49.

(64) 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.

adoptée par le biais de la procédure de réglementation avec contrôle visant à compléter le Code Frontières Schengen⁽⁶⁵⁾. 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⁽⁶⁶⁾.

22. 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 »⁽⁶⁷⁾.

23. 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. En sa généralité, pareille conclusion serait toutefois 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⁽⁶⁸⁾. 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⁽⁶⁹⁾. La Cour de justice a d'ailleurs confirmé cette lecture utile des traités en admettant qu'un règlement⁽⁷⁰⁾ 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⁽⁷¹⁾ – lequel prévoit uniquement l'information du Parlement européen – et non en

(65) 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.

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

(67) CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, point 51.

(68) S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1471.

(69) Article 24 TUE.

(70) 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.

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

usant de la procédure législative ordinaire qui aurait pu être mobilisée en fondant le règlement sur l'article 75 du TFUE (72). 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} (73). 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 (74).

24. Hors cependant des hypothèses précises où le traité autoriserait lui-même une restriction aux droits et libertés par les actes qu'il désigne, faut-il retenir, au titre d'un régime de « droit commun », l'exigence d'un « acte législatif » pour permettre – éventuellement par délégation (75) – à une institution ou un organe de l'Union de limiter les droits et libertés garantis par la Charte ? La doctrine n'est pas unanime à ce propos. Selon K. Lenaerts (76) et J.-P. Jacqué (77), 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. Selon S. Peers et S. Prechal par contre, un acte législatif au sens de l'article 289 TFUE ne serait pas nécessairement requis, sauf en cas d'ingérence grave (78).

25. On remarquera par ailleurs 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, 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 (79).

(72) 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.

(73) 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.

(74) Trib. UE, 28 mai 2013, *Trabelsi*, aff. T-187/11, ECLI:ECLI:EU:T:2013:273, point 79.

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

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

(77) J.-P. JACQUÉ, « Les limitations aux droits fondamentaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stelios Perrakis*, à paraître.

(78) S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 1472-1473, Voy. en ce sens, les conclusions de l'avocat général dans les aff. jtes C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:572, point 101.

(79) CJUE, 27 mai 2014, *Spacic*, aff. C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586, point 57.

26. Si l'hésitation reste permise, à ce stade, s'agissant du sens de la « légalité » dans la sphère de l'Union, la Cour de justice s'est par contre prononcée de manière relativement univoque sur la portée des mêmes stipulations lorsqu'elles sont rapportées à la sphère *nationale* de mise en œuvre du droit de l'Union. La conception strasbourgeoise souple – *i.e.*, la seule exigence d'une loi au sens matériel – semble ici avoir été retenue (80). Dans son arrêt *Léger* (81), la Cour de justice a ainsi 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 (82). Il s'agissait, en l'occurrence, d'une contre-indication permanente au don de sang pour les homosexuels. Par ailleurs, c'est en référence explicite à la 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 (83). Selon l'avocat général Saugmandsgaardøe, 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 (84). Et l'avocat général d'affirmer, à la suite de S. Peers (85) que, « 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 » (86)

(80) Comp. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire C-70/10, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:255, point 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.

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

(82) *Ibid.*, point 53.

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

(84) Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe dans les aff. jtes C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, *Tele2 Sverige*, points 135 et s., ECLI:EU:C:2016:572, point 101. 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, les conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe dans l'aff. C-528/15, 10 novembre 2016, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2016:865, points 59 et s. Voy. la contribution d'A. Bailleux dans le présent livre.

(85) S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 1472-1473.

(86) Voy. également en ce sens, conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe dans les aff. jtes C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:572, points 137 et s.

(voy., à ce sujet, la contribution par A. Bailleux dans cet ouvrage qui arrive à la même conclusion à l'appui de l'art. 52, § 3, de la Charte). On ajoutera que cette manière de raisonner, *a priori* indifférente à l'identité de la « source formelle » de la norme limitative de liberté, est 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 (87). La question se posera cependant de savoir si, en toute logique, les mêmes termes de l'article 52 peuvent avoir une portée différente selon qu'ils s'adressent aux États membres ou aux institutions de l'Union. Si la Charte est indifférente à la nature de l'*instrumentum* choisi par les premiers pour limiter les droits fondamentaux, comment expliquer, et surtout, justifier, qu'il en aille autrement lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité des actes adoptés par les secondes (88) ?

