**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 ?**

Sébastien Van Drooghenbroeck[[1]](#footnote-1)

Cecilia Rizcallah[[2]](#footnote-2)

**Introduction**

L’article 52, § 1er, de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après CDFUE) formule, de manière transversale, les conditions de validité des limitations aux droits et libertés qu’elle consacre :

Art. 52, § 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 proportionnalité́, 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 (…) »

De cette disposition abondamment commentée[[3]](#footnote-3), quatre conditions émergent formellement : la légalité (la limitation doit être *prévue par la loi*), la légitimité (*la limitation doit répondre à un objectif d’intérêt général reconnu par l’Union ou au besoin de protection des droits et libertés d’autrui*), la *proportionnalité* et l’intangibilité du « contenu essentiel » des droits concernés.

Comme souvent dans la jurisprudence constitutionnelle et internationale dédiée à la protection des droits fondamentaux, le centre de gravité du raisonnement et le nœud des débats se situeront essentiellement dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Dans la plus droite ligne des bons manuels, la Cour de justice ressaisit le contenu de celui-ci par la formulation de trois exigences cumulatives, vérifiées en ordre subsidiaire. S’exprimant à propos de la licéité, au regard de l’article 10 de la Charte (liberté de religion), de la liberté de pratiquer la mise à mort d’un animal conformément à l’un ou l’autre prescrit religieux, la Cour de Justice rappelle, dans son *arrêt Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Gewes*t du 17 décembre 2020[[4]](#footnote-4), que :

**«**(Le) respect du principe de proportionnalité (…) exige que les limitations (…) à la liberté de manifester sa religion ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par cette réglementation, 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 par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (…) ».

Les conclusions rendues respectivement par les avocats généraux Kokkott et Saugmandsgaardøe dans les affaires *Achbita*[[5]](#footnote-5) et *Tele2 Sverige AB*[[6]](#footnote-6)*,* sont encore plus nettes dans la dissection théorique qu’elles opèrent du principe de proportionnalité. 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 »[[7]](#footnote-7) 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 »[[8]](#footnote-8). 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, ce qui implique que « les inconvénients causés ne sont pas démesurés par rapport aux buts visés »[[9]](#footnote-9).

Toujours selon les meilleurs manuels, 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 *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 (…) »[[10]](#footnote-10).

Ainsi décomposé, le principe de proportionnalité jouit à l’ordinaire d’un important capital de sympathie, comme s’il était l’allié naturel et indéfectible des droits et libertés face aux intérêts publics « froids », qu’au nom de la très décriée « marge nationale d’appréciation », l’Etat entendrait faire prévaloir. Cette approche manichéenne est, selon nous, de moins en moins pertinente. D’abord parce que, de plus en plus souvent, les conciliations et arbitrages aux fins desquels le principe de proportionnalité est convoqué doivent être opérés, non pas entre droits et « intérêts généraux » non autrement incarnés, mais bien entre les droits fondamentaux eux-mêmes. L’alliance, si tant est qu’elle existe, se heurte à une impasse quant à l’identification concrète de l’allié. Ensuite, et peut-être même surtout, parce qu’il faut bien constater que la proportionnalité est, en elle-même, axiologiquement neutre[[11]](#footnote-11), et, de ce fait, n’opère pas nécessairement la promotion de tels types de « biens juridiques » au détriment de tels autres. Les exigences d’*appropriation* et de *nécessité*, précédemment identifiées, sont d’ordre purement instrumental, et se déploient dans le registre de l’efficacité et de l’efficience de l’action. Elles n’excluent pas de manière catégorique et *a priori* un quelconque acte : si tel moyen est apte à réaliser son objectif, et que nul autre que lui n’est envisageable pour y parvenir, les deux premières étapes du raisonnement proportionaliste seront réputées franchies, quelqu’importantes soient les blessures infligées aux droits. Pour reprendre la métaphore bien connue, l’usage du marteau-pilon pour casser des noix[[12]](#footnote-12) n’est pas en soi, et dans tous les mondes possibles, excessif : il ne l’est que parce qu’un casse-noix est susceptible d’atteindre le même résultat. La *proportionnalité au sens strict* est elle aussi, à y regarder de très près et très froidement, axiologiquement neutre : ce n’est en effet pas la balance elle-même qui détermine le poids de ce qui est placé dans chacun de ses plateaux, en sorte que cette troisième étape du raisonnement proportionnaliste, elle non plus, ne condamne rien, ni ne tolère rien, de manière absolue. Au fond, le raisonnement proportionnaliste peut se mettre au service de toutes les causes. C’est un outil qui, à l’instar du marteau, peut tout aussi bien être manié par le sculpteur que par l’assassin[[13]](#footnote-13).

C’est dans ce constat de la « neutralité axiologique » de la proportionnalité que s’enracine le questionnement qui inaugure notre contribution : quelles autres exigences issues de l’article 52 de la Charte pourraient-elle alors fournir cet « encadrement axiologique » que la proportionnalité, à elle seule, est intrinsèquement incapable de tracer ? Deux candidates se présentent. Dans un premier temps, on examinera si, et dans quelle mesure, la condition de légalité visée par cette disposition charrie nécessairement l’exigence d’une délibération démocratique parlementaire, nationale ou européenne, laquelle œuvre normalement à la *légitimation formelle, ou encore procédurale*, des choix posés en matière de limitation des droits et libertés **(I).** Dans un deuxième temps, on se demandera si, et dans quelle mesure, l’exigence d’intangibilité de l’ « essence » des droits et libertés ne participe pas de la *légitimation substantielle* de ces mêmes choix, en traçant une « limite des limites » que la proportionnalité, pour sa part, rend invisible **(II).**