27. Passées ces incertitudes qui affectent sa nature même, il apparaît clairement que ladite « base légale », 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 (89), ainsi qu'une clarté et une prévisibilité suffisantes (90). 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 illicites de ces données » (91). 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 » (92). On touche ici, sous le véhicule de l'exigence

(87) J.-P JACQUÉ, *op. cit.*, à paraître.

(88) L. BURGOGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 667.

(89) Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire C-70/10, 14 avril 2011, *Scarlet Extended*, ECLI:EU:C:2011:255, points 95 et 96.

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

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

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

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

28. 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.

29. La notion « d'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union » a une étendue considérable(93). Ne sont en effet pas seulement visés les objectifs d'intérêt général « de » l'Union, mais plus largement tous ceux qui sont « reconnus » par celle-ci(94). Cela recouvre à la fois les objectifs cités à l'article 3 du TUE, mais aussi des objectifs reconnus par des dispositions spécifiques dont certaines sont visées dans les explications relatives à l'article 52. Ont ainsi, entre autres, été considérés comme des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union : l'instauration d'une organisation commune de marché(95), la sécurité internationale(96), l'objectif d'intérêt général fondamental pour la communauté internationale de mettre un terme à un état de guerre impliquant des violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire(97), l'amélioration de la transparence(98), la protection de la santé publique(99), ou encore, la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave(100). Sont également visés des intérêts nationaux tels que reconnus par les traités, à l'instar de la sécurité nationale et de l'ordre public(101). Par contre, il ressort en substance de l'arrêt *AGET Iraklis* que « des motifs de nature purement économique, tels

(93) L. BURGOGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 670.

(94) S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1475.

(95) CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. C-44/79, ECLI: ECLI:EU:C:1979:290, points 24, 25, 28 et 30.

(96) CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461, point 363.

(97) CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, ECLI:EU:C:1996:312, point 26.

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

(99) CJCE, 29 avril 1999, *Standley et autres*, aff. C-293/97, ECLI:EU:C:1999:215, point 56.

(100) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 42.

(101) CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, point 53.

que, notamment, la promotion de l'économie nationale ou le bon fonctionnement de celle-ci » ne sauraient justifier une limitation aux droits garantis par la liberté d'entreprendre (102).

30. 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 (103) qui sont considérées comme ayant « un rang égal » à celui des droits fondamentaux (104). Ainsi, vu l'absence de hiérarchie rigide entre les droits fondamentaux (105), il y a lieu, en cas de conflit, « d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (106), ce qui suppose l'application du principe de proportionnalité (107).

D. – Les limitations doivent respecter le principe de proportionnalité

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

31. 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

(102) CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, points 70 *juncto* 72.

(103) Voy. K. LENAERTS, « Exploring... », *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.

(104) Conclusions de l'avocat général Trstenjak, présentées le 15 juillet 2010 dans l'affaire CJUE, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, ECLI:EU:C:2010:183, point 81.

(105) Excepté ceux du Titre 1 selon K. LENAERTS, « Exploring... », *op. cit.*, p. 392.

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

(107) S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1479.

« 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 dans l'ordre juridique de l'Union (108). La Cour de justice y fait d'ailleurs référence dans certains arrêts (109).

32. Trouvant écho dans les récentes conclusions rendues respectivement par les avocats généraux Kokkott et Saugmandsgaardøe dans les affaires *Achbita* (110) et *Tele2 Sverige AB* (111), la reconstitution 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 » (112) 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 » (113). 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 Saugmandsgaardøe, « 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 » (114).

33. Chacune des trois exigences ainsi mise 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 Saugmandsgaardøe,

« 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

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

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

(110) Conclusions de l'avocat général Kokkott, présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, point 97.

(111) Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe, présentées le 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, *Tele2 Sverige AB*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572, point 174.

(112) *Ibid.*, point 176.

(113) *Ibid.*, point 185.

(114) *Ibid.*, point 247.

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 (...) » (115).

34. Loin s'en faut toutefois que la pratique de la Cour de justice ait présenté – par le passé (116) –, 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 (117). Dans d'autres cas, ledit principe est contracté autour des seules exigences de l'appropriation et de la nécessité (118). Ce n'est que plus rarement que l'on voit poindre, en sus, l'exigence de la proportionnalité au sens strict (119), dont la légitimité même fut d'ailleurs contestée avec véhémence, il y a de cela quelques années, par certains auteurs (120). Entre les épures doctrinales visiblement inspirées du droit public allemand et le *law in action* du prétoire luxembourgeois, il y a donc une importante marge (121). 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 » (122).

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

36. L'exigence d'appropriation implique que la restriction du droit fondamental atteigne effectivement le but poursuivi, ou, à tout le

(115) Voy. aussi l'exemple de la note 81 des conclusions de l'avocat général du 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, *Tele2 Sverige AB*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572.

(116) 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 (ed.), *The principle of proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 37.

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

(118) CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Schecke*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, point 50; CJUE, 17 octobre 2013, *Schwarz*, aff. C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670, points 34 et 40; CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 46.

(119) W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 37.

(120) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 224, note 218.

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

(122) Cour EDH, arrêt du 23 février 2016, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09, § 128.

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 (123) ainsi que d'utilisation appropriée des fonds publics par l'administration (124). 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. Au vrai, le constat de l'inadéquation d'une mesure vis-à-vis de l'objectif qu'elle est censé servir, est assez rare dans la jurisprudence de la Cour. Un tel constat peut néanmoins être trouvé dans l'arrêt *Tas Hagen* (125), relatif à la libre circulation, dans lequel fut jugée inappropriée la condition de résidence aux Pays-Bas pour bénéficiaire 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 (126).

37. La condition de « nécessité » exige pour sa part que les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif visé « n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (127). 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 (128). 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

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

(124) *Ibid.*, point 69.

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

(126) *Ibid.*, point 34.

(127) CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Schecke*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, point 74 ; CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, point 83. Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe, présentées le 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, *Tele2 Sverige AB*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572, note 56.

(128) 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.

nécessaire » pour atteindre l'objectif poursuivi (129). Cette conclusion fut, en substance, confirmée par l'arrêt *Tele2 Sverige AB* (130). 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 (131).

38. 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 » (132). 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 (133). Elle considéra tout d'abord la mesure

(129) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 65.

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

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

(132) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, point 50 ; voy. aussi CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa E.A.*, aff. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, point 13 et les conclusions de l'avocat général dans cette affaire présentées le 8 mars 1990, ECLI:EU:C:1990:109 ; CJUE, 16 juin 2014, *Gauweiler*, aff. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, point 91 ; CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, point 57 ; conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, point 97 ; conclusions de l'avocat général présentées le 11 juin 1991, dans l'affaire CJCE, *Grogan* aff. C-159/90, ECLI:EU:C:1991:249, point 27 ; conclusions de l'avocat général présentées le 28 septembre 2006, dans l'affaire CJUE, *Ahokainen et Leppik*, C-434/04, ECLI:EU:C:2006:462, points 24 à 26 ; CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, points 123 à 127 ; CJUE, 15 février 2016, *J.N.*, aff. C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, point 58 ; les conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe dans les aff. jtes C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:572, point 246 et note 78.

(133) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, points 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 (134). 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 (135). 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 (136). 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 (137).

39. Le raisonnement en « trois temps » de l'arrêt *Sky Österreich* 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 (138). 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 » (139).

40. Il semble en réalité que l'étape de la proportionnalité *sensu stricto* ne se détache explicitement des deux autres que dans certains

(134) *Ibid.*, point 53.