1. **L’exigence de légalité**

Traditionnellement, la première exigence qui conditionne la licéité des restrictions faites aux droits humains est celle de la légalité. D’ordre procédural, l’exigence de légalité suppose plus largement que la réglementation des droits fondamentaux – y inclus la consécration, l’aménagement, la protection et, *a fortiori,* la limitation desdits droits – soit prévue « par la loi ». Dans les conceptions les plus classiques, l’exigence d’une *loi* suppose l’intervention d’un *pouvoir législatif*. Pour reprendre les termes de la déclaration finale du Congrès international des juristes, réuni à New Delhi en 1959 pour discuter du *Principe de légalité dans une société libre[[14]](#footnote-14)*, « il est indispensable que les pouvoirs du législatif soient fixés et définis par des règles fondamentales d’ordre constitutionnel qui (...) attribuent au Législatif (....) la compétence exclusive de légiférer sur tous les principes et règles d’ordre général (par opposition à la réglementation détaillée y relative) ». Il est encore précisé que « dans une société libre vivant sous régime de légalité, tout pouvoir législatif devrait tendre à donner plein effet aux principes énoncés dans la Déclaration Universelle des droits de l’Homme »[[15]](#footnote-15) et que, quoiqu’elle ne soit pas inadmissible en son principe, la délégation d’un pouvoir normatif de niveau législatif au profit du pouvoir exécutif doit être définie « avec autant de précision que possible » en termes « d’étendue et d’objet », étant entendu que « la législation déléguée ne peut (en aucun cas) porter atteinte aux droits de l’Homme »[[16]](#footnote-16).

Le positionnement procédural requérant l’intervention du pouvoir législatif pour restreindre les droits et libertés renvoie à deux impératifs distincts. D’une part, il est présumé contribuer à la légitimité de la restriction en la conditionnant à l’intervention d’un débat au sein d’une assemblée démocratiquement élue « dans le cadre d’un scrutin libre, secret, égal et périodique »[[17]](#footnote-17). D’autre part, il est supposé participer, en raison du débat qui le sous-tend, à la clarté et la prévisibilité de la norme – ou, en d’autres mots, à sa qualité – et, de ce fait, à la sécurité juridique[[18]](#footnote-18). L’exigence de légalité n’est donc pas, contrairement à celle de proportionnalité, « axiologiquement neutre », en ce sens qu’elle est considérée participer à l’idéal « démocratique » qui, à son tour, est considéré concrétiser les valeurs d’égalité et d’autonomie collective[[19]](#footnote-19). En raison des règles qui régissent son adoption, la loi est présumée garantir la représentation des diverses tendances philosophiques et politiques, l’égalité des citoyens[[20]](#footnote-20) ainsi que la prévisibilité, la clarté et l’accessibilité requises prévenant tout risque d’arbitraire[[21]](#footnote-21).

Consacrée par la plupart des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux, ainsi que dans de nombreuses traditions constitutionnelles, l’exigence de légalité est, nous l’avons vu, reprise à l’article 52, paragraphe 1er de la Charte des droits fondamentaux. L’énonciation explicite de cette condition de validité est une nouveauté par rapport à la jurisprudence classique de la Cour de justice qui ne faisait pas expressément référence à cette condition de forme[[22]](#footnote-22), excepté les cas où elle appliquait directement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme[[23]](#footnote-23).

Doit-on apercevoir dans cette consécration une mise en œuvre de l’impératif démocratique exposé ci-avant à l’échelle de la Charte de l’Union européenne ? Nous trouverons en tout cas un appui à cette lecture dans son préambule qui rappelle, en écho à l’article 2 du Traité sur l’Union européenne, que cette dernière « repose sur le principe de la démocratie »[[24]](#footnote-24).

La jurisprudence de la Cour de justice ne semble toutefois pas rendre justice de manière tout à fait orthodoxe à cette conception du principe de légalité, tant au niveau de l’action de l’Union européenne elle-même, qu’à celui de l’action des États membres dans le champ d’application de la Charte.

S’agissant des limitations aux droits et libertés décidées par les États membres – pour la commodité de l’exposé, nous les qualifierons de limitations *étatiques* –, la jurisprudence de la Cour de justice semble s’orienter vers une conception *matérielle* de la légalité qui, en d’autres termes, ne s’attache pas à l’auteur de la norme restrictive mais uniquement aux qualités qu’elle revêt (a). Si cette position nous semble pouvoir être justifiée par des raisons d’ordre pragmatique et tenant aux limites qui entourent l’action de l’Union européenne dans la sphère étatique, l’adoption d’une lecture matérielle de l’exigence de légalité des restrictions qui sont le fait d’institutions ou organes de l’Union – « *made in EU* » – semble davantage critiquable. A cet égard, force est d’observer qu’il demeure certaines ambiguïtés quant à la l’interprétation de l’exigence de légalité lorsqu’elle est appliquée aux institutions de l’Union (b). Si l’exigence de légalité ne traduit ainsi pas, en droit de l’Union, l’impératif démocratique, ce dernier pourrait à l’avenir trouver un nouveau point d’ancrage dans le principe de proportionnalité (c).

1. *Le principe de légalité des restrictions « étatiques »*

L’exigence de légalité consacrée à l’article 52, paragraphe 1er, de la Charte pour ce qui concerne les restrictions des droits et libertés qu’elle consacre s’impose aux États membres lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union[[25]](#footnote-25).

A l’instar de son homologue strasbourgeoise pour qui l’exigence de légalité est rencontrée pour autant qu’elle repose sur une base légale et qu’elle soit suffisamment claire et prévisible, indépendamment de l’auteur de la norme[[26]](#footnote-26) - et donc de son caractère « démocratique » -, la Cour de justice semble s’orienter vers une lecture matérielle du principe de légalité consacré dans la Charte[[27]](#footnote-27).

La Cour de justice a ainsi jugé dans l’arrêt *Léger*[[28]](#footnote-28) qu’une contre-indication permanente au don de sang pour les homosexuels, restreignant le principe de non-discrimination contenu à l’article 21 de la Charte, pouvait valablement être imposée par un État membre par le biais d’un *arrêté ministériel*[[29]](#footnote-29). En référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, la Cour de justice a dans le même sens souligné, dans son arrêt *WebMindLicenses*[[30]](#footnote-30), à propos du droit à la vie privée, que «  l’exigence que toute limitation de l’exercice de ce droit doit être prévue par la loi implique que la base légale soit (…) suffisamment claire et précise et (qu’elle offre) une certaine protection contre d’éventuelles atteintes arbitraires de cette administration (voir, notamment, Cour EDH, Malone c. Royaume‑Uni, 2 août 1984, série A no 82, § 67, ainsi que Gillan et Quinton c. Royaume‑Uni, 12 janvier 2010, no 4158/05, § 77, CEDH 2010) »[[31]](#footnote-31). 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[[32]](#footnote-32).

L’exigence de légalité au sein de la Charte des droits fondamentaux apparait donc, pour ce qui concerne les restrictions « étatiques », se limiter à une conception « matérielle » plutôt que « formelle » de la loi. Peu importe donc la nature de la « base légale » des restrictions ou exceptions autorisées, et, par voie de conséquence, la dose plus ou moins importante de légitimité démocratique dont son auteur se trouve investi : seules semblent compter l’accessibilité aux justiciables de cette base légale et la prévisibilité de ses effets. La « légalité » est ici privée de toute dimension « politique », au profit d’une focalisation exclusive sur les garanties contre l’arbitraire.

L’adoption d’une telle conception souple, « non organique » de la légalité, nous semble justifiée par principalement deux raisons. 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 Saugmandsgaardøe, « 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 »[[33]](#footnote-33).  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[[34]](#footnote-34) – 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[[35]](#footnote-35). 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.

1. *Le principe de légalité des restrictions « européennes »*

Le second cas de figure, nous l’avons évoqué, est celui où la limitation des droits et libertés *made in EU* est le fruit d’un organe ou d’une institution de l’Union elle-même*.* Faut-il, en pareille hypothèse, exiger un acte législatif – et, plus précisément, une intervention du Parlement européen – au titre de base légale ou peut-on, ici encore, se contenter de toute norme communautaire « quelconque », pourvu qu’elle soit accessible, claire et prévisible ? Ainsi qu’on a pu le montrer dans des écrits antérieurs[[36]](#footnote-36), l’hésitation sur ce terrain est longtemps demeurée permise, et la doctrine fut largement divisée[[37]](#footnote-37).

Adoptant une approche formelle de la légalité, la Cour de justice[[38]](#footnote-38) a invalidé une décision adoptée par le Conseil[[39]](#footnote-39) visant à compléter le Code frontières Schengen[[40]](#footnote-40), notamment en raison du fait qu’en attribuant des prérogatives de puissance publique aux gardes-frontières, elle consacrait des ingérences dans les droits fondamentaux d’une importance telle que l’intervention du législateur de l’Union eut été nécessaire. À l’inverse, de nombreux arrêts[[41]](#footnote-41) valident, en ce qu’elles doivent être considérées comme étant *prévues par la loi*, des mesures restrictives à l’encontre de personnes liées à des réseaux terroristes adoptées par le Conseil dans le domaine de la Politique étrangère et de sécurité commune, bien qu’il s’agisse d’une matière où l’intervention du Parlement est expressément exclue[[42]](#footnote-42). « 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, aux yeux de la Cour, être considérées comme étant « prévues par la loi »[[43]](#footnote-43).

Il semble que la Cour de justice, à la faveur de sa jurisprudence la plus récente, s’oriente davantage vers la conception souple de la « légalité »[[44]](#footnote-44). L’avis 1/15 (Accord PNR UE-Canada) du 26 juillet 2017 montre en tous cas des signes d’évolution en ce sens, encore qu’ils ne soient pas non plus dépourvus d’une petite ambiguïté. En l’espèce, tout 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 »[[45]](#footnote-45). « Or », poursuivait le Parlement, « alors que le terme ‘loi’ coïncide avec la notion d’ ‘acte législatif’ prévue par le traité FUE (lire : le traité sur le fonctionnement de l’Union européenne), 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 »[[46]](#footnote-46). 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 »[[47]](#footnote-47).

Cantonné à ce qui précède, l’avis 1/15 pouvait – à l’instar des conclusions de l’Avocat général intervenues en l’affaire – clairement faire figure d’indice de ralliement à une conception *matérielle* de la légalité requise des limitations européennes[[48]](#footnote-48). La Cour crut cependant – utile, nécessaire, indispensable ? : là est l’ambiguïté – de conforter sa 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. Pour reprendre les termes de l’avis :

« En effet, d’une part, 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 (arrêt du 24 juin 2014, Parlement/Conseil, C‑658/11, EU:C:2014:2025, point 56). 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. D’autre part, il n’a nullement été soutenu dans la présente procédure que l’accord envisagé puisse ne pas satisfaire aux exigences d’accessibilité et de prévisibilité requises pour que les ingérences qu’il comporte puissent être considérées comme étant prévues par la loi au sens de l’article 8, paragraphe 2, et de l’article 52, paragraphe 1, de la Charte »[[49]](#footnote-49).

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[[50]](#footnote-50) – 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[[51]](#footnote-51) et J.-P. Jacqué[[52]](#footnote-52), 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[[53]](#footnote-53). Plus récemment, 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[[54]](#footnote-54).

Si l’hésitation reste à ce stade permise, soulignons que l’exigence d’une intervention du Parlement européen pour restreindre les droits et libertés consacrés dans la Charte au niveau de l’action de l’Union européenne ne rencontre pas les mêmes obstacles qu’au niveau national : l’article 52§3 de la Charte prévoit en effet que l’Union a la faculté d’offrir une protection plus étendue que la Convention et la limite tenant au respect de l’identité nationale et de l’autonomie procédurale des États membres n’a bien sûr pas vocation à s’appliquer aux restrictions « *made in EU* ».

1. *La procéduralisation du principe de proportionnalité : une opportunité de renaissance de l’idéal démocratique ?*

A l’œuvre depuis quelques années du côté de la Cour européenne des droits de l’homme, le mouvement de « procéduralisation » des droits substantiels consiste à tirer d’entre les lignes des dispositions conventionnelles, une série d’impératifs procéduraux dont le respect conditionne la licéité des restrictions aux droits qu’elles consacrent ou des abstentions qui, sous leur visa, sont reprochées à l’État. Dans la perspective du mouvement procédural, c’est moins le fond des décisions qui importe, que la manière dont on a décidé, ou permis que la décision soit contestée *ex post.* L’une des multiples manifestations de ce mouvement de procéduralisation consiste en l’examen, par la Cour européenne des droits de l’Homme, de la qualité du processus parlementaire qui a conduit à l’adoption de telle ou telle législation qui, en son principe même ou dans son application concrète, se trouve querellée devant elle[[55]](#footnote-55). Le mouvement de *procéduralisation* des droits substantiels, et, singulièrement, de l’exigence de proportionnalité, peut ainsi revaloriser la décision parlementaire clôturant un processus décisionnel de qualité.