(135) *Ibid.*, point 55.

(136) *Ibid.*, point 59.

(137) *Ibid.*, point 66.

(138) K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 143 et T. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. ELLIS (ed.), *op. cit.*, p. 68.

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

cas (140) où la Cour de justice – comme, précisément, dans l'affaire *Sky Österreich* – constate qu'elle est en présence, non pas d'une simple concurrence entre biens juridiques quelconques, mais bien d'un véritable conflit entre droits fondamentaux. 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 » (141).

2. – *L'intensité du contrôle*

41. 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 » (142), et que, eu égard à ce caractère non-absolu et « au libellé 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 » (143). « 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 » (144). 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

(140) 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 Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 45.

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

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

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

(144) *Ibid.*, point 45, 46, 47 ; À noter toutefois, comme le soulignent S. Peers et S. Prechal 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, aff. C-426/11, *Mark Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521. La Cour mobilisa toutefois à nouveau ce raisonnement dans son arrêt CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972.

du pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union pouvait varier selon, entre autres, la « nature » du droit en cause garanti (145). 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 (146). D. Sarmiento conclut, sur base de cette jurisprudence, que le droit à la vie privée constitue un « super » droit fondamental (147). 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 (148). Il en va de même des différences de traitement fondées sur la race ou l'origine ethnique (149).

42. Il apparaît par ailleurs que l'intensité du contrôle de proportionnalité dépend du domaine concerné (150). 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 » (151). 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 (152). 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 (153). 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

(145) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 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.

(146) CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, point 48. Voy. également CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, point 96.

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

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

(149) CJUE, 16 juillet 2015, *CHEZ*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, point 112.

(150) CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, aff. C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, point 47.

(151) CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, point 52.

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

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

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 » (154).

43. Également perceptible dans l'arrêt *Connolly* (155), 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 (156). Songeons (157), sur ce point, aux arrêts *Omega* (158), *Sayn-Wittgestein* (159), ou encore, *Bogendorff von Wolffersdorff* (160). 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 » (161).

44. 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

(154) *Ibid.*

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

(156) 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.

(157) 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, point 93.

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

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

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

(161) Conclusions de l'avocat général Kokott, présentées le 31 mai 2016 dans l'affaire CJUE, *Achbita*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, point 99.

sources de perplexité et de controverses (162). 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 » (163). 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 États (164). 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 (165). Par contre, le contrôle de proportionnalité exercé sur les actes des États sera, dans certaines hypothèses, intégralement exercé par la Cour de justice (166), et, dans d'autres hypothèses, renvoyé par celle-ci à la compétence du

(162) Voy. et comp. T. TRIDIMAS, *General Principle of EU law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, Chapter 3 ; S. U. COLELLA, *op. cit.*, p. 16 ; S. PEERS et S. PRECHAL, pp. 1480 et s.

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

(164) Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe dans les aff. jtes C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:572, point 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 (...) ».

(165) CJCE, 22 octobre 1987, *Fotofrost*, aff. C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

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

juge national(167) sans pour autant que ce changement d'attitude ne puisse toujours être rationnellement expliqué.

3. – *La « procéduralisation » du contrôle de proportionnalité*

45. 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(168). 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 différentes études commandées notamment par la Commission(169). Bien que celui-ci n'ait pas explicitement mis en jeu un droit garanti par la Charte(170), 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(171). Dans l'affaire *Glatzel*, le fait que le législateur

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

(168) Pour un exemple tout à fait significatif en matière de liberté d'expression, voy. Cour EDH (GC), arrêt du 17 mai 2016, *Karacsony e.a. c. Hongrie*, req n^{os} 44461/13 et 44357/13, § 133 ; Cour EDH, arrêt du 23 février 2016, *Garib c. Pays-Bas*, req. n^o 43494/09, point 116, c. Voy. e.a. K. PANAGOULIAS, *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. 397-425.

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

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

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

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 (172).

46. 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 (173). 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 (174).

47. 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. Ainsi, un des 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 » (175).

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

(173) CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, point 83.

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

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