Des traces de procéduralisation du contrôle de la licéité des restrictions faites aux libertés publiques se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne[[56]](#footnote-56). Est ainsi par exemple pris en compte par les juges du Kirchberg dans l’examen du respect du principe de proportionnalité, l’appui sur des études scientifiques[[57]](#footnote-57) ou des rapports d’experts[[58]](#footnote-58) par l’auteur de la norme restrictive des droits fondamentaux.

Force est néanmoins d’observer apparait à ce stade plus timide à Luxembourg qu’à Strasbourg. Dans le cadre de l’examen de la proportionnalité des restrictions, nulle importance n’est donnée, en tant que telle, à l’identité de la source formelle de la limitation, ni à l’éventuelle délibération qui a précédé son édiction. La « procéduralisation » du principe de proportionnalité en droit de l’Union n’a donc pas – du moins à l’heure actuelle – d’influence directe ou indirecte sur l’identité de l’auteur qui devrait être à la source de la restriction. Si un tel examen « organique »de la réglementation des droits et libertés peut éventuellement s’envisager dans la sphère des restrictions « *made in EU »* – les indices jurisprudentiels en ce sens gagneraient à être consolidés – , la jurisprudence actuelle de la Cour de justice est, pour ce qui concerne les restrictions *étatiques,* en phase avec le principe, ci-avant rappelé, de non-ingérence de l’Union dans l’identité nationale des États qui s’oppose, en règle, à ce qu’elle intervienne dans l’organisation constitutionnelle interne des États membres [[59]](#footnote-59).

1. **L’intangibilité de le l’essence des droits et libertés**

Une attention doctrinale très soutenue a récemment été consacrée au thème de l’intangibilité de l’essence des droits fondamentaux garantis par la Charte[[60]](#footnote-60). Affirmée par les uns ou investiguée par les autres, l’idée serait que ladite essence opérerait comme la « limite des limites » admissibles[[61]](#footnote-61). Le « contenu essentiel » de chaque droit devrait être respecté en toute hypothèse, quelles que soient les circonstances. Il y aurait donc des actes « injustifiables en soi », ou, pour reprendre les termes de P. Abravanel[[62]](#footnote-62), des « sanctuaires » aux portes desquels s’arrête la proportionnalité.

Force est de constater, cependant, que la jurisprudence de la Cour de justice peine encore à valider de manière tout à fait concrète et cohérente les horizons ainsi tracés (b). L’heure est d’ailleurs, provisoirement, à un certain scepticisme. Clôturant une analyse de la jurisprudence Luxembourgeoise en 2019, T. Tridamas et G. Gentile[[63]](#footnote-63) 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 »[[64]](#footnote-64) . 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 »[[65]](#footnote-65). 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* »[[66]](#footnote-66).

A notre estime, ces analyses quelque peu désenchantées se justifient largement. Il ne faut cependant pas voir dans cette situation le symptôme d’une défaillance typiquement luxembourgeoise. La Cour européenne des droits de l’Homme n’offre pas davantage de lignes claires, loin s’en faut[[67]](#footnote-67) : les questions sont aujourd’hui relativement bien identifiées, mais les positionnements à leur sujet sont le terrain de controverses récurrentes, y compris dans les ordres juridiques qui, pourtant, ont une longue expérience dans le maniement discursif des concepts de « substance » ou encore, d’ « essence » des droits fondamentaux (a)

*a) Les questions qui se posent : cadastre simplifié au regard de la doctrine suisse*

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[[68]](#footnote-68) de cette notion, notamment dans la Loi fondamentale allemande[[69]](#footnote-69) et dans la Constitution suisse. L’article 36 de cette dernière, étonnamment ressemblant à l’article 52 de la CDFUE, dispose en effet que :

« 1 Toute restriction d’un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

2 Toute restriction d’un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d’un droit fondamental d’autrui.

3 Toute restriction d’un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

4 L’essence des droits fondamentaux est inviolable.»

Dans la doctrine – suisse, notamment –, deux questions/controverses sont habituellement soulevées à propos de la concrétisation du principe d’intangibilité de l’essence des droits, ainsi affirmé. L’on se permettra d’être, à ce sujet, très schématique, voire caricatural[[70]](#footnote-70). La première question concerne porte sur *l’identification* – subjective ou institutionnelle – des prérogatives essentielles sanctuarisées. La deuxième controverse concerne *la portée de la* protection accordée: est-elle absolue ou relative et, singulièrement, quelle est l’articulation entre protection de l’essence des droits et exigence de proportionnalité des limitations qui leur sont apportées ?

Sur la première question, on peut distinguer deux approches. Dans une conception « institutionnelle », on considèrera qu’il est possible d’identifier l’essence des droits *a priori*, de manière décontextualisée et objective. Les auteurs évoquent une définition de l’essence des droits par rapport à « *an* objective *state of constitutional rights law*»[[71]](#footnote-71) et à l’ « institution » sociale qu’un droit incarne.[[72]](#footnote-72)  Il n’y aurait d’atteinte à l’essence d’un droit ou d’une liberté que lorsque l’institution elle-même est atteinte, c’est-à-dire, que « *when such a right loses its meaning for all or nearly all individuals and not just a particular individual or at least a few individuals*».[[73]](#footnote-73) Dans une conception « subjective » du noyau dur, par contre, l’essence des droits ne peut être identifiée que du point de vue subjectif du titulaire de ces droits, c’est-à-dire qu’il peut y avoir atteinte à la substance « en présence d’une limitation d’un droit fondamental, qui, laissant intacte l’institution qu’il incarne dans la société, vide cependant celui-ci de son contenu en tant que droit subjectif de tel ou tel individu ».[[74]](#footnote-74)

En termes d’articulation entre le principe de proportionnalité et l’intangibilité de l’essence d’un droit,deux grandes conceptions s’affrontent. La « conception idéale » du noyau dur, ou « théorie absolue », postule d’une part qu’il est possible d’identifier le noyau dur et que, d’autre part, sa protection est absolue. Il existerait ainsi une « limite des limites », qui ne peut jamais être franchie[[75]](#footnote-75), et doit être placée totalement hors d’atteinte de la proportionnalité. Toute atteinte à cet « Ondergrens » serait injustifiable[[76]](#footnote-76). On peut distinguer deux variantes dans cette première conception absolue ou idéale. L’absolutisme pragmatique admet « un recouvrement partiel de l’intangibilité de la substance »[[77]](#footnote-77) avec le principe de proportionnalité. On considère dans cette perspective que « toute atteinte à la substance d’un droit fondamental sera (…) nécessairement disproportionnée »[[78]](#footnote-78), le noyau dur étant alors identifié comme la partie d’un droit ou d’une liberté qui est si fondamentale qu’ « aucun intérêt public ne justifiera jamais que l’on y porte atteinte »[[79]](#footnote-79). Dans cette perspective, la mise en œuvre du principe de proportionnalité n’a pas nécessairement besoin d’être précédée du constat de l’absence d’atteinte à la substance du droit concerné. L’absolutisme radical quant à lui maintient l’utilité « de procéder, en pratique, à une identification *a priori* et indépendante de la substance des droits fondamentaux »[[80]](#footnote-80). Partant, et ne fut-ce que pour des raisons symboliques et de clarté du message, la vérification de l’absence d’atteinte à l’essence du droit concerné doit nécessairement précéder la mise en jeu du principe de proportionnalité. A *priori,* cette approche est la plus cohérente par rapport à la logique sous-jacente à l’intangibilité de la substance. Tout à l’opposé, la thèse relativiste affirme le recouvrement total des exigences respectives de proportionnalité et d’intangibilité de l’atteinte à la substance des droits concernés : toute atteinte à la substance d’un droit entraine un manquement au principe de proportionnalité, et toute atteinte au principe de proportionnalité entraine une atteinte à la substance d’un droit. L’intangibilité de l’essence est donc aussi relative que la proportionnalité et l’ériger en condition distincte ne sert à rien Dans cette perspective, il n’y a rien qui soit *a priori* injustifiable. Comme le note O. Scarcello[[81]](#footnote-81)

“*The relative theory (…) claims that every interference with a right can and shall ultimately be justified through proportionality, including limitations of the core*”

Les questions ici évoquées sont connues, répétons-le, parfois de très longue date au sein de certains ordres juridiques nationaux. Elles n’y reçoivent pas de réponse définitive, et, au demeurant, leur enjeux concrets sont parfois relativisés. J. Dubey écrit ainsi en 2018, à propos du droit constitutionnel suisse, que la notion d’inviolabilité de l’essence des droits fondamentaux soulève « de graves difficultés théoriques », tout en n’ayant finalement que « de rares incidences pratiques »[[82]](#footnote-82)

*b) La pratique luxembourgeoise*

Trouve-t-on, dans la jurisprudence de la Cour de justice, quelque positionnement clair, indubitable, constant et définitif quant aux questions évoquées ci-dessus ? Pour l’heure, la réponse est encore négative, même si une certaine évolution est à l’œuvre.

La notion de « contenu essentiel » des droits fondamentaux fut, dès l’origine, 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, demeuré exceptionnel. Si on a pu constater une certaine recrudescence de la mention explicite de l’examen du respect du « contenu essentiel » du droit en cause dans la jurisprudence de ces quatre dernières années[[83]](#footnote-83) (voy. *infra*), la portée exacte de cette notion demeure encore fondamentalement obscure : rares, voire inexistants 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.

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[[84]](#footnote-84). 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[[85]](#footnote-85).

La Cour de justice y fit par contre elle-même référence[[86]](#footnote-86) dans son arrêt Digital Rights Ireland*[[87]](#footnote-87)*, 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 »[[88]](#footnote-88). 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 illicite, la perte ou l’altération accidentelle des données[[89]](#footnote-89). 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.

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*[[90]](#footnote-90)* 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 »[[91]](#footnote-91). 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 »[[92]](#footnote-92). 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[[93]](#footnote-93). 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 »[[94]](#footnote-94). À ce stade, il ne fut plus – ou en tout cas plus explicitement – question de proportionnalité de la limitation.

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[[95]](#footnote-95) (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 demeurait 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 »[[96]](#footnote-96).

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[[97]](#footnote-97), 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 »[[98]](#footnote-98).

 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[[99]](#footnote-99). 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 »[[100]](#footnote-100). 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[[101]](#footnote-101). 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 (voy. *supra*). 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[[102]](#footnote-102). Les précédents évoqués ci-dessus (Schrems, Avis 1/15, Léger, …) ne démentent pas le ralliement de la Cour à cette approche « institutionnelle »[[103]](#footnote-103), et d’autres arrêts, ultérieurs, tendraient à le confirmer, par la référence à la notion de « remise en cause du droit en tant que tel »[[104]](#footnote-104). Convenons cependant que ce ralliement 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…

 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. 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 »[[105]](#footnote-105) lequel « relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable »[[106]](#footnote-106). 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[[107]](#footnote-107). La Cour de justice reprit à son compte le raisonnement dans son arrêt définitif rendu le 24 juin 2019[[108]](#footnote-108).

L’on pointera encore, dans le sens d’une éventuelle évolution/clarification, deux 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[[109]](#footnote-109), 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 détentrice 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 détentrice 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 »[[110]](#footnote-110). 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 « contenu essentiel du droit à un recours effectif garanti au contribuable visé »[[111]](#footnote-111). Partant, pouvait être enclenchée la vérification du respect du principe de proportionnalité.

Tout autre domaine, même démarche : dans l’arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Gewes*t du 17 décembre 2020[[112]](#footnote-112) cité en introduction, 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) demeurait 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 »[[113]](#footnote-113)

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[[114]](#footnote-114)

\*

\* \*

Les principes de la légalité et l’intangibilité du « contenu essentiel » fournissent-ils un encadrement axiologique formel ou substantiel au « jeu » de la proportionnalité lorsqu’il s’agit de limitations des droits et libertés garantis par la CDFUE ? Telle était notre interrogation de départ. Au sortir des lignes qui précèdent, nous ne nous sentons pas autorisés à y apporter une réponse autre que normande. S’agissant à tout le moins des limitations aux droits et libertés qui résultent d’un acte de l’Union, les conceptions *formelles* et *matérielles* de la légalité continuent, à ce jour, à rivaliser, et le débat reste ouvert. Quant à la condition d’intangibilité du « contenu essentiel » des droits et libertés, elle demeure en attente d’éclaircissements supplémentaires quant à son contenu, et de consolidation quant à son utilité concrète dans le raisonnement et à sa « plus-value » vis-à-vis d’une logique proportionnaliste envahissante.

1. Professeur ordinaire à l’Université Saint-Louis – Bruxelles, Professeur invité à l’Université Paris II Panthéon Assas et assesseur au Conseil d’État de Belgique. [↑](#footnote-ref-1)
2. Professeure invitée à l’Université Saint-Louis – Bruxelles et à l’Université libre de Bruxelles et chargée de recherches au Fonds national de la recherche scientifique belge. [↑](#footnote-ref-2)
3. Voy. e.a., outre les références citées plus ponctuellement ci-après, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck, « Art. 52 – Limitations aux droits garantis », *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2ème ed., 2019, pp. 1249 à 1286 ; J.-P. Jacqué, « 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 ; S.U. Colella, La restriction des droits fondamentaux dans l’Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019 [↑](#footnote-ref-3)
4. CJUE, C-336/19, arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a*., 17 décembre 2020, ECLI:EU:C:2020:1031, pt. 64 [↑](#footnote-ref-4)
5. Conclusions de l’avocat général Kokott du 31 mai 2016 dans l’affaire CJUE, *Achbita*, aff. C-157/15,, point 97. [↑](#footnote-ref-5)
6. Conclusions de l’avocat général Saugmandsgaardøe du 19 juillet 2016 dans l’affaire CJUE, *Tele2 Sverige AB*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, point 174. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Ibid,* point 176. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ibid,* point 185. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibid,* point 247. [↑](#footnote-ref-9)
10. Voir 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. [↑](#footnote-ref-10)
11. Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’Homme. Prendre l’idée simple au sérieux,* Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2001, pp. 21-22, 75 et 405 [↑](#footnote-ref-11)
12. R.v Goldstein [1983] 1 WLR 151, 155, per Lord Diplock [↑](#footnote-ref-12)
13. Voy. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit.,* p. 727 [↑](#footnote-ref-13)
14. Commission internationale des juristes, *Le Principe de la légalité dans une Société Libre. Rapport sur les travaux du Congrès international des juristes tenu à New Delhi (janvier 1959),* Genève, 1959. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ibid.,* p. 14. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ibid.,* p. 16. [↑](#footnote-ref-16)
17. Voy. H. Dumont, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l’aune d’un nouvel équilibre entre Etat de droit et démocratie », *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril,* sous la dir. de L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 864 [↑](#footnote-ref-17)
18. Voy. F. Belleflamme et E. Maes, « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou Etat de droit ?», *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril,* sous la dir. de L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 685 [↑](#footnote-ref-18)
19. Sur les relations entre l’impératif demcoratique et Etat de droit, voy. H. Dumont, «nDe la crise… », *op. cit.*,  p. 864. [↑](#footnote-ref-19)
20. F. Belleflamme et E. Maes, *op. cit.*, p. 685 [↑](#footnote-ref-20)
21. H. Dumont et S. Van Drooghenbroeck, « La loi », in M. Troper et D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, distribution des pouvoirs, Paris, Dalloz, 2012, pp. 537 et 538. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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. [↑](#footnote-ref-22)
23. CJUE, 6 mars 2001, *Connolly*, aff. C-274/99, ECLI:EU:C:2001:127, point 40. [↑](#footnote-ref-23)
24. A. Bailleux, « Préambule » , in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article,* Bruxelles, Bruylant, 2ème ed., 2019, pp. 19 à 40.  [↑](#footnote-ref-24)
25. Article 51 Charte. Voy., pour un cas d’application, CJUE, arrêt du 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitish Consistorie van België*, aff. C-336/19, point 60. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cour eur. D.H., arrêt *Sanoma Uitgevers N.V. c. Pays-Bas* du 14 septembre 2010, req. n°38224/03, § 83 [↑](#footnote-ref-26)
27. Plus d’ambiguités sont toutefois présentes dans des conclusions d’avocats généraux. Voy., par ex, Conclusions présentées par l’avocate générale Kokott le 2 juillet 2020, dans les affaires jointes C-245/19 et C-246/19, ECLI:EU:C:2020:516, point 124 dans C-245/19 et conclusions présentées le 6 novembre 2018 par l’avocat général Szpunar dans l’affaire C‑492/18 *TC*, aff. C‑492/18, ECLI:EU:C:2018:875, point 46. [↑](#footnote-ref-27)
28. CJUE, *Léger*, 29 avril 2015, C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ibid.,* point 53. [↑](#footnote-ref-29)
30. CJUE, *WebMindLicenses,*17 décembre 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, point 81. [↑](#footnote-ref-30)
31. *Ibid.,* point 81. Voy., également, CJUE, *Dzivev*, 17 janvier 2019, C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, point 40 et CJUE, arrêt du 6 octobre 2020 *Etat luxembourgeois c. B.,* aff. jointes C-245/19 et C-246/19, ECLI:EU:C:2020:516, point 76. [↑](#footnote-ref-31)
32. Conclusions de l’Avocat Général Saugmandsgaardøe dans les aff. jointes *Tele2 Sverige,* C-203/15 et C-698/15, 19 juillet 2016, points 135 et s., ECLI:EU:C:2016:572, point 101. Il en irait différemment s’il apparaît 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. *Al Chodor*, 10 novembre 2016, C-528/15, ECLI:EU:C:2016:865, points 59 et s. [↑](#footnote-ref-32)
33. Voy. également, en ce sens, conclusions de l’Avocat Général Saugmandsgaardøe dans les aff. jointes *Tele2 Sverige,* 19 juillet 2016, C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:572, points 137 et s. [↑](#footnote-ref-33)
34. Voy. S. Van Drooghenbroeck, « Vérité à Luxembourg, erreur à Strasbourg. A propos de certaines plus-values discrètes de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne », *Annuaire de droit de l’Union européenne,* 2021, à paraître. [↑](#footnote-ref-34)
35. J.-P Jacqué, « Les limitations aux droits fondamentaux», *op. cit.*, p. 251. [↑](#footnote-ref-35)
36. S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, *op. cit.*, pp. 1249 à 1286 . [↑](#footnote-ref-36)
37. Voy., notamment, K. Lenaerts, « La vie après l’avis : Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *CML Rev.,* 2017, p. 811, J.-P Jacqué, *op. cit.*, p. 251, S. Peers et S. Prechal, « Article 52 », in S. Peers, Hervey, T., Kenner, J. et Ward, A. (eds), The EU Charter of Fundamental Rights : a commentary, München/Oxford/Baden-Baden, Beck, Hart, Nomos, 2014pp. 1472-1473. [↑](#footnote-ref-37)
38. CJUE, *Parlement européen c. Conseil*, 15 septembre 2012, C-355/10, ECLI:EU:C:2016:84, point 51. Voy., dans le même sens, CJUE, *Parlement européen c. Conseil de l’Union européenne*, 10 septembre 2015, C-363/14, ECLI:EU:C:2015:579, point 53 et CJUE, *République tchèque c. Commission européenne*, 26 juillet 2017, C-696/15 P, ECLI:EU:C:2017:595, point 78.   [↑](#footnote-ref-38)
39. 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. [↑](#footnote-ref-39)
40. 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. [↑](#footnote-ref-40)
41. Voy., par exemple, CJUE, *Arbuzov c. Conseil,* 7 juillet 2017, T-221/15, ECLI:EU:T:2017:478, point 171 et CJUE, *Sberbank of Russia PAP c. Conseil,* 13 septembre 2018, T-732/14, ECLI:EU:T:2018 :541, point 144. [↑](#footnote-ref-41)
42. Art. 24 TUE. [↑](#footnote-ref-42)
43. CJUE, *Sberbank of Russia PAP c. Conseil,* 13 septembre 2018, T-732/14, ECLI:EU:T:2018 :541, point 144. [↑](#footnote-ref-43)
44. Voir les conclusions de l’avocat général Szpunar rendues le 6 novembre 2018 dans l’affaire C‑492/18, *TC*, ECLI:EU:C:2018 :875, point 39. Voir plus clairement encore les conclusions de l’avocat général Mengozzi, présentées le 8 septembre 2016, précédant l’avis 1/15, ECLI:EU:C:2016:656, points 190 et suiv. [↑](#footnote-ref-44)
45. CJUE, Avis 1/15, 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592, point 37. [↑](#footnote-ref-45)
46. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-46)
47. CJUE, Avis 1/15, 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592, point 145. [↑](#footnote-ref-47)
48. 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 1er, voy. CJUE, *Spasic*, 27 mai 2014, C-129/14 PPU, ECLI:EU:2014 :586, point 57. [↑](#footnote-ref-48)
49. CJUE, Avis 1/15, 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592, point 146. [↑](#footnote-ref-49)
50. Voy. 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. [↑](#footnote-ref-50)
51. K. Lenaerts, « La vie après l’avis …», *op. cit.,* p. 811. [↑](#footnote-ref-51)
52. J.-P. Jacqué, « Les limitations aux droits fondamentaux …», *op. cit*., p. 251. [↑](#footnote-ref-52)
53. S. Peers et S. Prechal, op. cit., pp. 1472 à 1473, Voy. en ce sens, Av. Gén. H. SAUGMANDSGAARDOE, concl. préc. CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige*, aff. jtes C-203/15 et C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, présentées le 19 juillet 2016, ECLI:EU:C:2016:572, point 101. Voy. encore S. Colella, *Les restrictions...,* *op. cit*., p. 265 [↑](#footnote-ref-53)
54. P. 2251 [↑](#footnote-ref-54)
55. Voy. p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Bayev et autres c. Russie,* 20 juin 2017, § 63 « la Cour rappelle que, pour déterminer la proportionnalité d’une mesure générale, elle doit commencer par étudier les choix législatifs à l’origine de cette mesure, en tenant compte de la qualité de l’examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de cette mesure ainsi que du risque d’abus que peut emporter l’assouplissement d’une mesure générale ». Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *A.-M V. c. Finlande,* 23 mars 2017, § 82 ; Cour eur. D.H., arrêt *Orlovskaya Iskra c. Russie,* 21 février 2017, § 126. [↑](#footnote-ref-55)
56. Voy. À ce propos, S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, *op cit.*, p. 1249; et M. Beijer « Procedural Fundamental Rights Review by the Court of Justice of the European Union », J. Gerards and E. Brems, *op. cit.*, pp. 177 -209. [↑](#footnote-ref-56)
57. CJUE, *Schaible*, 17 octobre 2013, C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, point 57. [↑](#footnote-ref-57)
58. CJUE, *Glatzel*, 22 mai 2014, C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, points 63 à 72. [↑](#footnote-ref-58)
59. Art.4.2. TUE [↑](#footnote-ref-59)
60. Voy. e. a., et outre les études citées plus ponctuellement ci-après, le dossier dirigé par M. Dawson, E. Muir, et O. Lynksey, O., « The Essence of Fundamental Rights », special issue, German Law Journal, volume 20, issue 6, 2019 ; 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. [↑](#footnote-ref-60)
61. K. Lenaerts, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, 2019, pp. 779-793. [↑](#footnote-ref-61)
62. P. Abravanel, La protection de l’ordre public dans l’État régi par le droit, op. cit., p. 89.. [↑](#footnote-ref-62)
63. T. Tridimas et G. Gentile, « The Essence of rights : An Unreliable Boundary?”, *The Essence of Fundamental Rights*, special issue, German Law Journal, volume 20, issue 6, 2019, pp. 815-816 [↑](#footnote-ref-63)
64. R. Tinière, “Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union européenne », *C.D.E.,* 2020, p. 429 [↑](#footnote-ref-64)
65. 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, *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 337, [↑](#footnote-ref-65)
66. O. Scarcello, « Preserving the ‘essence’ of fundamental rights under Article 52(1) of the Charter : A Sisyphean Task ?”, *European Constitutional Law Review,* 2020, 16, pp. 667-668 [↑](#footnote-ref-66)
67. Voy. S. van Drooghenbroeck, C. Riczallah, “The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?”, *German Law Journal*, 2019, n°20, pp. 904 à 923. Voy. ég. l’opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque sous Cour eur. dr. h., *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020 [↑](#footnote-ref-67)
68. Voy. encore les autres exemples cités in M. Borowsky, « Title VII : Algemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta », op. cit., p. 788. [↑](#footnote-ref-68)
69. Article 19, § 2. [↑](#footnote-ref-69)
70. Pour davantage de développements, voy. e.a. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…., op. cit.,* pp 361 et suiv. [↑](#footnote-ref-70)
71. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, OUP, 2002, p.192. [↑](#footnote-ref-71)
72. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit,* p. 363. [↑](#footnote-ref-72)
73. G. Van der Schyff, “Cutting to the core of conflicting rights: The question of inalienable cores in comparative perspective” In E. Brems (Ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp, Intersentia, 2008, p. 133. [↑](#footnote-ref-73)
74. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit,* p.372. [↑](#footnote-ref-74)
75. O. Rouziere-Beaulieu, *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l’homme*, Thèse, Université de Montpellier, 2017, pp. 19-103. [↑](#footnote-ref-75)
76. Le concept d’Ondergrens est emprunté à J. Gerard, EVRM *Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, p. 167. [↑](#footnote-ref-76)
77. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit,* p. 362. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Ibid*., p. 362. [↑](#footnote-ref-78)
79. J.-F. Aubert, cité dans S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit,* p. 362-363. [↑](#footnote-ref-79)
80. S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…, op. cit,* p. 362. [↑](#footnote-ref-80)
81. O. Scarcello, « Preserving the ‘essence’ of fundamental rights under Article 52(1) of the Charter : A Sisyphean Task ?”, *op. cit.,* p. 647 [↑](#footnote-ref-81)
82. J. Dubey, *Droits fondamentaux,* vol. 1, *Notion, garantie, restriction, juridiction,* Bâle, Helbing & Lichtenhän, 2018, pp. 221 et s. [↑](#footnote-ref-82)
83. Voy., notamment, CJUE, 5 juillet 2017, Fries, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513, points 38 et 72; CJUE, 27 septembre 2017, Puskar, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, point 64, CJUE, 8 février 2018, Commission c. Allemagne, C-380/16, ECLI:EU:C:2018:76, point 67 ; CJUE, 20 mars 2018, Garlsson Real Estate SA, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, point 45. [↑](#footnote-ref-83)
84. Av. Gén. V. Trstenjak, concl. préc. CJUE, 21 décembre 2011, N.S., aff. C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, présentées le 22 septembre 2011, ECLI:EU:C:1974:51, point 162. [↑](#footnote-ref-84)
85. CJUE, 21 décembre 2011, N.S., aff. jtes C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865. [↑](#footnote-ref-85)
86. Voy. par exemple CJUE, 22 janvier 2013, Sky Osterreich, 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 ». [↑](#footnote-ref-86)
87. CJUE, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd, aff. jtes C-293/12 et C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238. [↑](#footnote-ref-87)
88. 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. [↑](#footnote-ref-88)
89. Ibid., point 40. [↑](#footnote-ref-89)
90. CJUE, 6 octobre 2015, Schrems, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650. Pour ce qui concerne l’arrêt « Schrems II » (CJUE, C-311/18, 16 juillet 2020) et l’utilisation implicite et explicite qui y en est faite de la notion de « contenu essentiel », voy. K. Lenaerts, « La Charte dans l’ordre juridique de l’Union européenne », *C.D.E.,* 2021, p. 29. [↑](#footnote-ref-90)
91. Ibid., point 92. [↑](#footnote-ref-91)
92. Ibid., point 94 [↑](#footnote-ref-92)
93. 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. 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). [↑](#footnote-ref-93)
94. Ibid., point 95 [↑](#footnote-ref-94)
95. CJUE, avis 1/15, 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592. [↑](#footnote-ref-95)
96. Ibid., point 150 [↑](#footnote-ref-96)
97. Consacrée à l’article 16 de la Charte [↑](#footnote-ref-97)
98. CJUE, 18 juillet 2013, Mark Alemo-Herron, aff. C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, point 34. [↑](#footnote-ref-98)
99. Droit de vote des citoyens de l’Union aux élections au Parlement européen [↑](#footnote-ref-99)
100. CJUE, 6 octobre 2015, Delvigne, aff. C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648, point 38 [↑](#footnote-ref-100)
101. Ibid., point 39 [↑](#footnote-ref-101)
102. 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. [↑](#footnote-ref-102)
103. Voy. également 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 (…) »; CJUE, 27 septembre 2017, Puskar, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, point 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. également, CJUE, 14 septembre 2017, K, aff. C-18/16, ECLI:EU:2017:680, point 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, 20 mars 2018, Garlsson Real Estate SA, aff. C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193, point 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 ». [↑](#footnote-ref-103)
104. Voy. CJUE, C‑258/14, arrêt du 13 juin 2017, *Florescu,* ECLI:EU:C:2017:448, pt. 55 ; CJUE, C‑190/16, 5 juillet 2017, *Fries,* ECLI:EU:C:2017:513, pt. 35 [↑](#footnote-ref-104)
105. CJUE, 25 juillet 2018, LM, aff. C-216/18 P, ECLI:EU:C:2018:586, point 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 », Journal de droit européen, 2018, pp. 348-352 [↑](#footnote-ref-105)
106. Ibid., point 48 [↑](#footnote-ref-106)
107. CJUE, ordonnance du 19 octobre 2018 la Vice-Présidente de la Cour de justice dans l’affaire C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852, point 20 [↑](#footnote-ref-107)
108. CJUE, 24 juin 2019, Commission c. Pologne, aff. C-619/18, 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, 2020, pp. 156 à 186. [↑](#footnote-ref-108)
109. CJUE, C‑245/19 et C‑246/19, arrêt du 6 octobre 2020, *Etat luxembourgeois,* ECLI:EU:C:2020:795. [↑](#footnote-ref-109)
110. *Ibid.,* point 69 [↑](#footnote-ref-110)
111. *Ibid.,* point 83-84 [↑](#footnote-ref-111)
112. CJUE, C-336/19, arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a*., 17 décembre 2020, ECLI:EU:C:2020:1031 [↑](#footnote-ref-112)
113. *Ibid.,* point 61 [↑](#footnote-ref-113)
114. *Ibid.,* pt. 54 [↑](#footnote-ref-114)